

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

4

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. Aknaton Toczek 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 Me. 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. 478 p.
v.4

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-083-4
DOI: 10.47573/aya.5379.2.102

1. Direito. 2. Legalidade (Direito). 3. Ayahuasca - Efeitos psicotrópicos. 4. Liberdade de expressão - Redes sociais. 5. Assédio no ambiente de trabalho - Legislação. 6. Teletrabalho. 7. Ambiente de trabalho. 8. Direito do trabalho. 9. Crime organizado. 10. Direito eleitoral – Brasil. 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.....14

01

A liberdade de expressão médica sob a ótica das normatizações dos Conselhos de Medicina.....16

Amanda de Cassia Azevedo da Silva,
André Luis Cândido da Silva
Suélyn Mattos de Aragão

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.1

02

A controvérsia entre a política de incentivos da ZFM e os dispositivos do GATT.....26

Adriano Fernandes Ferreira
Hanady Corrêa Ismael
Luciana Lameira de Sousa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.2

03

Hipossuficiência de posicionamento: a ilusão da incidência da parassuficiência do produtor rural frente aos participantes da rede do agronegócio.....38

Claudinei Antonio Poletti
João Henrique Sanches Junior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.3

04

Mães presidiárias e o direito da criança e adolescente.....48

Ivan Alles Guimarães Araújo
Ronaldo Figueiredo Brito

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.4

05

O neoliberalismo na ordem econômica da constituição federal de 198862

Julia Maria Pires Paixão
Nathália Bertoncelli Bracci

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.5

06

A legalidade do uso da Ayahuasca: o acesso ao chá por praticantes fora das religiões tradicionais73

Gerson Lima Gervázio
Vinícius Pinheiro Marques

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.6

07

Privacidade e sua efetividade protetiva nas redes sociais.....91

Pedro Gustavo Pimentel

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.7

08

Redes sociais, liberdade de expressão e bloqueio de usuários: breve análise do mandado de segurança nº 37.897/DF em trâmite no Supremo Tribunal Federal106

Priscilla de Oliveira Paula

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.8

09

**As redes sociais como meio de comunicação oficial do governo e o conflito constitucional e democrático: o presidente da república brasileira e o bloqueio de jornalistas no twitter .
..... 119**

Bruno Thiago Krieger

Anne Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.9

10

Assédio moral verticalizado descendente no ambiente de teletrabalho: os impactos da pandemia de Coronavírus no agravamento desta prática 135

Silas Ferreira Cruz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.10

11

A ineficácia do direito penal brasileiro frente às teorias que o sustentam 146

Marina Della Méa Vieira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.11

12

Direito ao conhecimento da origem genética x violação do direito da personalidade 160

Rhaquel Tessele

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.12

13

A (im)possibilidade/viabilidade da conciliação e mediação em casos de violência doméstica.174

Rhaquel Tessele

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.13

14

Adorno e a construção da teoria crítica da sociedade.....191

Edineide Jorge dos Santos

Maria Jorge dos Santos Leite

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.14

15

Disputas cartográficas e diplomáticas entre Portugal e Espanha pelos direitos das ilhas das especiarias no século XVI201

Rodrigo Calefi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.15

16

Noção geral de direito administrativo em contexto a doutrina e o fenômeno de constitucionalização214

Francisco Wenderson Pereira de Souza

Jessin Lima de Vasconcelos

Érik Rocha de Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.16

17

Direito e música: um panorama sobre o conhecimento dos músicos acerca das leis de direitos autorais223

Fábio Costa Santos
Pedro Rogério
Getuliana Sousa Colares
Adriana Souza Colares Santos
DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.17

18

Crime organizado: um estudo sobre a analogia entre organização criminosa e crime de milícia..235

Luciana Ferreira Mendes
DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.18

19

Função social: perfil jurídico e base constitucional256

Juliana Guimarães Müller
DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.19

20

Da adoção legal para adoção à brasileira.....271

Cleiton Pazello Soares
Quézia Souza Martins Rozza
DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.20

21

A teoria da perda de uma chance aplicada ao erro médico: análise da jurisprudência do TJSC286

Bruno Mohammed Zoher Jaffal
Cleiton Pazello Soares
Quézia Souza Martins Rozza
Claudia Regina Althoff Figueiredo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.21

22

A importância da legislação nacional na proteção dos conhecimentos tradicionais e na preservação da biodiversidade brasileira.....300

Amanda Moreira de Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.22

23

Interações comerciais decorrentes da Low-Touch Economy sob a perspectiva da nova economia institucional309

Luana Gabriela Dalmut
Aron Vitor Fraiz Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.23

24

Promoção da educação para os direitos humanos: desafios e trajetórias para a consolidação da democracia322

Elizabeth Rodrigues de Souza
Robson Alves Holanda

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.24

25

Entrelaçando direito, cinema e literatura: vida, trabalho e obra de Luiz Gama335

Fernanda Miler Lima Pinto
Jessica Painkow Rosa Cavalcante
Leonardo Matheus Barnabé Batista

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.25

26

Controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários347

Renan Claode Marcelino Lima
Jorge Emicles Pinheiro Paes Barreto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.26

27

Controle de constitucionalidade no âmbito dos tribunais de contas: uma análise do procedimento adotado pelo tribunal de contas do estado do Amazonas360

Antônio Carlos Souza da Rosa Junior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.27

28

Termo inicial do prazo decadencial para constituição de crédito do imposto de transmissão de doação (itcmd) de bem móvel: tema repetitivo 1048 compreendido à luz dos Leading Cases (resp 1.841.798 e resp 1.841.771 do Superior Tribunal de Justiça)377

Evandro Kappes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.28

29

Percepções das audiências virtual: As vantagens para os advogados Trabalhista....390

Anarienda Cristina Muniz dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.29

30

Implicações da tecnocracia científica na construção de decisões judiciais399

Patrícia Solange Farias Silva Sckianta

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.30

31

A (in) constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas à luz dos direitos fundamentais.....413

Diogo Pinto Mendes Carlos

Nicolas Guimarães Novais Pinto Mendes

João Pedro Felipe Godoi

Anny Carolina Nogueira Lods

Aline Félix Foggiato

Henrique Massari Pereira

Rafael Henrique Lemes da Rosa

Murilo José Martins e Silva

Matheus Conde Pires

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.31

32

Lei da ficha limpa e sua detração eleitoral: julgamento da Adi 6.630425

Gustavo Silva Uchôa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.32

33

A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos: aspectos da recepção no ordenamento jurídico brasileiro431

Adriano Fernandes Ferreira
Vívian Paula Souza Xavier
Tayná Fernandes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.33

34

O poder cautelar da autoridade policial: da representação direta e da decretação de ofício das medidas cautelares445

Felipe André Dani
Cleiton Pazello Soares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.34

35

Reflexões sobre controle de convencionalidade na execução penal: aplicação do precedente caso Plácido de Sá Carvalho e a vinculação da coisa julgada internacional460

Raísa Bakker de Moura

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.35

Organizadora471

Índice Remissivo472

Apresentação

Honrosamente, a convite da renomada **AYA Editora**, mais uma vez, apresento e organizo essa obra intitulada **“Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”**. Agora em seu 4º (quarto) volume, contamos com participação de diversos pesquisadores que se debruçam sobre a causa do Direito e da sociedade moderna, navegando pelos mais diversos temas onde o Direito pode ser chamado.

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 pelas ciências criminais até o vasto mundo do direito e processo civil; que se dedicam aos problemas de natureza administrativa e trabalhista; que voltam suas atenções para a relação entre Teoria e Direito; que observam nosso direito constitucional e também o direito internacional.

Assim, os 35 (trinta e cinco) trabalhos que compõem esse volume se comprometem a contribuir para o debate entre a sociedade. Os artigos foram organizados a partir do seu foco de estudo, os 25 primeiros trabalhos se firmam sob análises teóricas e sobre o Direito Material; já, os últimos 10 capítulos se concentram mais sobre o Direito Processual e o funcionamento do Direito.

Desse modo, essa obra conta com seguintes temas: A liberdade de expressão e os Conselhos de Medicina; Políticas de Incentivos da ZFM e os Dispositivos do GATT; Hipossuficiência e parassuficiência do produtor rural; Mães presidiárias e Direito da Criança e do Adolescente; Neoliberalismo e Constituição Federal de 1988; A legalidade do uso da Ayahuasca; Privacidade e efetividade protetiva nas redes sociais; Análise do MS nº 37.897/DF; Pandemia e Teletrabalho; (In)Eficácia do Direito Penal brasileiro; Direito ao conhecimento da origem genética versus Violação ao Direito da personalidade; Teoria Crítica em Adorno; Direitos das ilhas das especiarias no século XVI versus interesses portugueses e espanhóis; Direito Administrativo e a constitucionalização; Conhecimento dos músicos acerca dos Direitos autorais; Organização criminosa e crime de milícia; Redes sociais como meio de comunicação oficial do governo e o conflito constitucional e democrático; Função social: perfil jurídico e base constitucional; Da adoção legal à adoção à brasileira; Teoria da perda de uma chance aplicada ao erro médico; A importância da legislação nacional para os conhecimentos tradicionais e para a preservação da biodiversidade brasileira; Low-tech economy e Nova Economia Institucional; Educação e Direitos Humanos; Análise sobre a vida, trabalho e obra do advogado abolicionista Luiz Gama; Controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários; Controle de constitucionalidade e o Tribunal de contas; Prazo decadencial e o ITCMD de bem móvel; Advocacia e as audiências virtuais; Tecnocracia e Decisões Judiciais; (In)Constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas; Análise sobre o Julgamento da ADI nº 6.630; Equiparação dos tratados ambientais aos tratados de Direitos Humanos; Poder cautelar e Polícia; Análise sobre o caso Plácido de Sá Carvalho e a vinculação da coisa julgada internacional.

Desse modo, por esta breve apresentação, já é possível perceber o quão diverso, profi-

cuo 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 agradecê-los como cidadã por estarem ativamente refletindo sobre problemas e soluções em nossa tão complexa sociedade.

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.

Boa leitura e bons estudos!

Prof.^a Ma. Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

01

A liberdade de expressão médica sob a ótica das normatizações dos Conselhos de Medicina

**Freedom of medical expression from
the perspective of the norms of the
Medical Councils**

*Amanda de Cassia Azevedo da Silva,
André Luis Cândido da Silva
Suéllyn Mattos de Aragão*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.1

RESUMO

Objetivo: discutir a questão da liberdade de expressão sob a perspectiva do Direito Médico, buscando evidenciar ordenamentos dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina incidentes e eventuais limites impostos. Metodologia: abordagem pautada pelo método dedutivo, de natureza descritiva, lastreada em revisão bibliográfica e análise documental. Resultados: foi identificado um parecer emitido pelo Conselho de Classe de Medicina da Bahia a respeito de inscrições religiosas inseridas em carimbos médicos. Excertos da Resolução CFM 1.974/2011, que trata da publicidade médica e tangencia a questão da liberdade de expressão, contém algumas determinações acerca da liberdade de expressão científica, porém nada aduz a respeito da liberdade política, cultural e artística do médico. Ao incluir na análise a interface ética existente entre as atividades médicas e as exercidas por outros profissionais de saúde, fica evidente que a falta de regulamentação ou de responsabilização por más condutas inerentes à liberdade de expressão, perpetua o status quo atual que foi construído no período pandêmico. Conclusão: há aparente vazio regulamentar no nível das soft law emitidas pelos Conselhos de Classe de Medicina quanto à temática da liberdade de expressão. Existem dispositivos mínimos de ponderação da liberdade de expressão do profissional médico. A simples delegação de autonomia sem a devida responsabilização pelos maus atos praticados, como se observa notoriamente na pandemia da COVID-19, contribui para a perpetuação das más práticas. Ações de educação em saúde para o público leigo e profissionais de saúde poderão contribuir com o preenchimento da lacuna encontrada.

Palavras-chave: direito sanitário. cuidados médicos. liberdade. autonomia profissional.

ABSTRACT

Objective: to discuss the issue of freedom of expression from the perspective of Medical Law, seeking to highlight the regulations of the Federal and Regional Councils of Medicine and any limits imposed. Methodology: approach guided by the deductive method, descriptive in nature, backed by bibliographic review and document analysis. Results: an opinion issued by the Bahia Medical Class Council regarding religious inscriptions inserted in medical stamps was identified. Excerpts from CFM Resolution 1974/2011, which deals with medical advertising and touches on the issue of freedom of expression, contains some determinations about the freedom of scientific expression, but nothing adduces about the political, cultural and artistic freedom of the physician. By including in the analysis the ethical interface between medical activities and those performed by other health professionals, it is evident that the lack of regulation or accountability for misconduct inherent to freedom of expression perpetuates the current status quo that was built in the period pandemic. Conclusion: there is an apparent regulatory void at the level of soft law issued by the Medical Class Councils regarding the issue of freedom of expression. There are minimum provisions for considering the freedom of expression of the medical professional. The simple delegation of autonomy without due accountability for bad acts committed, as noted in the COVID-19 pandemic, contributes to the perpetuation of bad practices. Health education actions for the lay public and health professionals may contribute to filling the gap found.

Keywords: Health Law. Medical Care. Freedom. Professional Autonomy.

RESUMEN

Objetivo: discutir el tema de la libertad de expresión desde la perspectiva del Derecho Médico, buscando resaltar la normativa de los Consejos Federales y Regionales de Medicina y los límites impuestos. Metodología: abordaje guiado por el método deductivo, de carácter descriptivo, respaldado por revisión bibliográfica y análisis documental. Resultados: se identificó una opinión emitida por el Consejo de la Clase Médica de Bahía sobre las inscripciones religiosas insertadas en sellos médicos. Extractos de la Resolución CFM 1974/2011, que trata de la publicidad médica y aborda el tema de la libertad de expresión, contiene algunas determinaciones sobre la libertad de expresión científica, pero nada aduce sobre la libertad política, cultural y artística del médico. Al incluir en el análisis la interfaz ética entre las actividades médicas y las realizadas por otros profesionales de la salud, es evidente que la falta de regulación o responsabilidad por las faltas inherentes a la libertad de expresión perpetúa el status quo actual que se construyó en el período de la pandemia. Conclusión: existe un aparente vacío regulatorio a nivel de soft law emitido por los Medical Class Councils en relación al tema de la libertad de expresión. Existen disposiciones mínimas para considerar la libertad de expresión del profesional médico. La simple delegación de autonomía sin la debida rendición de cuentas por los malos actos cometidos, como se señaló en la pandemia COVID-19, contribuye a la perpetuación de las malas prácticas. Las acciones de educación en salud para el público no profesional y los profesionales de la salud pueden contribuir a llenar el vacío encontrado.

Palabras-clave: derecho sanitario. atención médica. libertad. autonomía profesional.

INTRODUÇÃO

O Brasil, uma República Federativa, fundamenta-se no Princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Carta Magna (Legislativo, Executivo e Judiciário), que visa assegurar o Estado Democrático de Direito: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (1).

Há uma correlação intrínseca entre o Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão. Vale lembrar, brevemente, que ela é fruto do movimento liberal iluminista que marca a primeira onda do constitucionalismo. Exemplo disso é que, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição já determinava que o Congresso não poderia votar leis que cerceassem a liberdade de palavra ou imprensa. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão também já dispunha sobre a livre comunicação das ideias e das opiniões. Desde então, ela está no âmago das preocupações fundamentais do Estado Constitucional (2).

Por pertencer à categoria de direitos fundamentais, a liberdade de expressão se sujeita, como qualquer outro direito da espécie, a avaliações que, à luz das circunstâncias concretas, o faz ora prevalecer, ora ceder passagem a outros interesses que, também voltados à realização e desenvolvimento humano, mostram-se merecedores de igual proteção pela ordem jurídica (2).

Em outras palavras, a liberdade de expressão, por ser passível de abusos, não é absoluta e sim restringível, encontra limite no exercício de outros direitos fundamentais. E assim parece justo que seja, pois, em caso contrário, ela poderia ser utilizada inclusive para atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito (3).

O tema da liberdade de expressão pode ser discutido sob diferentes enfoques, perspec-

tivas e matrizes filosóficas. Nos últimos anos, a relação da temática com o exercício profissional de algumas categorias específicas tem ganhado corpo. O debate central, nesses casos, gira em torno da seguinte questão: qual deve ser o limite da liberdade de expressão para categorias profissionais que possuem forte apelo coletivo, poder de representatividade e poder de influência, como é o caso de funcionários do Estado, agentes políticos e personalidades públicas?

Ante esse movimento, diversos órgãos têm emitido recomendações para cuidar do tema. Como exemplos, podem ser mencionadas as seguintes normativas: (i) Recomendação de Caráter Geral do Conselho Nacional do Ministério Público nº 1 de 03/11/2016 (4), que dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária e o uso das redes sociais por parte dos Membros do Ministério Público; (ii) Resolução nº 305 de 17/12/2019 (5), do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que estabelece parâmetros para o uso das redes sociais por membros do Poder Judiciário.

A liberdade de expressão compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras. Ela compreende a ação verbal, escrita, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de escolha. Ainda, engloba a atividade intelectual, artística, científica, a liberdade de comunicação, de imprensa, de reunião e de discussão, além da liberdade de receber informações de interesse público (6). Pode ser conceituada, também, como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meio dos quais a expressão é manifestada (7).

Ou seja, trata-se de direito abrangente que alcança múltiplas esferas do cotidiano cultural, pessoal, profissional, social, educacional e político do indivíduo. Tangencia todo o feito, o dito, o falado, o criado, o escrito, o postado, o armazenado, o gravado, o composto, o produzido, o pensado.

A pandemia da COVID-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2, desnudou e pronunciou situações corriqueiras que se abarcam sobre a liberdade de expressão médica. Não são raros os vídeos envolvendo médicos que propagam informações desconhecidas contendo panaceias para enfrentamento do vírus, assim como falsas promessas de curas por meio da utilização de medicamentos sem eficácia reconhecida, sem graus de recomendação aceitáveis e/ou níveis de evidência científica minimamente razoáveis.

Pensar o Direito e a Medicina a partir da Arte exige conectar fontes, discursos, abordagens, racionalidades, saberes e cosmos. Esse diálogo é interessante pois toca em uma zona limítrofe, fronteira. Na prática, os casos concretos que entrelaçam esses campos do saber têm se tornado cada vez mais comuns.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO MÉDICO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL

Em tempos de emergência sanitária provocada pela pandemia da COVID-19, ao se colocar em foco a questão da liberdade de expressão do médico, vêm à memória, imediatamente, casos de profissionais, no âmbito público e privado, que têm externado publicamente opiniões e convicções políticas e científicas a respeito desta doença.

Tome-se como exemplo os casos concretos que têm se repisado no noticiário nacional: disputas entre médicos emitindo declarações e manifestações pró e contra o discurso a respeito do chamado “tratamento precoce” como forma de debelar a infecção. Particularmente, consistem em depoimentos que defendem ou rejeitam a eficácia e a segurança de fármacos que, no início da pandemia, em meados de 2020, foram estudados, pois se cogitou que poderiam ser úteis ao tratamento da doença, tais como a hidroxicloroquina e a ivermectina. Logo após os estudos preliminares, por volta de julho/2020 (8-11), verificou-se que eles não apresentavam evidência científica de eficácia para esse fim, causando, inclusive, graves efeitos colaterais.

Nessa perspectiva catalisada pela pandemia, a pesquisa se alicerçou pela busca de normas deontológicas emitidas pelos Conselhos de Classe de Medicina acerca da temática da liberdade de expressão. A estratégia de apuração está indicada no quadro 1:

Quadro 1 - Estratégia de busca

Estratégia	Especificação
Site	https://portal.cfm.org.br/buscar-normas-cfm-e-crm/
Descritor	Liberdade de expressão
Tipos de normas	Resoluções e Pareceres
Estado	Todos
Número	Não preenchido
Ano	Todos
Assunto	Todos
Texto a ser encontrado	Liberdade de expressão
Data da coleta	28/03/2021

Fonte: elaboração própria (2021).

Como resultado da busca, provieram 41 registros constituídos por 7 resoluções, sendo que uma se encontrava revogada, e 34 pareceres. Foram listados ordenamentos que abordam genericamente questões associadas à liberdade profissional e liberdade de escolha do paciente, além de vislumbrar o termo “expressão” no sentido linguístico, sem relação com o objeto de pesquisa deste estudo.

Ao excluir as normas que contemplavam assuntos alheios ao escopo da presente pesquisa, quanto aos pareceres, o que mais se aproximou do tema foi o Parecer CREMEB Nº 50/10 (12). Trata-se de uma consulta acerca da possibilidade de emissão de formulários de receita e requisições de exames médicos carimbados com as inscrições: “Deus é fiel” e “Jesus Cristo é o Senhor”. A conclusão da conselheira relatora, Teresa Cristina Santos Maltez, emitida em 06 de setembro de 2010, foi no sentido de que:

Para a identificação do médico basta a sua assinatura, o nome, o número do registro e o Conselho Regional onde se encontra registrado. As inscrições religiosas postas pelo médico em seu carimbo são consideradas desnecessárias, podendo, até mesmo, em caso extremo, propiciar desconforto e reação do paciente que professe religião diversa ou não professe religião alguma (11, grifo nosso).

A normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM) mais próxima do objeto “liberdade de expressão” foi a Resolução CFM 1.974/2011 (13), que trata da publicidade médica, e suas atualizações, a Resolução 2.126/2015 (14) e a Resolução 2.133/2015 (15). Inobstante, as questões abordadas por esses instrumentos versam exclusivamente sobre publicidade, nada estipulam quanto à questão da liberdade política e cultural do médico, entendidas de forma mais

ampla. Sobre a liberdade científica, há alguns artigos que tratam mais intimamente da questão da liberdade de expressão:

É vedado:

i - veicular publicamente informações que causem intranquilidade à sociedade, mesmo que comprovadas cientificamente. Nestes casos, deve protocolar em caráter de urgência o motivo de sua preocupação às autoridades competentes e aos Conselhos Federal ou Regional de Medicina de seu estado para os devidos encaminhamentos;

j - divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

k - garantir, prometer ou insinuar bons resultados de tratamento sem comprovação científica;

x - fazer afirmações e citações ou exibir tabelas e ilustrações relacionadas a informações científicas que não tenham sido extraídas ou baseadas em estudos clínicos, veiculados em publicações científicas, preferencialmente com níveis de evidência I ou II;

xi - utilizar gráficos, quadros, tabelas e ilustrações para transmitir informações que não estejam assim representadas nos estudos científicos e não expressem com rigor sua veracidade;

xii - adotar gráficos, tabelas e ilustrações que não sejam verdadeiros, exatos, completos, não tendenciosos (grifo nosso), e apresentá-los de forma a possibilitar o erro ou confusão ou induzir ao autodiagnóstico ou à auto prescrição (11, grifo nosso).

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ÉTICA NA INTERSECÇÃO DA ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

O Código de Ética Médica (CEM) (Resolução CFM n. 2.217/2018) (16) vai ao encontro de dispositivos levantados até então por meio desta pesquisa.

Consta, no capítulo I, itens VII e VIII do CEM, que o médico “exercerá sua profissão com autonomia” e “liberdade profissional”. Por outro lado, diferentes preceitos asseguram a preservação da autonomia do paciente (Cap. I – XXI, Cap. IV – art. 24, Cap. V – art. 31 e Cap. XII – art. 110), princípio basilar da bioética. Tratam-se de normas principiológicas que regem e fundamentam, por assim dizer, a prática médica profissional.

Ao incluir na análise a interface existente entre as atividades médicas e as exercidas por outros profissionais de saúde, envolvidos com a dispensação (farmacêutico) e a administração (enfermeiro) de medicamentos, ficam nítidos os conflitos éticos gerados por manifestações públicas estapafúrdias, sob a égide da liberdade de expressão, como as que envolvem histórias anedóticas de cura ou tratamento da COVID-19 por meio de medicamentos que não possuem comprovação científica.

O profissional farmacêutico deve atuar “com respeito à vida humana, ao meio ambiente e à liberdade de consciência nas situações de conflito entre a ciência e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal” (Código de Ética Farmacêutica - Resolução CFF 711/2021) (17).

No art. 3, está explicitado que a “a dimensão ética” farmacêutica “é determinada em todos os seus atos, sem qualquer discriminação, pelo benefício ao ser humano, ao meio ambiente

e pela responsabilidade social” (17).

Destarte que, conforme o art. 4, “o farmacêutico responde individual ou solidariamente, ainda que por omissão, pelos atos que praticar, autorizar ou delegar no exercício da profissão” (17).

Ainda, como direito, possui a prerrogativa de “negar-se a realizar atos farmacêuticos que sejam contrários aos ditames da ciência, da ética e da técnica” (Art. 12 Inciso IV) (17).

De acordo com o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem (Resolução COFEN n. 564/2017), art. 1, o enfermeiro tem o direito de “exercer a Enfermagem com liberdade, segurança técnica, científica e ambiental, autonomia”. Também, “recusar-se a executar atividades que não ofereçam segurança ao profissional, à pessoa, à família e à coletividade” (art. 22) (18).

Em conformidade com o art. 42, deve “respeitar o direito do exercício da autonomia da pessoa ou de seu representante legal na tomada de decisão, livre e esclarecida, sobre sua saúde, segurança, tratamento, conforto, bem-estar”, respeitados os princípios éticos e legais. Os serviços de enfermagem devem, ainda, serem oferecidos em condições de segurança para o paciente, livres danos gerados por negligência, imperícia ou imprudência (art. 45) (18).

Ao avaliar os distintos códigos de ética profissional, pondera-se que, ao utilizar as melhores evidências científicas para definir sua conduta ou exercer o seu direito à liberdade de expressão, o profissional de saúde promoverá ações sinérgicas que certamente apresentarão os melhores desfechos no âmbito da coletividade.

A despeito das distintas atribuições e responsabilidades, como sopesar a liberdade de expressão do profissional médico com a dos demais profissionais de saúde e, ainda, garantir que não haja prejuízos com os cuidados da saúde do paciente leigo e da população em geral? Em deveras ocasiões, o paciente não se mostra plenamente capaz de entender o caráter de determinada farmacoterapia.

A liberdade de expressão permite que sejam discutidas políticas de resposta a situações de emergência em saúde pública e responsabilizar quem de direito por suas ações (19).

De outro modo, considerando as circunstâncias associadas à pandemia da COVID-19, a falsa promessa de um tratamento, de uma cura, por meio do exercício da mesma liberdade de expressão, é capaz de ferir o direito à vida, ao agravar o estado de saúde do paciente enfermo, seja por conta da ação inócua da utilização de medicamentos sem respaldo científico, seja por meio do abandono das medidas sanitárias minimamente necessárias para o combate ao vírus (20).

“O paciente tem o direito de ter à disposição todo e qualquer dado relevante para que possa, livre e conscientemente, decidir” sobre o seu tratamento (21). Entretanto, se esta informação, este dado, já chega corrompido ao paciente, o juízo do mesmo já estaria prejudicado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se um notório vazio regulamentar no nível das soft law emitidas pelos Conselhos de Classe de Medicina quanto à temática da liberdade de expressão do profissional médico.

Com a explosão de popularidade das redes sociais e a amplificação das formas de comunicação, as perguntas sobre os limites das manifestações políticas e culturais do médico, inclusive no meio virtual, serão cada vez mais comuns. Parece urgente que os Conselhos de Classe se manifestem a respeito.

É certo que o direito intrínseco à liberdade de expressão não se limita a proteger apenas opiniões verdadeiras e/ou convencionais. As declarações errôneas também estão sob a égide desta garantia constitucional. Entretanto, o seu uso deve estar acompanhado de disciplina e responsabilidade, de forma a não permitir prejuízos para o âmbito alheio.

Apesar da ausência de regulamentação não ser uma especificidade da medicina, é importante levantar a presente discussão com o intuito de se buscarem medidas que mitiguem ou anulem os erros contemporâneos, principalmente em situações de emergência em saúde pública.

A liberdade de expressão, ao colidir com o código de ética do profissional de saúde, deveria implicar em responsabilização do mesmo por atos de imperícia, imprudência ou negligência. Entretanto, ao mesmo tempo em que os Conselhos Profissionais vilipendiam o regramento, vociferam em defesa das respectivas autonomias profissionais. Por outro lado, não se observa a mesma ânsia em apurar os deslizes éticos destes profissionais.

Assim como um vírus se dissemina rapidamente na ocasião de uma pandemia, os incontáveis desafios que emanam da questão trabalhada neste paper exigem respostas rápidas, efetivas e justas de Conselhos Profissionais, profissionais de saúde, gestores em saúde e usuários dos sistemas de saúde.

Como exemplos de respostas, podem ser citadas:

- inserção e aprimoramento do ensino da saúde baseada em evidências nas graduações dos cursos da área da saúde, assim como os níveis de evidência científica e graus de recomendação;
- disseminação do conhecimento atrelado ao desenvolvimento de pesquisas científicas envolvendo seres humanos e o desenvolvimento de novos fármacos e vacinas;
- elaboração de políticas públicas, principalmente as intrínsecas à saúde, pautadas por bons níveis de evidência científica e graus de recomendação;
- ações de educação em saúde voltadas para a população, a partir da iniciativa do Ministério da Saúde e toda a vasta capilarização do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ademais, embora existam, mesmo que minimamente, necessários dispositivos de ponderação da liberdade de expressão do profissional médico, sob pena de incorrer em flagrante omissão, é mister que os Conselhos Profissionais se modernizem do ponto de vista dos ordenamentos e aprimorem os mecanismos de fiscalização. A simples delegação de autonomia, sem a devida responsabilização pelos maus atos praticados, como se observa notoriamente na pandemia da COVID-19, contribui para a perpetuação das más práticas, sendo obstáculo para o avanço das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde da população brasileira.

REFERÊNCIAS

1. Brasil Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
2. Fachin MG. As biografias não autorizadas e a ilegitimidade da ficção. *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/216/pdf>. Acesso em: 21 mar 2021.
3. Barroso, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação; interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, 4(16):59-102, out./dez., 2003.
4. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Recomendação de Caráter Geral nº 1, de 03 de novembro de 2016 [Internet]. Dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos Membros do Ministério Público e estabelece diretrizes orientadoras para os Membros, as Escolas, os Centros de Estudos e as Corregedorias do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP; 2016 [citado em 2 jun. 2021]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf.
5. Brasil. Tribunal Regional Federal da Região 3ª – TRF3. Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019 [Internet]. Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. Brasília: CNJ; 2019 [citado em 25 mai. 2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>.
6. Machado JEM. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.
7. Meyer-Pflug SR. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 34-35.
8. Silva ALC, Silva ACA, Teixeira APSS, Aragão SM. Impacto da utilização de cloroquina e hidroxicloroquina no combate à COVID-19: estudo exploratório de reações adversas. Pôster apresentado no II Congresso de Saúde Coletiva da UFPR; 27-30 jul. 2020; Curitiba.
9. American Society of Health-System Pharmacists. Assessment of Evidence for COVID-19-Related Treatments: Updated 7/16/2020 [Internet]. Bethesda: ASHP pharmacists advancing healthcare; 2020 [citado em 16 jul. 2020]. Disponível em: <https://www.ashp.org/-/media/assets/pharmacy-practice/resource-centers/Coronavirus/docs/ASHP-COVID-19-Evidence-Table.ashx>.
10. National Institutes of Health. COVID-19 Treatment Guidelines Panel. Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Treatment Guidelines [Internet]. Bethesda: NIH; 2020 [citado em 17 jul. 2020]. Disponível em: <https://www.covid19treatmentguidelines.nih.gov/>.
11. Hoffmann M, Mösbauer K, Hofmann-Winkler H, Kaul A, Kleine-Weber H, *et al.* Chloroquine does not inhibit infection of human lung cells with SARS-CoV-2. [Internet]. *Nature*; 2020 [citado em 25 jun. 2021] 22;585(7826):588–90. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1038/s41586-020-2575-3>.
12. Brasil. Conselho Regional de Medicina da Bahia – CREMEB. Parecer CREMEB nº 50/10. Expediente Consulta nº 172.853/09 [Internet]. Salvador: CREMEB; 2010 [citado em 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2010/50>.

13. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 1.974/2011 [Internet]. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Brasília: CFM; 2011 [citado em 21 abr. 2021]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>.
14. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.126/2015 [Internet]. Altera as alíneas “c” e “f” do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/11, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Brasília: CFM; 2015 [citado em 21 abr. 2021]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>.
15. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 2.133/2015 [Internet]. Altera o texto do Anexo I – Critérios para a relação dos médicos com a imprensa (programas de TV e rádio, jornais, revistas), no uso das redes sociais e na participação em eventos (congressos, conferências, fóruns, seminários etc.) da Resolução CFM nº 1.974/11. Brasília: CFM; 2015 [citado em 21 abr. 2021]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2133>.
16. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, Seção 1, p. 179, 1º nov 2018 [citado em 25 jun. 2021]. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>.
17. Conselho Federal de Farmácia. Resolução CFF nº 711, de 30 de julho de 2021. Dispõe sobre o Código de Ética Farmacêutica, o Código de Processo Ético e estabelece as infrações e as regras de aplicação das sanções disciplinares [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, Seção 1, p. 142, 11 ago. 2021 [citado em 25 out. 2021]. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-711-de-30-julho-de-2021-337525053>.
18. Conselho Federal de Enfermagem. Resolução COFEN nº 564, de 06 de novembro de 2017. Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 6 dez. 2017 [citado em 26 jun. 2021]. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html.
19. Barata J. COVID-19: o papel dos operadores jurídicos na proteção e na promoção do direito à liberdade de expressão: diretrizes [Internet]. UNESCO; 2020 [citado em 25 jun. 2021]. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374208_por.
20. Caponi S, Brzozowski FS, Hellmann F, Bittencourt SC. O uso político da cloroquina: COVID-19, negacionismo e neoliberalismo / The political use of chloroquine: COVID-19, denialism and neoliberalism [Internet]. RBS; 2021 [citado em 27 jun. 2021] 20;9(21):78–102. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20336/rbs.774>.
21. Araújo ATM, Fernandes LS. Liberdade decisória do médico e compreensão pelo paciente: o dever recíproco de informação como pressuposto fundamental [Internet]. Cad Ibero Am Direito Sanit; 2021 [citado em 27 jun. 2021] 18;10(1):149–64. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v10i1.645>.

A controvérsia entre a política de incentivos da ZFM e os dispositivos do GATT

The controversy between ZFM's incentive policy and GATT devices

Adriano Fernandes Ferreira

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela - USC, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla-La Mancha - UCLM, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Professor adjunto nível IV da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Diretor e Coordenador da Pós-Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. Membro da Câmara de Inovação Tecnológica da UFAM. Pesquisador no Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais e Políticas Públicas, da UFAM

Hanady Corrêa Ismael

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM

Luciana Lameira de Sousa

3Graduada em Engenharia de Petróleo e Gás pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM (2018). Graduanda em Direito pela UFAM

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.2

RESUMO

A Organização Mundial do Comércio recebeu, em 2013, um documento feito pela União Europeia que solicitava explicações ao Brasil a respeito da sua política de isenções fiscais praticada na Zona Franca de Manaus que, de acordo com os mesmos, contrariam o Acordo Geral de Tarifas e Comércio. Em contestação, a SUFRAMA alegou que a política existe com a intenção de promover o desenvolvimento regional pois trata-se de uma região com desvantagens econômicas e logísticas que findam por encarecer o produto final e suas transações no mercado. A SUFRAMA também argumenta que apenas alguns bens selecionados considerados importantes para promover a economia local recebem esses benefícios. Por fim, apesar de haver um certo protecionismo nacional, percebeu-se que este é feito de modo contido sem prejudicar os demais acordantes do GATT.

Palavras-chave: organização mundial do comércio. zona franca de Manaus. acordo geral de tarifas e comércio.

ABSTRACT

In 2013, The World Trade Organization received a document made by the European Union requesting explanations from Brazil's policy of tax exemptions practiced in the Manaus Free Trade Zone, which, according to them, contradict the General Agreement on Tariffs and Trade. In response, SUFRAMA claimed that the policy exists with the intention of promoting regional development because it is a region with economics and logistical disadvantages that increases the final product and makes transactions on the market more expensive. SUFRAMA also argues that only a few selected assets important for promoting the local economy have these benefits. Finally, although there is a certain national protectionism, that this is done in a restrained manner without harming the other GATT agreements.

Keywords: world trade organization, manaus free trade zone and general agreement on tariffs and trade.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Zona Franca de Manaus (ZFM) dispõe de um complexo de incentivos fiscais, quando comparado à política nacional tributária vigente no restante do país e às vantagens locais advindas da esfera estadual e municipal que corroboram com o modelo. Desde a sua criação, a ZFM foi a responsável por desenvolver economicamente a cidade de Manaus, esta que possui aproximadamente 95% da riqueza do Amazonas.

Ocorre que, devido a estas medidas protecionistas, tem sido acusada de travar o comércio internacional de modo que, em 2013, a União Europeia protocolou um pedido na Organização Mundial do Comércio (OMC), no qual solicitou esclarecimentos do governo brasileiro quanto aos incentivos e subsídios, na forma de isenções fiscais para empresas situadas na Amazônia Ocidental, na importação de bens utilizados na produção de outras mercadorias.

As acusações decorrem especificamente do não alinhamento da política tributária pro-

movida pela União, para incentivar a ZFM, com o estabelecido no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT – “General Agreement on Tariffs and Trade”), ao qual o Brasil é signatário, e que prevê a regra do tratamento nacional, isto é, a equidade de tratamento entre o produto de origem estrangeira que adentra o território nacional e o produto correlato nacional, regra esta estipulada na Parte II, Tratamento Nacional no tocante a Tributação e Regulamentação Internas, artigo III, 2 e 4:

“2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais”

“4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no comércio interno”

CONSIDERAÇÕES SOBRE O GATT

Quando a Segunda Guerra Mundial chegou ao fim, diversos países com o intuito de promover uma melhor qualidade de vida aos seus cidadãos e regulamentar as relações econômicas internacionais decidiram por criar o Banco Mundial (BIRD), o FMI e a Organização Internacional do Comércio (OIC).

Mais tarde, em 1947, 23 países sentiram a necessidade de estimular a liberalização comercial e rechaçar medidas protecionistas que ganhavam cada vez mais adesão. Desta forma, a solução encontrada foi por meio de realizações de negociações tarifárias que resultaram em 45.000 concessões e também no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Devido à alguns problemas políticos internos dos EUA, a criação da OIC em 1950 não foi adiante. Conseqüentemente, o GATT, que a princípio era provisório, foi a ferramenta utilizada por mais de quarenta anos para regular as relações internacionais entre os países sendo uma ferramenta de solução de controvérsias.

O GATT é composto por regras e normas comerciais acatadas internacionalmente. O sistema, depois de algumas alterações, passou a funcionar por meio da convocação de três especialistas que davam seu parecer e as partes decidiam pela sua aplicação. Se não houvesse consenso, poderia haver bloqueio ou postergação da recomendação (COZENDEY, 2013). Vale ressaltar que são feitas “rodadas” de negociações que, geralmente, são batizadas com o nome da cidade ou do país onde foram realizadas.

Dentre as rodadas realizadas, destacam-se algumas como, por exemplo, a Rodada Kennedy que criou a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). O órgão criado objetivava oferecer apoio aos países subdesenvolvidos para sua melhor integração econômica (UNCTAD, 2020). Na Rodada Kennedy também foi inserida a Parte IV do GATT que garantia um tratamento distinto aos países acordantes em desenvolvimento.

Outra rodada importante foi a Rodada de Tóquio. Nela foram discutidos os temas multilaterais, bem como foram realizados os primeiros acordos plurilaterais. Por fim, na Rodada do Uruguai surgiu a Organização Mundial do Comércio (OMC) que, por sua vez, possuía uma apli-

cação mais robusta e efetiva, além de ser a evolução do sistema multilateral de comércio.

Dessa forma, a OMC absorveu os fundamentos jurídicos previstos no GATT. Conforme explicita Hidelbrando Accioly (2012):

“a transição do GATT para a OMC representou extensão considerável não somente quanto ao número de participantes, como ao aumento da abrangência dos temas regulados pelos diferentes acordos setoriais, inseridos no conjunto da Ata final de Marraqueche, de 1994, cuja adoção conduz à entrada em vigor da OMC, com a implantação da rede de acordos multilaterais setoriais, até mesmo em matéria de proteção da propriedade intelectual (TRIPs), como também pela implementação de sistema institucionalmente aperfeiçoado de solução de controvérsias, com mecanismo de revisão”. (Casella, Paulo Borba Manual de direito internacional público/Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 667.)

O princípio da não-discriminação, disciplinado pelo artigo III, 2 e 4, Parte II do Tratamento Nacional no tocante a Tributação e Regulamentação Internas do GATT, já mencionados anteriormente, abrange os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, ou seja, faz referência a hipótese de um país conceder a outro país um benefício, ele terá a obrigação de estender a mesma vantagem ou privilégio aos demais membros da OMC.

Nesse sentido, insta destacar que o Brasil equipara os tratados às leis nacionais e o própria Constituição Federal, em seu art. 5º, §2º, preceitua que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, nem mesmo os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Portanto, tendo em vista que o GATT foi ratificado pelo Brasil, os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional devem ser obedecidos, até por conta do disposto no art. 152 da Constituição Federal:

“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

Ademais, deve-se destacar o que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Pelo exposto, dado que as normas de direito tributários, bem como os tratados e as convenções internacionais se sobrepõe à legislação tributária interna, a jurisprudência corrobora:

“Dentro deste enfoque, doutrinário e jurisprudencial, é que aplico o art. 98 do CTN, afastando a incidência do art. 111 do CTN, por entender que deve prevalecer a legislação de âmbito internacional, de maior abrangência e concluo que, sendo o salmão importado do Chile, País signatário do GATT, enquanto não sofrer processo de industrialização, deve ser isento do ICMS quando da sua internação no País” (STJ, REsp 460.165/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.02.2003, DJ 24.03.2003, p. 208).”

De tal maneira que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal editaram súmulas referentes ao GATT:

“STJ – Súmula 20 – “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta de ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional”. STF – Súmula 575 – “À mercadoria importada de país signatário do (GATT), ou membro da (ALALC), estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional””

AS CLÁUSULAS DO CONFLITO ENTRE A ZFM E O GATT

De acordo com os países da União Europeia, os subsídios e os incentivos do governo brasileiro para os produtos nacionais geram danos ao comércio internacional, desta forma, indo na contramão do que fora acordado no GATT. Assim, em 19 de dezembro de 2013, levaram a questão à Organização Mundial do Comércio para que o Brasil apresentasse explicações sobre o assunto reclamado.

Na reclamação protocolada na OMC constam quatro pontos onde a política fiscal brasileira é alvo de questionamentos. São eles:

- A Lei nº 12.415 de 17 de setembro de 2012 que estabelece o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores (INOVAR-AUTO) onde o Brasil garante benefícios em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) no setor automotivo;
- A Lei nº 12.715 de 17 de setembro de 2012 que determina benefícios fiscais no setor de eletrônicos e relacionados, fazendo com que haja uma proteção nos produtos manufaturados domésticos;
- Isenção da taxa de IPI na venda de bens, especialmente os da área de informática, produzidos na Zona Franca de Manaus que são comercializados em todo o território nacional, enquanto que produtos importados são taxados com vários impostos, incluindo o IPI;
- Programas destinados a conceder benefícios fiscais para as companhias que realizam predominantemente exportações.

O terceiro tópico é o que trata especificamente da Zona Franca de Manaus e dos benefícios que esta recebe do governo federal brasileiro. A União Europeia criticou veemente o protecionismo nacional, em relação à isenção do IPI, que foca principalmente nas empresas de bens de informática tendo em vista que, para o Brasil, é um setor bastante estratégico.

Além disso, a União Europeia rechaça os privilégios, cedidos por meio de incentivos fiscais, que objetivam o progresso de regiões subdesenvolvidas, exceto se estiverem de acordo com as normas da OMC. Todavia, conforme o relato da União Europeia, há uma incongruência com o artigo III do GATT 1994, na parte referente a bens. Neste artigo é estabelecido o princípio do tratamento nacional que evita o tratamento diferenciado aos bens internacionais com o intuito de torná-los mais competitivos junto aos bens nacionais.

Outro ponto questionado é a redução do custo dos tributos PIS/PASEP e COFINS nos produtos nacionais com produção incentivada, pois os produtos importados, por terem uma carga fiscal maior, findam em desvantagem competitiva no mercado brasileiro. Desta forma, a redução concedida entra em discordância com o artigo I do GATT 1994, na parte referente a bens, onde é instituído o princípio na nação mais favorecida que determina que o mesmo benefício oferecido a um país, deve ser estendido a todos os membros da OMC.

O SISTEMA TRIBUTÁRIO DA ZFM

A fim de que seja compreendido o sistema tributário da ZFM, torna-se necessário analisar que apesar das zonas francas serem, para fins fiscais, consideradas como território estrangeiro, através da “ficção de extraterritorialidade”, as mesmas estão sujeitas à legislação do país a que pertencem.¹

Desta forma, pode-se dizer que impulsionada pelas políticas de desenvolvimento regional do regime militar, ante a obrigatoriedade de criação de uma política de incentivos fiscais para a Amazônia Ocidental,² foi criada em 1957 a ZFM com o objetivo de ser um porto livre de impostos, ou zona de livre comércio,³ gerenciada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) – autarquia ligada atualmente ao Ministério da Economia.

Reformulada em 1967, através do Decreto-Lei nº 288/1967, passa a vigorar além de área de regime aduaneiro especial, como área livre de impostos para a importação e exportação comercial, contando com incentivos fiscais (IFs) especiais que permitiram a instalação e manutenção de um parque industrial, comumente denominado Polo Industrial de Manaus (PIM).⁴

Insta mencionar que, inicialmente, a ZFM vigoraria pelo prazo de 30 (trinta) anos, isto é, até 28/02/1997. Contudo, mediante edição do Decreto n. 92.560/1986 do então Presidente da República José Sarney, houve a sua prorrogação por mais 10 (dez) anos; logo depois, com a promulgação da CF/1988, o prazo de vigência da ZFM passou a ser até 05/10/2013 (art. 40, ADCT) e, com a Emenda Constitucional 83/2014, atualmente é até 05/10/20173 (art. 92-A, ADCT).⁵

Incentivos federais da ZFM

No que tange à instituição dos incentivos fiscais que integram a ZFM, o Decreto-Lei 288/1967, somente o fez expressa e diretamente em relação aos impostos federais.⁶ Todavia, apesar do referido artigo não mencionar a isenção de ICMS nas remessas de mercadorias de origem nacional, esta também decorre dele.

Conforme indica RAMOS FILHO (2019), esses benefícios podem ser classificados em quatro grupos, conforme a operação em relação a qual incidam. Dessa forma, temos: (i) incentivos na entrada de mercadorias estrangeiras na ZFM; (ii) incentivos na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM; (iii) incentivos na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional; (iv) e incentivos na exportação de mercadorias da ZFM para o exte-

1 FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. Zona Franca de Manaus. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 1098.*

2 CF/1946: “Art. 199. Na execução do plano de valorização econômica da Amazônia, a União aplicará, durante, pelo menos, vinte anos consecutivos, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária. Parágrafo único. Os Estados e os Territórios daquela região, bem como os respectivos Municípios, reservarão para o mesmo fim, anualmente, três por cento das suas rendas tributárias. Os recursos de que trata este parágrafo serão aplicados por intermédio do Governo Federal”. Destaca-se que a Emenda Constitucional n. 21/1966 suprimiu o parágrafo único do art. 199 da CF/1946, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 199. Na execução do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, a União aplicará, em caráter permanente, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária”.

3 Lei n. 3.173, de 06.06.1957: “Art. 1º - É criada em Manaus, capital do Amazonas, uma zona franca para armazenamento ou depósito, guarda, conservação, beneficiamento e retirada de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do estrangeiro e destinados ao consumo interno da Amazônia, como dos países interessados, limítrofes do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas.”

4 BISPO, Jorge de Souza. *Criação e Distribuição de Riqueza pela Zona Franca de Manaus. 2009. 234 f. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) – Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.*

5 RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 39.*

6 RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 43.*

rior.⁷

Dentre os incentivos concedidos na entrada de mercadorias estrangeiras estão: a isenção do Imposto de Importação (I.I.); a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); e a suspensão da contribuição do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação.

Contudo, não caberia tratar de um cada um deles neste artigo, mas tão somente expor a legislação que os regula.

Quanto aos incentivos fiscais na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM, o art. 4º do Decreto-Lei 288/1967 dispôs:

“Art. 4º A exportação de mercadorias de origem nacional para o consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, *equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.* (destaque nosso)”

Salienta-se, desta feita, o emprego de uma ficção jurídica que cria uma verdade jurídica (legal) distinta da real (natural, fenomênica)¹⁰, bem como esclarece trecho extraído da ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“EMENTA: (...) O Decreto-Lei n. 288/67, que regulou a Zona Franca de Manaus, determinou em seu art. 4º que, havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus. Significa dizer que as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus. (...)” (AMS 0003232-16.2005.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, 6ª Turma, j. em 26/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 10.05.2012)

Decorrem, portanto, do art. 4º do Decreto-Lei 288/1967, a isenção da contribuição ao PIS e da COFINS, além de isenção do IPI, AFRMM e ICMS.

Por sua vez, os incentivos fiscais na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional são a redução do Imposto de Importação (I.I.) e a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Enquanto que, no que se refere aos incentivos fiscais na exportação de mercadorias da ZFM para o exterior, há a isenção do Imposto de Exportação (I.E.), conforme determina o art. 5º do Decreto-Lei 288/1967.

DEFESA BRASILEIRA DAS ACUSAÇÕES DA UNIÃO EUROPEIA

Conforme noticiado pela Revista Veja em dezembro de 2013, logo após o pedido de esclarecimentos da União Europeia através da OMC para o Brasil, o então ministro das Relações Exteriores do Brasil, Luiz Alberto Figueiredo, declarou que as vantagens fiscais oferecidas à algumas empresas situadas na Zona Franca de Manaus estão de acordo com as regras internacionais regidas pela OMC.

A SUFRAMA, por sua vez, alegou que a política de incentivo fiscais é uma estratégia do governo federal para desenvolver a região onde a Zona Franca de Manaus se localiza, tendo em vista que é um local que apresenta dificuldade em termos econômicos e logísticos e que por conta disso finda por aumentar os custos na fabricação e transações de bens. No entanto, não é

7 RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 46.

qualquer bem que recebe os incentivos fiscais. Os bens que recebem os tais incentivos são tão somente aqueles considerados importantes para o desenvolvimento da região.

Vale ressaltar que as empresas que decidem se instalar na área da Zona Franca de Manaus se responsabilizam pelos riscos e problemas que podem vir a ter no mercado com seus bens produzidos. Além disso, encontram entraves para descobrir talentos profissionais com a formação e conhecimentos desejados e também entraves tecnológicos com os sistemas de comunicações disponíveis na região por estes não possuírem a mesma qualidade de outros existentes em outras localidades.

Por fim, depois que houve a inspeção de comissários europeus com o intuito de conhecer e entender melhor a política de incentivos fiscais adotada pelo governo brasileiro, a União Europeia resolveu excluir a Zona Franca de Manaus do seu documento enviado à Organização Mundial do Comércio. De acordo com o Jornal Valor Econômico, o governo brasileiro fez questão de deixar claro nos bastidores de que, apesar das acusações, não deixaria de praticar as políticas relacionadas com a Zona Franca de Manaus por estas possuírem o viés de “segurança nacional” e “desenvolvimento regional”.

ISENÇÃO DE IPI NA VENDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS PARA A AMAZÔNIA OCIDENTAL

Derradeiramente, importante ressaltar que, em nova solução de consulta DISIT, publicada em 10 de junho de 2021, a Receita Federal reconheceu que a remessa de mercadorias importadas ou nacionalizadas para a Amazônia Ocidental é isenta do IPI, senão vejamos a íntegra da referida solução de consulta:

“Ementa

ICMS – Isenção/Manutenção de crédito – GATT/OMC – Saída destinada à industrialização ou comercialização na Zona Franca de Manaus - Produtos de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% - Produtos de procedência estrangeira, mas adquiridos no mercado interno.

I – É isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos de procedência nacional, ainda que os insumos possam ter sido adquiridos por importação.

II - É isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos importados de país signatário da OMC, mas adquiridos no mercado interno, desde que tenham similar nacional e sejam observadas as demais condições.

III - Fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída ao abrigo da isenção prevista no artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção, nos termos da cláusula terceira do Convênio ICMS-65/1988.

Relato

1. A Consulente tem como atividade principal a de suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação (CNAE 62.09-1/00) e como atividade secundária o comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria (CNAE 46.47-8/01), dentre outras.

2. Informa que compra, de fornecedor localizado no Paraná, etiquetas tanto de procedên-

cia estrangeira, mas adquiridas no mercado interno (CST ICMS 200), quanto de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% (CST ICMS 300), com insumos importados da China pelo fornecedor.

3. Expõe que essas etiquetas são revendidas pela Consulente para a Zona Franca de Manaus (ZFM) para destinatários devidamente inscritos na Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA e são destinadas à industrialização. Nessa saída, aplica a alíquota de 4%, deixando de aplicar a isenção prevista no artigo 84 do Anexo I do Regulamento do ICMS (RICMS/2000), visto que essa só é aplicável às saídas de produtos com origem nacional.

4. Indaga:

4.1 Com a edição da Portaria Suframa nº 834/2019, deverá a Consulente efetuar a saída dos produtos de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% (CST ICMS 300) com isenção, tendo em vista que há entendimento desta Consultoria, exarado na resposta CT 0003708/2014, de que os produtos originários de países signatários do GATT são considerados de origem nacional?

4.2 Deve a Consulente promover a saída tributada para a ZFM apenas dos produtos de procedência estrangeira, mas adquiridos no mercado interno (CST ICMS 200), vez que eles não são por ela própria importados?

4.3 Havendo saída com isenção, deve a Consulente efetuar o estorno integral do crédito ou poderá mantê-lo?

Interpretação

5. Preliminarmente, fica estabelecido que a presente resposta abordará exclusivamente a isenção de produtos importados de países signatários do GATT/OMC, ainda que o importador esteja estabelecido em outro Estado.

6. De acordo com o artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000, a saída de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização para Zona Franca de Manaus são isentas do ICMS, conforme sua transcrição parcial:

“Artigo 84 (ZONA FRANCA DE MANAUS) - Saída de produto industrializado de origem nacional para comercialização ou industrialização nos Municípios de Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo, exceto de açúcar de cana, armas e munições, perfume, fumo, bebida alcoólica, automóvel de passageiros ou de produto semi-elaborado constante nos Convênios ICM-7/89, de 27-2-89, e ICMS-15/91, de 25-4-91, desde que:

I - o estabelecimento destinatário esteja situado nos referidos municípios;

II - haja comprovação da entrada efetiva do produto no estabelecimento destinatário;

III - seja abatido do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção;

IV - o abatimento previsto no inciso anterior seja indicado, de forma detalhada, no documento fiscal.

(...)

§ 12 - Verificando-se, a qualquer tempo, que a mercadoria não tenha chegado ao destino indicado ou que tenha sido reintroduzida no mercado interno do país, antes de decorridos 5 (cinco) anos de sua remessa, fica o contribuinte que tiver dado causa a tais eventos, ainda que situado no Estado do Amazonas, obrigado a recolher o imposto relativo à saída, por guia de recolhimentos especiais, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da ocorrência do fato, com observância do disposto no artigo 5º deste regulamento.

(...)”.

7. Por outro lado, o artigo 98 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei Federal n.º 5.172, de 25/10/1966) estabelece que “(...) Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha

(...)”.

8. Registre-se, por oportuno, que o primeiro GATT, Acordo Geral de Tarifas e Comércio, foi instituído em 1947. Por meio desse acordo foram estabelecidas diversas obrigações a serem observadas pelos países dele signatários, dentre as quais se inclui a obrigação de tratar igualmente os produtos importados e os originários do próprio país, conforme disposto especialmente no parágrafo 4 do artigo III do referido acordo, cuja tradução para o vernáculo está reproduzida a seguir:

“(...) Parte II – Artigo III

Tratamento Nacional na Regulação e Tributação Interna

(...)

4. Os produtos do território de qualquer parte contratante, importados para o território de qualquer outra parte contratante, devem ser submetidos a tratamento não menos favorável que o conferido a produtos similares de origem nacional com respeito a leis, regulamentos e requerimentos que afetem sua venda interna, oferta à venda, aquisição, transporte, distribuição ou uso. (...)”.

9. Em 1994, houve uma nova rodada de negociações no Uruguai, conhecida como GATT 1994, cujos resultados foram, em síntese, a reestruturação do antigo acordo e a formação da Organização Mundial do Comércio (OMC). A criação da OMC foi formalizada, politicamente, pela Declaração de Marraquexe, de 15 de abril de 1994, passando a existir, no plano jurídico, em 1º de janeiro de 1995.

10. Segundo o disposto no § 1º do artigo 11 do Acordo Constitutivo da OMC, os membros do GATT 1947 passaram a integrá-la nos seguintes termos:

“Tornar-se-ão Membros originários da OMC as partes contratantes do GATT 1947 na data de entrada em vigor deste Acordo e as Comunidades Européias que aceitam este Acordo e os Acordos Comerciais Multilaterais cujas Listas de Concessões e Compromissos estejam anexadas ao GATT 1994 e cujas Listas de Compromissos Específicos estejam anexadas ao GATS”.

11. No Brasil, a Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, dentre os quais se inclui a criação da OMC, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por força do Decreto Legislativo nº 30/1994, e posteriormente ratificada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 1.355/1994, passando a vigorar no país a partir de 1º de janeiro de 1995.

12. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento, plasmado na Súmula 575, de que: “À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional”.

13. Diante do exposto, é forçoso reconhecer que a isenção de que trata o artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 estende-se às operações relativas à circulação de mercadorias que tenham por objeto a saída de produtos importados de países integrantes da OMC para industrialização ou comercialização na Zona Franca de Manaus, desde que: (i) haja produto similar nacional sujeito a tal isenção e (ii) sejam atendidos todos os requisitos previstos para o seu gozo, conforme previstos no próprio artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 e no artigo 14 do Anexo IV da Portaria CAT-92, de 23/12/98 (Anexo IV acrescentado pela Portaria CAT-46/2000).

14. Por todo o exposto, concluímos que:

14.1. quanto ao subitem 4.1, é isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos de procedência nacional, ainda que os insumos possam ter sido adquiridos por importação.

14.2. quanto ao subitem 4.2, é isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos importados de país signatário da OMC, mas adquiridos no mercado interno, desde que tenham similar nacional e sejam observadas as demais condições dispostas no item 13.

14.3. quanto ao subitem 4.3, observamos que, nos termos da cláusula terceira do Convênio ICMS-65/1988, fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída mencionada sob o abrigo da isenção em tela a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto desta isenção. Portanto, não há direito à manutenção de crédito do imposto pago na aquisição de etiquetas prontas pela Consulente na situação relatada.

15. Por fim, destacamos que, se as mercadorias em questão forem revendidas para outras cidades situadas fora da Zona Franca de Manaus antes de decorrido o prazo de 5 anos de sua remessa à ZFM, restará caracterizada a sua reintrodução no mercado interno do país. Caso isso ocorra, haverá a obrigação de se recolher o imposto relativo à saída originalmente isenta, por guia de recolhimentos especiais, no prazo de 15 dias, conforme dispõe o § 12 do artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000.

16. Com essas considerações, damos por sanadas as dúvidas da Consulente.”

(RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 20889/2019, de 10 de agosto de 2020. Disponibilizado no site da SEFAZ em 11/08/2020)

Dessa forma, entende-se que o benefício da isenção do IPI, previsto para a remessa de produtos industrializados para a Amazônia Ocidental, engloba também os produtos importados de países signatários do GATT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como o prevê o GATT, a cláusula do tratamento nacional possui fundamento na CF/1988, cujo Art. 152 está nos termos abaixo transcritos:

“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma norma que garante às mercadorias estrangeiras o mesmo tratamento de não-discriminação fiscal ou tributária ao ingressar em determinado território, devido à extensão da isenção pelo tratado internacional.

Dessa forma, embora a legislação que versa sobre os incentivos fiscais da ZFM infringirem a regra do tratamento nacional, a Solução de Consulta/SRF nº 488 de 16 de novembro de 2006, relativa à isenção de IPI, afirma que esse benefício, dado aos produtos industrializados nacionais, estende-se aos produtos estrangeiros revendidos para destinatário situado naquela região, quando advindos de países que o Brasil tenha acordado ou convencionado igualdade de tratamento, como é o caso do GATT. E que aqueles produtos que são passíveis de incentivos fiscais os recebem por serem tidos como bens estratégicos que visam o desenvolvimento regional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. Direito Tributário. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 291, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967. Estabelece incentivos para o desenvolvimento da Amazônia Ocidental da Faixa de Fronteiras abrangida pela Amazônia e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 28.2.1967 e retificado em 10.3.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0291.htm>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 83, de 5 de agosto de 2014. Acrescenta o art. 92 ao Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc83.htm>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SUFRAMA. Histórico. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/suframa/pt-br/modelo-zfm/o-que-e-o-projeto-zfm>>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SUFRAMA. Incentivos à produção. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/suframa/pt-br/modelo-zfm/incentivos>>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Acordos da OMC: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT. 1947. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em 20 nov. 2021.

CASELLA, Paulo Borba. ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

FAZENDA E PLANEJAMENTO. Resposta à consulta tributária 20889/2019, de 10 de agosto de 2020. Disponível em: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20889_2019.aspx>. Acesso em 26 nov. 2021.

MENDONÇA, Maurício Brilhante de. O Processo de Decisão Política e a Zona Franca de Manaus. Manaus: Editora Valer, 2015.

PACÍFICO, Kallyson Alves. Zona Franca de Manaus: Aspectos Econômicos e Tributários. 2018. Monografia (Bacharelado em Administração - Linha de Formação Específica em Comércio Exterior) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6640/1/KALLYSON%20ALVES%20PACIFICO.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

RAMOS FILHO, C. A. de M. Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

RITNER, Daniel; MOREIRA, Assis. União Europeia deixa Zona Franca fora de contestação ao Brasil na OMC. Valor Econômico, [S. l.], 3 nov. 2014. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2014/11/03/uniao-europeia-deixa-zona-franca-fora-de-contestacao-ao-brasil-na-omc.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2021.

VEJA. Ministro diz que demonstrará à UE que Brasil ‘não é protecionista’. [S.l.]. 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/ministro-diz-que-demonstrara-a-ue-que-brasil-nao-e-protecionista/>>. Acesso em 21 nov. 2021.

VEJA. União Europeia contesta Zona Franca de Manaus na OMC. [S.l.]. 2014. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/uniao-europeia-contesta-zona-franca-de-manaus-na-omc/>>. Acesso em 20 nov. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges. 2013. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.?Language=E&CatalogueIdList=252006,249013,234481,232774,227995,227996,133198,128049,121653,114667&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=371857150>. Acesso em 20 nov. 2021.

Hipossuficiência de posicionamento: a ilusão da incidência da parassuficiência do produtor rural frente aos participantes da rede do agronegócio

Claudinei Antonio Poletti

É advogado, formado na UPF – Universidade de Passo Fundo – RS em 1993 e autor do livro A Nova Lei do Agro. Comentários à Lei n.: 13.986/2020 nas Questões do Agronegócio pela Editora Contemplar, bem como Coautor no livro Alienação Fiduciária de Bens Imóveis e o Agronegócio da também editora Contemplar

João Henrique Sanches Junior

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia - UniFil (2018). Pós-graduado em Teoria e Prática de Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/PR - Campus Londrina/PR (2018-2019). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2019-2020). Pós-graduando em Privacidade e Proteção de Dados pela Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR e pela Escola Superior de Advocacia do Paraná - ESA/PR. Atualmente é Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil Subseção do Paraná sob o n.: 92.283, Educador e Pesquisador (Ciclo 2020/2021) junto ao Grupo de Pesquisa do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania em Direito Aplicado ao Agronegócio: Desafios Jurídicos Contemporâneos.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.3

INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo de trazer à baila uma tentativa de demonstrar que o Produtor Rural, frente aos participantes da rede do agronegócio, está em menores condições de negociar e, por conseguinte, manter a sua subsistência quando do seu relacionamento com setores maiores, não só em grandeza física, mas que são também melhor assessorados e com maior poder de negociação.

O que se tem hoje em nosso ordenamento jurídico é uma escassez de regulamentações mais específicas sobre a temática, conquanto que é o setor que tem percentualmente a maior participação no PIB do Brasil e, ironicamente, é o que tem menos regulamentação.

Inicialmente pretendemos demonstrar a função social da propriedade agrária, porquanto é dela que sai todo o sustento do produtor e sua família, haja vista que caso não exerça a função da propriedade rural, estará fadado a perdê-la.

Logo após, conseqüentemente, procuramos trazer uma tentativa de conceito de produtor rural com o fim de demonstrar a sua atividade e a contribuição dela para com a sociedade, considerando a essencialidade de sua existência e atuação.

Por fim, discutiremos a hipossuficiência de posicionamento do produtor rural, pois a sua hipossuficiência não é só a econômica, mas, em todo o seu posicionamento na cadeia produtiva agrária, uma vez que o produtor rural necessita de mais 'auxílios' para a sua manutenção, haja vista a ilusão da incidência da parassuficiência do produtor rural frente aos demais participantes da rede do agronegócio, pois o seu posicionamento, econômico e técnico, não lhe permite uma atuação voltada mais ao exercício da autonomia privada.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA

Primeiramente, necessita-se classificar, mesmo que sumariamente, o imóvel rural.

CASSETTARI¹ classifica em duas situações, isto é, a) pela natureza, onde terá o subcritério da localização, este encontrado pelo Plano Diretor Municipal, segundo o art. 41, do Estatuto da Cidade (Lei n.: 10.257/2001), e pelo subcritério da destinação, que é aquele que tem uma atividade agrária; e b) pela dimensão, onde a Constituição Federal de 1988 no art. 185, classifica o imóvel rural.

Portanto, o imóvel rural é aquele localizado no Plano Diretor Municipal como sendo o rural com a destinação do exercício de atividade agrária, podendo constituir como propriedade pequena, média e grande.

Disso, para entender os tamanhos da propriedade rural, isto é, o que se entende como pequena, média e grande é necessário aferir pelo número de módulos fiscais, dividindo-se a área aproveitável do imóvel rural pelo módulo fiscal do município.

Neste sentido, tem-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n.: 1.161.624/GO, de relatoria do Ministro Humberto Martins em 15.6.2010, vejamos:

¹ CASSETTARI, Christiano. *Direito Agrário – 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.*

DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL RURAL. CLASSIFICAÇÃO. Em desapropriação de imóvel por interesse social para fins de reforma agrária, o Incra discute, no Resp, se a área não aproveitável integra o cálculo (módulo fiscal) em que se define a classificação da propriedade rural como pequena, média ou grande. Isso porque essa classificação irá determinar a possibilidade ou não da desapropriação do imóvel rural do recorrido, em razão de o art. 185 da CF/1988 rechaçar a expropriação da pequena e média propriedade rural na hipótese de o proprietário não possuir outro imóvel. A priori, esclareceu o Min. Relator que, apesar de o Estatuto da Terra (Lei n.: 4.504/1964) ter conceituado módulo rural como unidade de medida familiar, posteriormente a Lei n.: 6.746/1979 alterou disposições desse estatuto, criando um novo conceito: o módulo fiscal que estabeleceu um critério técnico destinado a aferir a área do imóvel rural para cálculo de imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR). Expõe que o problema surgiu com a Lei n.: 8.629/1993, a qual, ao regulamentar o art. 185 da CF/1988, optou pelo uso do módulo fiscal, mais afeiçoado ao direito tributário que ao agrário, para estabelecer a classificação de pequeno, médio e grande extensão da área do imóvel rural, mas deixou de explicar a forma de sua aferição. Explica o Min. Relator ser correta a decisão do cordão recorrido que, diante do silêncio da Lei n.: 8.629/1993, quanto à forma de aferição do módulo fiscal, solucionou a questão, buscando o cálculo do parágrafo 3º do art. 50, do Estatuto da Terra, com a redação dada pela Lei n.: 6.746/1979, que leva em conta a área aproveitável em vez do tamanho do imóvel. Assim, concluiu que a classificação da propriedade rural como pequena, média ou grande deve ser aferida pelo número de módulos fiscais obtidos dividindo-se a área aproveitável do imóvel rural pelo módulo fiscal do município. Ademais, consignou ser imprópria ideia de tripartir o cálculo do tamanho da propriedade, diferenciando-o de acordo com o fim almejado, seja para efeito de indivisibilidade, seja para efeito de desapropriação para a reforma agrária ou, ainda, para cálculo do ITR. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso do Incra.

Compreendido a classificação do imóvel rural, tem-se, ainda, a função social da propriedade agrária, considerando a constitucionalização do direito civil.

Carlos Alberto Bittar² sobre a relação entre a Constituição e o Direito Civil:

O Destaque dos elementos sociais impregnará o Direito Privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma.

Desta forma, conclui-se que os direitos de ordem privada subordinaram aos interesses públicos.

Roberto Wagner Marquesi³ arremata quanto a apreensão da fórmula função social da propriedade ao dizer:

[...]. A propriedade agrária assume, nesse contexto, uma importância fundamental, porquanto um instrumento vocacionado para a promoção do bem-estar social e para a produção de riquezas.

[...].

Quando se fala sobre a função social da propriedade, pretende-se aludir ao uso dos imóveis, quer urbanos quer rurais, segundo diretrizes traçadas pelo ordenamento jurídico, que determina a política da propriedade sob os postulados da ordem econômica. Assim, a função social pode ser entendida como uma meta a ser seguida pelo titular de um imóvel urbano ou rural, que, no exercer os poderes do domínio, deverá fazê-lo segundo os balizamentos de direito público relativos à ordem econômica.

Assim, é possível concluir que a função social da propriedade, seja ela urbana ou rural, reveste-se de contornos de direito público com o postulado da ordem econômica do Estado.

Neste interim, a função social da propriedade agrária necessita de cumprimento de requisitos para a sua caracterização, senão vejamos.

² BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1991, p. 26.

³ MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários & função social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 101.

O Estatuto da Terra de 1964⁴ já havia delineado as condições para o cumprimento da função social dos imóveis rurais, veja-se:

[...].

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

[...].

Após, houve a subsunção à Constituição Federal de 1988 que assim estabelece em seu art. 186 o cumprimento da função social da propriedade rural, a saber:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Observa-se que os requisitos estampados na Constituição Federal de 1988 deve ser cumprido concomitantemente.

Ou seja, no que se refere ao inciso I, do art. 186, da Constituição Federal de 1988, tem-se o fator econômico de aproveitamento racional e adequado, consistente, nas palavras de Castro do Nascimento⁵, *ao melhor aproveitamento da terra. Abandonando o critério da racionalidade, o aproveitamento se torna insatisfatório, enquanto a terra deixa de produzir na plenitude.*

No inciso II, do art. 186, da Constituição Federal de 1988, há o fator econômico-ambiental, isto é, o valor da natureza, carregando ao homem como um agente capaz de violá-lo ou preservá-lo. Logo, a exploração da terra com o fim de manter seu potencial produtivo, necessário se faz respeitá-lo.

A título de exemplo, temos novamente as lições de Roberto Wagner Marquesi⁶:

Cumpra ao proprietário direcionar sua exploração segundo as características naturais da região onde se instala o imóvel. Pretendendo a criação de gado em regiões semiáridas não constitui exemplo de utilização adequada dos recursos naturais, assim como é censu-

4 BRASIL, Lei n.: 4.504 de 30 de novembro de 1964.

5 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentário à Constituição Federal*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1997, p. 184.

6 MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários & função social*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111.

rável o cultivo de café em regiões de baixa temperatura.

Desta forma, caso o titular continue exercendo o desvirtuamento na utilização dos recursos naturais disponíveis, corre o risco de sofrer a desapropriação por interesse social.

E, no que se refere ao critério ambiental descrito no mesmo inciso II, tem-se a orientação de que a *exploração do imóvel rural, no tocante ao ambiente, tem como escopos não só a preservação do próprio imóvel, mas o respeito a salubridade das comunidades próximas a ele*⁷.

Quanto ao inciso III, isto é, o fator social, é dirigida não só a serviços assalariados, mas significa dizer que *toda atividade braçal empreendida por aqueles que, de fato, exploram a terra, excetuada, obviamente, a figura do proprietário*.

E, por fim, o inciso IV, do art. 186 da Constituição Federal de 1988, que revela o fator humano-social, é a garantia do bem-estar dos trabalhadores e, também, da garantia do bem-estar dos proprietários da terra, haja vista que deve-se evitar a todo momento um ambiente de tensão ou conflito social.

O PRODUTOR RURAL

Inicialmente, não se tem ainda no Brasil uma legislação específica em que se disponha particularmente sobre o Produtor Rural.

Em 2006 foi apresentado o Projeto de Lei n.: 325/2006⁸ onde iria dispor sobre o Estatuto do Produtor Rural, isto é, os princípios e definições, da função social da terra, do crédito rural, da assistência técnica e da extensão rural, do seguro agrícola, do acesso aos mercados, da infraestrutura rural, da assistência social e à saúde do produtor rural, da preservação e conservação do meio ambiente, do acesso à terra, da defesa agropecuária, da informação agrícola e das relações de trabalho rural.

Justificava-se, à época, os principais problemas vividos pelo produtor rural no exercício da atividade, principalmente da agropecuária, ou seja, problemas de ordem social e econômica e, por conseguinte, seria um catalisador dos processos referentes às atividades relacionadas à produção agropecuária com o fim de reduzir custos de transação do agronegócio.

O Estatuto, na oportunidade, trazia um conceito amplo para o produtor rural, onde englobava as pessoas física e jurídicas que exerciam as atividades de agricultura, pecuária, silvicultura, extrativismos ou aquicultura, por exemplo.

Isto é, o Estatuto também incluía o conceito de agronegócio, desenvolvido pelos professores Davis e Goldberg, da Universidade de Harvard, em 1957.

Logo, assim conceituava-se o produtor rural em seu inciso I do artigo 2º:

Art. 2º. Para os fins desta Lei, define-se:

I – produtor rural: pessoa física ou jurídica que explora a terra, com fins econômicos ou de subsistência, por meio da agricultura, da pecuária, da silvicultura, do extrativismo sustentável, da aquicultura, além de atividades não agrícolas que contribuam para o desenvolvimento da agricultura e para o progresso do meio rural, respeitada a função social da terra;

⁷ *Ibid. Id.*, p. 112.

⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79603> Acesso: 5 de setembro de 2021.

E, no inciso II, do art. 2º do projeto de Lei n.: 325/2006 que disporia do Estatuto do Produtor Rural, a definição de agronegócio, a saber:

Art. 2º. Para os fins desta Lei, define-se:

I – [...].

II – agronegócio: conjunto global das operações de produção e distribuição de suprimentos agrícolas; das operações de produção nas unidades agrícolas; do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles, incluindo os serviços de apoio.

O Sebrae, numa tentativa de reforçar a competitividade destes empreendimentos, isto é, melhorar a organização e gestão dos negócios, elaborou uma Cartilha do Produtor Rural, conceituando, por exemplo, quem faz parte da produção rural, a saber:

Toda pessoa física (produtor rural) ou jurídica (empresa agrícola/agropecuária), proprietária ou não, que desenvolve, em área urbana ou rural, a atividade agropecuária, pesqueira ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos.

Assim, considerando a legislação que trata sobre o imposto de renda, entende-se, no art. 51, do Decreto n.: 9.580 de 22 de novembro de 2018⁹ como produtor rural:

Aquele que exerce atividade rural com a agricultura, a pecuária, a extração e a exploração vegetal e animal, a exploração da apicultura, avicultura, da cunicultura, da suinocultura, da sericicultura, da piscicultura e de outras culturas de animais.

Portanto, podemos concluir que o produtor rural é aquela, pessoa, física ou jurídica, que exerce atividades econômicas tipicamente rurais, isto é, agricultura, pecuária, extração e a exploração vegetal e animal, a exploração apicultura, avicultura, da cunicultura, da suinocultura, da sericicultura, da piscicultura em caráter permanente ou temporário executados pelo próprio agricultor ou criador, auxiliando-se com máquinas e equipamentos exclusivos da atividade rural.

A HIPOSSUFICIÊNCIA DE POSICIONAMENTO DO PRODUTOR RURAL: A ILUSÃO DA INCIDÊNCIA DA PARASSUFICIÊNCIA DO PRODUTOR RURAL FRENTE AOS PARTICIPANTES DA REDE DO AGRONEGÓCIO

Antes de adentrarmos a questão posta da hipossuficiência, vulnerabilidade e parassuficiência, necessário se faz entender no que compreende o *agronegócio*, isto é, abordar sucintamente o seu surgimento e o seu significado.

O termo *agronegócio* vem do *agribusiness*, onde na década de 50, os professores Ray Goldberg e John Davis da Universidade de Harvard visualizaram que, segundo MEGIDO e XAVIER¹⁰:

as atividades rurais e aquelas ligadas a elas não poderiam viver isoladas; utilizando fundamentos de teoria econômica sobre as cadeias integradas, construíram uma metodologia para estudo da cadeia agro alimentar e cunharam o termo *agribusiness*, que sintetizava a sua nova visão.

Assim, tem-se uma coordenação de fluxos de produtos e vários agentes que participam desta cadeia do agronegócio e, sobre isso, significa dizer que o *agribusiness*, nas palavras do

⁹ BRASIL, Decreto n.: 9.580 de 22 de novembro de 2018

¹⁰ MEGIDO, J.L. T. & XAVIER, C. *Marketing & Agribusiness*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

Professor Ives José Pizzolatti¹¹:

Incorpora em seus conceitos os agentes que imprimem dinâmica a cada elo da cadeia que sai do mercado de insumos e fatores de produção (**antes da porteira**), passa pela unidade agrícola produtiva (**dentro da porteira**) e vai até o processamento, marketing, transformação e distribuição (**depois da porteira**).

Resumindo, o termo *agribusiness engloba toda a atividade econômica envolvida com a produção, estocagem, transformação, distribuição, e comercialização de alimentos, fibras industriais, biomassa, fertilizantes e defensivos.*

[...].

Dentro destas atividades do agronegócio podemos identificar três setores dentro da cadeia agroalimentar:

1. “Antes da Porteira”: insumos, bens de produção e serviços para a agropecuária;
2. “Dentro da Porteira”: Produção agropecuária;
3. “Depois da Porteira”: Processamento agroindustrial e distribuição.

Para melhor ilustração sobre a cadeia do agronegócio, veja a imagem abaixo:



Fonte: <https://www.educacaomfernandoprestes.sp.gov.br/DownloadServlet?id=7vg2b7e15xv4myv8dnz71ia66cqbww>

Compreendido a cadeia do agronegócio e a sua importância, bem como que dentro da porteira está o Produtor Rural, percebe-se que a sua posição é de completa dependência antes da porteira e depois da porteira.

Com isso, adentrando ao tema em si, insta consignar o conceito de hipossuficiência perante o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o conceito de vulnerabilidade.

Consiste a hipossuficiência, retirando-se principalmente pelo Código de Defesa da Relação de Consumo¹², nas palavras do Professor Flávio Tartuce¹³, *verbis*:

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuito, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento [...]. Trata-se de

11 [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/C84FADCED2D0109E03256F0E00788FA6/\\$File/NT00030012.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/C84FADCED2D0109E03256F0E00788FA6/$File/NT00030012.pdf) Acesso: 3 de setembro de 2021.

12 BRASIL, Lei n.: 8.078 de 11 de setembro de 1990

13 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 33-34.

um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto.

Enquanto que sobre o conceito de vulnerabilidade, *a priori*, no campo do consumidor, tem-se a doutrina de Claudia Lima Marques¹⁴, ao lecionar, dizendo:

A vulnerabilidade significa uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumidor. A vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Nesse sentido, houve uma tentativa no Projeto de Lei n.: 487/2013¹⁵ que visava instituir o Novo Código Comercial e, dentro dele, a tentativa de regulamentar a atividade do agronegócio, conceituando desde os princípios aplicáveis, bem como a observância de proteção da rede de negócios, mesmo que em detrimento dos interesses individuais das partes que nela operariam, fazendo, com isso, incidir o princípio de parassuficiência.

Antes de adentrarmos a questão em si, é necessário observar que o verbete *parassuficiência* não existe na língua portuguesa, sequer há definição na própria Academia Brasileira de Letras¹⁶.

No entanto, o art. 26, inciso IV, do dito Novo Código Comercial, descrevia os *princípios aplicáveis ao agronegócio e sistema agroindustriais*:

IV – parassuficiência dos que inserem sua atividade no agronegócio.

Desta leitura, observa-se que o princípio da parassuficiência é equiparar, isto é, igualar, em termos de capacidade jurídica, um produtor rural com uma empresa multinacional ou, até mesmo, com instituições financeiras, numa tentativa, pela via legislativa, de igualar desiguais, o que, certamente, teria efeito inverso, aumentando a desigualdade, realçando a condição natural, em que o mais forte se sobressairá sob o mais fraco.

Portanto, é de se concluir pela impossibilidade do Produtor Rural, principalmente em relação jurídica de arrendatário e parceiro agrícola, de acordo com o seu posicionamento na cadeia do agronegócio, de ser igualado a grandes *players* que participam desta rede.

Ademais, a questão jurídica, no que se refere ao Produtor Rural, ainda demonstra a hipossuficiência deles quando na posição de arrendatários e/ou parceiros agricultores.

Isto porque, e a título de exemplo, a Lei n.: 14.130/2021 que altera a Lei n.: 8.668 de 1993, institui os *Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (FIAGRO)* e, no parágrafo segundo do art. 20-A da Lei n.: 8.668/1993, assim estabelece:

Art. 20-A. São instituídos os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro), a serem constituídos sob a forma de condomínio de natureza especial destinado à aplicação, isolada ou conjuntamente, em:

[...].

§ 2º. No arrendamento de imóvel rural pelos Fiagro, prevalecerão as condições livremente pactuadas no respectivo contrato, ressalvado que, na falta de pagamento dos valores devidos pelo arrendatário, eventual determinação judicial de desocupação coincidirá com

14 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

15 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437> Acesso: 25 de agosto de 2021.

16 Consulta realizada no sítio eletrônico da Academia Brasileira de Letras em 1 de setembro de 2021. <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario?sid=23>

o término da safra que esteja plantada na época do inadimplemento, quando aplicável, respeitado o prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 1 (um) ano. (Incluído pela Lei nº 14.130, de 2021)

Sobre a temática de *confundir liberalismo com entreguismo*, tem-se a manifestação do Advogado Claudinei Antônio Polleti¹⁷ ao questionar este parágrafo segundo do art. 20-A da Lei n.: 8.668/1993:

[...].

Como é comum nas normas brasileiras, questões com potencial bombástico, são inseridas fora de contexto ou como secundárias, mas que, quando começarem a ser aplicadas na prática, podem alterar todo o sistema vigente. De plano, há que se fazer alguns questionamentos: (i) houve revogação tácita do Estatuto da Terra para as relações contratuais de arrendamento dos FIAGRO?; (ii) as condições livremente pactuadas, abrangem todas as cláusulas ou somente as não vedadas pelo Estatuto da Terra?; (iii) se as regras cogentes não se aplicam aos FIAGROS, como ficam as relações entre aqueles que não se enquadram na modalidade?; (iv) se as regras se aplicam apenas aos FIAGROS, os que não se enquadram na modalidade poderão arguir igualdade de tratamento?

[...].

Sendo assim, ao fazer incidir a *autonomia da vontade novamente*, uma vez que, com o Estado Social fez-se necessário obedecer à *autonomia privada*, com o fim de se buscar o equilíbrio econômico, a função social do contrato e, por conseguinte, a boa-fé objetiva.

Aliás, é mister observar que, como bem esclarecem Daniela Braga Paiano, Rita de Cássia R. Tarifa Espolador *apud* GODOY¹⁸:

A total liberdade de contratar gerou a completa submissão dos mais fracos, haja vista o predomínio econômico de determinados grupos, [...]. gerando uma verdadeira “escravidão contratual na sociedade”.

[...].

Assim, a autonomia da vontade, entendida como liberdade de contratar quase ilimitada, foi substituída pela autonomia privada, sendo compreendida como “a liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Portanto, ao (re)instituir o liberalismo contratual, o mais fraco será o mais prejudicado, quando muito, tendo que ceder a sua terra ou devolver, no caso de arrendamento rural e/ou parceiro agrícola, para manter uma sobrevivência -ainda- digna sua e a de sua família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o posicionamento do produtor rural, principalmente quando em relações jurídicas estabelecidas sob a ótica do arrendamento rural e parceria agrícola, confere uma situação não igualitária, ou, melhor, *parassuficiente* com os integrantes da cadeia do agro-negócio.

De mais a mais, não se passa do incremento da ilusão ao estabelecer, por exemplo, a autonomia da vontade na Lei do FIAGRO que prevalecerão as condições livremente pactuadas no respectivo contrato, haja vista que a sua ocorrência resultará na dita “escravidão contratual”,

¹⁷ <https://chapadensenews.com.br/noticias/destaque-2/artigo-a-lei-do-fiagro-e-o-impacto-nos-arrendamentos-rurais-perigoso-e-confundir-liberalismo-com-entreguismo/> Acesso: 30 de agosto de 2021

¹⁸ PAIANO, Daniela Braga, ESPOADOR, Rita de Cássia R. Tarifa (coordenadoras), *Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea*, volume I – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58. *Apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3º. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

porquanto de um lado, o Produtor Rural necessita dos insumos -antes da porteira- para produzir o produto -dentro da porteira- e, depois, necessita vendê-los -depois da porteira- a um preço justo para cumprir até mesmo os requisitos da função social da propriedade, tendo em vista que o não cumprimento de seus princípios, para o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários, estar-se-ia anuindo com a supremacia do mais forte sobre os mais fracos, onde em nossa Constituição Federal de 1988 não admite por ser um Estado Democrático de Direito que possui como objetivos fundamentais, também, de construir uma sociedade livre, justa e solidária e reduzir as desigualdades sociais e regionais para o fim de garantir o desenvolvimento nacional para promover o bem de todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto n.: 9.580 de 22 de novembro de 2018

BRASIL, Lei n.: 4.504 de 30 de novembro de 1964.

BRASIL, Lei n.: 8.078 de 11 de setembro de 1990

BITTAR, Carlos Alberto. O Direito Civil na Constituição de 1988. 2. Ed. São Paulo: RT, 1991.

CASSETARI, Christiano. Direito Agrário – 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALHEIROS. Senador Renan. Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>. Acesso em: 5 de setembro de 2021.

MARQUESI, Roberto Wagner. Direitos reais agrários & função social. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MEGIDO, J.L. T. & XAVIER, C. Marketing & Agribusiness. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentário à Constituição Federal. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1997.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAIANO, Daniela Braga, ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa (coordenadoras), Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea, volume I – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58. Apud GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do contrato: os novos princípios contratuais. 3º. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLETTI, Claudinei Antônio. ARTIGO – A Lei do FIAGRO e o Impacto nos Arrendamentos Rurais. Perigoso é confundir liberalismo com entreguismo. Chapadense News. Disponível em: <https://chapadensenews.com.br/noticias/destaque-2/artigo-a-lei-do-fiagro-e-o-impacto-nos-arrendamentos-rurais-perigoso-e-confundir-liberalismo-com-entreguismo/>. Acesso: 30 de agosto de 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

VALADARES. Senador Antonio Carlos. Projeto de Lei do Senado nº 325, de 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79603>. Acesso em 5 de setembro de 2021.

Mães presidiárias e o direito da criança e adolescente

Principal mothers and the rights of children and adolescents

*Ivan Alles Guimarães Araújo
Ronaldo Figueiredo Brito*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.4

RESUMO

No direito brasileiro, em tal grau com o Código de Processo Penal (CPP) quanto a Lei de Execuções Penais (LEP), prescreve sobre a prisão domiciliar, sendo que aquela prevê o recolhimento domiciliar como substituição a prisão preventiva, como medida cautelar, e esse revê que se dá em relação a substituição da casa de albergado, isto é, na inexistência da casa de albergado, substitui a prisão pena quando o transgressor estiver em regime aberto. É nítido que, a Lei de Execuções Penais apenas preveja que só cumprirá a prisão domiciliar aquele que estiver cumprindo a pena em regime aberto. À vista disso, nasce um conflito entre a norma e o fato vivido pelas gestantes que não se encontra no regime aberto e que, devido à gravidade de sua periculosidade, acabam por passar a sua gestação em presídios nocivos à saúde e sem o devido cuidado necessário. Assim sendo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, se buscou constatar a viabilidade de converter a pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, com a finalidade de defender à maternidade, o vínculo materno e o melhor interesse do menor.

Palavras-chave: execução penal. direitos fundamentais. gestantes. lactantes. prisão domiciliar.

ABSTRACT

Without the right to such degree with the Criminal Procedure Code (CPP) as for the Penal Executions Law (LEP), it prescribes on house arrest, with the one provided for house arrest as a replacement for preventive detention, as a precautionary measure, and This reviews that occurs in relation to the replacement of the sheltered house, that is, in the absence of the sheltered house, substitution of the prison sentence when the transgressor is in an open regime. It is clear that the Penal Executions Law only provides that only those who serve their sentence in an open regime will serve house arrest. In view of this, a conflict arises between the norm and the health experienced by pregnant women who are not in the open regime and who, due to the seriousness of their dangerousness, end up spending their pregnancy in prisons in the necessary care and without due care. Therefore, through a bibliographic research, we sought to verify the feasibility of converting a sentence deprived of liberty into house arrest, with the purpose of defending motherhood, maternal bond and the best interest of the minor.

Keywords: Penal execution. fundamental rights. pregnant women. lactating women. house arrest.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo geral debater o cenário vivido pelas mulheres detidas no sistema penitenciário, bem como a existência do convívio entre a mãe-bebe em um contexto bastante peculiar. A partir disso buscou-se compreender a existência do convívio entre a mãe-bebe em um contexto bastante peculiar, tendo em vista as redes de proteção social, por uma ótica na família como unicidade de proteção social à presa.

Além disso, visou-se investigar, ainda, a relevância da consolidação da ligação familiar para as mulheres no o período que em que cumpriam pena e para seu regresso à sociedade, bem como as especificidades experimentadas por elas nesse período.

Sendo assim, no espaço da Psicologia e da Psiquiatria ainda é muito escasso esse assunto. O que é mais visto são as explorações nas ciências jurídicas, que versam principalmente da instituição em si e dos indivíduos presos, em sua grande maioria sendo homens. As mulheres e crianças são as mais prejudicadas, pois não tem uma atenção voltadas para elas.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, várias leis versam e asseguram o direito da mãe permanecer com seu filho na cadeia. A Constituição Federal descreve que será garantido à mulher presa circunstâncias para que consigam permanecer com seus filhos durante a amamentação. Segundo a Lei de Execuções Penais – Lei 7210 de 1984, as presas têm o direito de cuidar e amamentar os filhos até os seis meses de idade, no mínimo.

Atualmente, existem 53 penitenciárias femininas no país, mas muitas mulheres são mantidas em delegacias de polícia, em carceragens superlotadas e com estrutura inadequada. Isto porque os presídios femininos carecem de locais específicos.

DESENVOLVIMENTO

Evolução histórica dos espaços prisionais femininos

Antigamente, no Brasil, os espaços prisionais femininos eram compartilhados com os homens, não se tinha qualquer distinção de separação e estes prevaleciam em número e espaço. Sendo assim, o Código Penal de 1940 foi o primeiro que legislou sobre um estabelecimento específico para alojar mulheres, ou que tivesse um ambiente diferente dos estabelecimentos prisionais masculino.

A Lei de Execuções Penais de 1984, vigorando até os dias atuais, e a Constituição Federal de 1988 também menciona a separação feminina da masculina em seus presídios, conforme preconiza o artigo. 5º, XLVIII: “A pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Neste sentido, nota-se que foi a partir do século XIX que as penitenciárias começaram a se modernizar. Destarte, ratifica-se conforme relata Alencastro (2015, p.10) que “somente no século XIX se edifica o modelo penitenciário moderno, a prisão passa a assumir uma função tripla: Punir, defender a sociedade - isolando o malfeitor para evitar contágio - e corrigir o culpado para reintegrá-lo à sociedade”.

Portanto, vale ressaltar que a 1ª penitenciária feminina foi sediada na Cidade de São Paulo, no início da década de 1940, onde era organizado por um grupo religioso, a Congregação de Nossa Senhora da Caridade do bom pastor. Essa penitenciária contava com apenas 7 (sete) internas. Durante esse período, ocorreu a inauguração da primeira creche, onde abrigava seus filhos menores de 3 (três) anos de idade, objetivando que as crianças não cometessem os mesmos erros de suas mães.

Diante disso, compreende-se que o “Presídio de Mulheres” não seria apenas diferente dos modelos institucionais e estruturais masculinos, mas, uma instituição de características específicas, cujas funções e a própria natureza divergiria dos presídios da época (ARTUR, 2009).

Especieis de pena

No ordenamento jurídico Brasileiro, o artigo 32 e seguintes do Código Penal aborda as espécies de pena, pressupondo as penas privativa de liberdade, pena de multa e pena restritiva de direitos (BRASIL, 1940). A Lei de Execuções Penais (LEP) no artigo 105 e seguintes, trata das formas de execução dessas penas.

Da pena privativa de liberdade, decorre duas espécies: Pena de Reclusão (mais grave) e a pena de Detenção. A diferença é que na Pena de Reclusão, o detento pode começar a cumprir sua pena no regime fechado. Ao passo que na pena de detenção, o detento pode ser transferido para o regime fechado, nas hipóteses do Art. 33 do Código Penal que:

De acordo com a Lei Penal (Art. 33, § 1º / CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequando. (GRECO, 2017, p.133).

Quanto a pena de multa, o pagamento deve ser feito em dinheiro à vítima, aos dependentes ou à entidade pública privado com distinção social (artigo 45,§ 1º / CP). Já a pena restritiva de direitos, abrange a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária dos direitos e limitação do fim de semana (artigo 43/CP).

Da prisão domiciliar

Na estrutura jurídica Brasileira tem-se o Código de Processo Penal (CPP), nos artigos 317 e 318, quanto a Lei de Execuções Penais (LEP), no artigo 117, prescrevem a concessão de prisão domiciliar, sendo que no CPP o recolhimento domiciliar substitui a prisão preventiva como medida cautelar, e na LEP se dá em substituição à prisão pena, nos casos de regime aberto.

É importante transcrever os artigos acima mencionados para compreender o que presidem.

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- Maior de 80 (oitenta) anos;
- Extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo está de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante

Neste sentido, ressalva-se que prisão domiciliar baseia-se no recolhimento do indivíduo em residência particular. Assim, é perceptível que a Lei de Execuções Penais exalta e permite a possibilidade de prisão domiciliar à condenada gestante ou com filho menor.

Contudo, essa possibilidade engloba apenas as apenadas que estejam cumprindo pena em regime aberto que, de forma perspicaz e sutil, vai de encontro aos direitos fundamentais da reclusa de seu filho. Isso porque a mulher que é mãe e apenada, mesmo que esteja cumprindo pena em regime mais rigoroso, acaba sofrendo as peculiaridades da maternidade. Além disso, a mãe apenada não deixa de ser titular do direito subjetivo de exercer, dignamente, a maternidade.

De tal modo, ressalta-se que o nascituro ou o recém-nascido carece de cuidados integrais e do suporte maternal, tanto quando se encontra na barriga da mãe, como quando do seu nascimento. Acerca de tais direitos, entende-se que serão pormenorizados mais adiante.

Portanto, quanto ao tipo de prisão a essas mulheres, ver-se que devido à falta de casas de albergados em várias cidades do país, o regime aberto foi incluído na legislação penal no ano de 1977, nas localidades que não tivesse o estabelecimento penal adequado para o cumprimento da pena, chamado de “prisão albergue domiciliar” (MIRABETE, 2011, p. 273).

Deste modo, verifica-se que a ausência do Estado em providenciar a estrutura adequada para a eficiência na aplicação da reprimenda, não pode possibilitar que os direitos fundamentais dos condenados sejam cerceados no cumprimento da pena. Isto porque os direitos individuais recomendados na Constituição Federal, não podem ser violados sob o argumento de defesa dos direitos da sociedade. Ou seja, de proteção a um hipotético direito coletivo que legitima a violação de direitos individuais e que consente com a barbárie da execução das penas no Brasil.

Acerca disso, Pavarini e Gamberardino (2012) comentam que:

[...] o entendimento jurisprudencial prevalente, embora não pacífico, resolve o conflito a favor do condenado, considerando que a inadimplência do Estado não pode ser suportada pelo indivíduo. Logo, não se admite a manutenção em regime mais rigoroso apenas devido à falta de vagas ou inexistência de estabelecimento adequado, o que configura constrangimento ilegal. Por isso, admite-se a prisão domiciliar em casos não previstos pelo rol do art. 117 da LEP, que não é taxativo. (p. 217)

Nos dias atuais, os tribunais superiores têm entendido pela autorização do cumprimento da prisão domiciliar como prisão albergue domiciliar. Isso pode ser percebido a partir da fala do Min. Celso de Melo:

Sendo assim, e pelas razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar e autorizo a conversão da prisão preventiva da ora paciente em prisão domiciliar, a ser cumprida no endereço residencial constante da petição inicial (Travessa Batista Carlos, nº 1395, Bairro Virgilino Jaime Zinn, na cidade de Cachoeira do Sul/RS), se por al não estiver presa, até o julgamento definitivo deste processo de “habeas corpus”, devendo o Juízo processante de primeiro grau estipular as condições pertinentes à fruição do benefício em causa, sem prejuízo da adoção, por esse mesmo Juízo, de outras medidas de cautela, como, p. ex., o monitoramento eletrônico. (HC 152090 MC / RS)

Corroborando no mesmo pensamento, o Min. Ricardo Lewandowski relata:

É um momento histórico que exige que prestigiemos este vetusto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o habeas corpus. Lembro do caso recente da homologação do acordo dos planos econômicos – atingimos universo de 650 mil ações em trâmite. Nós três [Gilmar e Toffli], de forma pioneira e corajosa, prestigiamos um instrumento que não tem originalmente abrangência coletiva, prestigiamos solução abrangente para situação que vinha se arrastando há duas décadas. E tratava-se de direitos meramente

patrimoniais. É chegada a hora de exercermos um pouco de coragem. Entendo que este remédio, como apresentado, na sua dimensão coletiva, é efetivamente cabível. O STF tem admitido os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que direitos de determinadas coletividades estão sob risco de lesões graves.

Conseqüentemente, se tem que, os direitos fundamentais devem garantir a execução penal, adequando o beneplácito da prisão domiciliar a gestante, mesmo que não esteja nos moldes do artigo 117 da Lei de Execuções Penais (LEP), o que engloba, principalmente, a viabilidade da gestante/lactante cumprir a pena de prisão domiciliar, mesmo não estando no regime aberto.

Da possibilidade da concessão de prisão domiciliar para a apenada gestante e/ou lactante

Ao refletir sobre a mãe que cumpre a pena privativa de liberdade e que está grávida, é imprescindível proporcionar uma atenção diferenciada, pois tem-se que analisar o real contexto desta apenada. Assim, a princípio, deve-se dar a importância necessária à criança que está por nascer em um ambiente totalmente diverso daquele que uma criança carece, pois as penitenciárias brasileiras não são dotadas do espaço digno para tal necessidade. Continuamente, é preciso uma atenção especial aos cuidados da gestante quanto à saúde, alimentação, higiene, dentre outros aspectos, respeitando, desse modo, o direito das detentas e tendo em consideração o interesse da criança que está em evolução.

Neste sentido, atentar-se a estes pontos é atender aos princípios da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, é dever do Estado olhar para que o mínimo de direitos e garantias sejam respeitados, tanto da recolhida, quanto ao recém-nascido para que todos os direitos propostos pela Constituição sejam colocados em prática.

Nesse cenário, é importante que políticas públicas possam ser trabalhadas. Assim, além de serem garantidos as especialidade em relação as mulheres presas, como, a separação da penitenciária masculina e feminina; se possa, também garantir as especificidade quando essas apenas são mães.

Destarte, de acordo com o a cartilha “Mães do Cárcere: Observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos”, publicado pela Defensoria Pública de São Paulo diz que “o direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não sob a pena privativa de liberdade” (Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2012, p.1).

Portanto, compreende-se que o maior direito fundamental é a vida, não unicamente de quem já nasceu, mas também de quem ainda vai nascer, detendo os mesmos direitos garantidos em lei, o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8089, de 13 de julho de 1990) ressalva que:

Ao estado, por meio do Sistema Único de Saúde, cabe assegurar a gestante o atendimento pré-natal e perinatal, além de fornecer alimentação adequada e assistência psicológica – inclusive às mães que manifestam interesse de entregar seus filhos para adoção.

Sendo assim, com o propósito de que a criança possa nascer com o mínimo de dignidade e com saúde, é de suma importância que a mãe se cuide durante o período gestacional, pois a gravidez é um momento que exige muito da mulher, tanto psicologicamente, como fisicamente e, muito mais, quando a mulher está presa, influenciando em seu emocional.

Vale ressaltar, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro leciona vários direitos às presas, por exemplo, o direito a assistência médica profissional ao longo de sua gestação. Essa cautela com a saúde da grávida e de seu filho é de extrema importância para a saúde do pós-parto. Com o acompanhamento médico correto, fica mais fácil de detectar algum problema que possa ocorrer, não agravando a saúde da mãe e de seu filho. Quando não se tem um acompanhamento adequado, em que as detentas não são impostas ao acompanhamento do pré-natal, pode-se descobrir algumas doenças – geralmente doenças transmissíveis – após o parto.

Logo, como mãe e bebê estão sob a tutela do Estado, é indispensável que esse efetue uma assistência adequada quanto à saúde, alimentação, higiene, dentre outros aspectos, respeitando, desse modo, o direito das detentas e tendo em consideração o interesse da criança que está em evolução.

Do direito ao exercício digno da maternidade

A realização da maternidade tem o seu início com a gestação. Então, objetivando garantir a dignidade da mulher nesse momento tão importante, o sistema jurídico brasileiro leciona em diversos dispositivos e formatos que protege constitucionalmente de forma eficaz a maternidade e a infância.

Neste sentido, voltando ao assunto das mulheres que estão cumprindo pena restritiva de liberdade, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do

Adolescente e a Lei de Execuções Penais preveem o amparo simultâneo da mãe e do filho com a finalidade de garantir a aleitação maternal.

Art. 5º - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; Art. 9º ECA O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. Art. 89 LEP. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Além desse amparo previsto por estas leis acima, ressalta-se que há pouco tempo ocorreram três modificações no nosso ordenamento jurídico no entendimento em relação a garantia do exercício pela mulher que cumpre pena privativa de liberdade, quais sejam: Lei 11942/09, que assegura às mães reclusas e ao recém-nascidos condições mínimas de assistência no exercício da maternidade; Lei 12403/11, que acrescentou às presas provisórias, gestantes e mães, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar e, finalmente, a Lei 12962/14, que assegura a convivência da criança e do adolescente com os pais privados da liberdade.

Do mesmo modo, ainda tem-se a Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) – de 15 de julho de 2009 – que trata das condições dos filhos de mulheres presas e estabelece o tempo mínimo de um ano a seis meses de convívio das crianças juntas

de suas mães.

Todo esse amparo jurídico justifica-se na importância de manter a relação entre a mãe e seu filho, tanto no âmbito físico quanto psicológico, tendo preferência nas fases iniciais, que representa à gestação e os primeiros contatos maternos. Conforme a Lana (2001), durante a gestação, a gestante acaba produzindo uma série de dificuldades, como aquelas pertinentes ao nascimento propriamente dito, tendo como exemplo à anestesia, à internação hospitalar e dores durante o parto. O pós parto é visto como um momento emocionante e sensível para a nova mamãe, correndo o risco de ficar deprimida e angustiada. Esses são os maiores problemas enfrentados no período materno, os maiores influenciadores do que irá ocorrer em relação à amamentação, período mais importante da relação.

Nesse contexto, para que seja garantido um respeito digno ao funcionamento da maternidade, a mulher, durante a gestação e pós parto, deve permanecer num lugar adequado, ambiente higiênico, bem como ter um acompanhamento médico de qualidade e, muitas vezes, psicológico.

Em concordância com isso, o ECA e a LEP, lecionam em respeito a esses direitos, assegurando à assistência médica à mulher no período pré e pós parto:

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal. § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Tratando-se de sistema jurídico internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 2010, aprovou as Regras de Bangkok, que prescrevem a respeito das regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade, sendo que o Brasil foi subscritor. Dessas regras, destaca-se os de nº 48 e nº 50, vejamos:

Regra nº. 48 Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. 1. Mulheres grávidas ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverá ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares [...]; 3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado a luz, mas cujos filhos não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento. Regra nº. 50 - Mulheres presas cujos filhos estejam na prisão deverão ter o máximo de oportunidades possíveis de passar tempo com eles.

Nesse seguimento, é importante destacar uma pesquisa nominada “Dar a luz na sombra – Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”. Esta pesquisa foi realizada no contexto do Projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em que mostrou problemas e os principais obstáculos que impedem a concretização desses direitos às mulheres privada de sua liberdade.

Além disso, os resultados desta pesquisa apontaram algumas recomendações para a execução desses direitos, dos quais estão a concessão da medida de prisão domiciliar, não somente no período de aleitamento materno, tendo em vista a importância da mãe permanecer

junto do seu filho durante os primeiros meses de vida. Assim, notou-se que a desagregação de ambos traz sofrimento e angústia para a mãe.

Ademais, os pesquisadores argumentam que:

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (BRASIL, 2015, p. 79).

Nesse sentido, o estudo concluiu que é muito desamparado o exercício da maternidade dentro de um presídio, demonstrando que as mulheres que feminina de pessoa passiva e cuidadora, são as que mais exercem maternidades vulneráveis e gestação de risco.

Ainda nesse sentido:

As pesquisadoras Laura Mattar e Simone Grilo Diniz apontam para a existência de hierarquias reprodutivas que determinam a legitimidade e aceitação social das maternidades. A seu ver, aspectos como raça, classe social, faixa etária, parceria sexual e reprodutiva são fatores que podem tornar maternidades mais ou menos aceitas, sendo “a somatória e a interação entre os diferentes aspectos da mulher o que vai determinar o grau de aceitação social a determinada maternidade” [...] Para as autoras é possível traçar uma pirâmide de hierarquias reprodutivas, na qual: quanto maior o número de aspectos ditos negativos presentes na mulher ou no casal, ao exercitarem maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, mais próximos estarão da base da pirâmide hierárquica e, ainda, menor será o exercício de direitos humanos – o que revela, a exclusão social a que estão submetidos. O mesmo vale no sentido oposto: quanto maior o número de aspectos vistos como ‘positivos’ que uma mulher e/ou casal tenha, mais valorizada será a maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, bem como mais frequente o exercício de seus direitos humanos. Dentre as maternidades apontadas por Mattar e Diniz como as menos aceitas, logo mais vulneráveis, estão aquelas exercidas por “infratoras, sobretudo as mulheres que estão presas, já que foram contra a ‘dita natureza feminina’, ou seja, de pessoa passiva e cuidadora, jamais transgressora. (BRASIL, 2015, p. 29 *apud* MATTAR e DINIZ, 2012, p. 114).

Da mesma maneira, essa visão negativa da mulher acaba por causar um crime que geralmente é entendida como praticada somente pelos homens, acarretando repercussões na esfera da pena, sendo que ela volta-se exclusivamente ao gênero masculino e, assim, deixando de levar em consideração as especificidades ao gênero feminino, retirando garantias mínimas do direito penal, particularmente aqueles que tratam dos princípios da individualização da pena, acima tratados.

O princípio do interesse superior da criança

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 no contexto da Proteção integral e do Princípio do Interesse Superior da Criança, que a criança começou a ser melhor amparada pela lei. O artigo 227 da CF/88 foi o pioneiro em fixar a criança e o adolescente como detentor de direitos, e passando a olhar os pontos de uma legislação especial, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Com o advento dessa legislação, procurou-se, cada vez mais, melhorar o interesse desses menores, possibilitando uma melhor qualidade de vida, que até pouco tempo eram imperceptíveis pela sociedade.

Deste modo, o caput do artigo 227/CF descreve:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta propriedade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A partir desse momento se fizeram presentes os princípios deste Estatuto, em que os novos direitos dessa população ficaram em meio a um novo padrão, e assim os menores tiveram uma maior atenção. Isso trouxe sustentação nas situações de instabilidade referindo-se a esse grupo. Contudo, Alencastro (2015) aponta que,

no caso dos princípios da propriedade absoluta e do melhor interesse da criança, ambos possuem uma estreita relação com os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mais do que simples direitos, crianças e adolescentes passara, a desfrutar de garantias fundamentais que decorrem exatamente da condição especial de que ostenta a peculiar condição da pessoa em movimento. (p. 6).

Com o início do reconhecimento dos direitos fundamentais desses menores, o artigo 4º do ECA expõe que lhes são assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. Isto quer dizer que a criança detém o direito de viver decentemente desde sua geração até sua formação. Nessa perspectiva, Amen (2010) certifica que “hoje não podemos conceder dignidade da pessoa humana sem pensarmos na proteção do ser humano de forma integral: integridade física, psíquica e intelectual.” (p. 86)

É importante destacar a seriedade da harmonia familiar e comunitária diante do recolhimento prisional dos menores, bebês e crianças, com sua genitora. Essa proteção é presente desde o nascimento do bebê, visando o proveito de ficar sob as cautelas de sua mãe, até a sua evolução, em que é nesse estágio que deve existir o laço familiar de quem está esperando do lado de fora. Como citado a cima, a criança detém o direito de permanecer no anseio da sua família de origem, permitindo que tenha uma relação de afeto.

Ademais, e não menos importante, destaca-se o artigo 5º que defende a criança de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão sendo penalizado qualquer violação a sua liberdade básica.

Já no artigo 6º do ECA menciona que os fins sociais deverão sempre ser considerado, como, as imposições do bem comum, os direitos fundamentais e as condições de seu desenvolvimento. É nessa situação que, se faz fundamental, pesquisar o melhor interesse do menor, assegurando os direitos elencados no artigo 4º e nos demais artigos, onde os legislados cita a relevância e a necessidade que a criança tem em relação as condições dignas e humanas para o seu crescimento.

Neste sentido Amin (2014, p. 112), declara que, “a criança e o adolescente no seu desenvolver necessitam de vários estímulos emocionais, sociais, culturais, educacionais, motores, enfim, todo o arcabouço necessário para a sua formação”. Isto é, de acordo com a autora, as liberdades individuais devem sempre ser respeitadas e serem praticado, principalmente.

O desrespeito das regras e a permanência dos menores nos presídios

É perceptível que os presídios brasileiros apresentam-se cada vez mais sobrecarregados. Isto é consequência de uma grande carência de vaga no sistema, sem falar da falta de estrutura. À vista disso, o sistema prisional tem passado por muitos problemas em função de sua instabilidade.

Assim, comparando essa prática com as diferenças de gênero, conclui-se que, os presídios femininos deveriam receber um tratamento diferenciado devido a sua circunstância especial, visto que as mulheres têm a necessidade de produtos higiênicos específicos e exames ginecológicos. Todavia, na maior parte dos casos, essas necessidades não são colocadas em práticas, o que as deixam desprotegidas a qualquer vulnerabilidade.

Quando se debate em relação a presidiaria brasileira, verifica-se, também, sua situação durante o período gestacional, segundo determina o relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA 2007):

A exigência de uma atenção diferenciada às mulheres nessas situações específicas decorre, portanto, das próprias condições inerentes à gestação e lactância, e deve ser observada em quaisquer espaços – público ou privado – quanto mais ainda em estabelecimentos de total confinamento sob custódia direta do Estado, como são os cárceres. Essa é, por exemplo, uma das especificidades de gênero que se deve levar em conta em uma política pública voltada para a população feminina encarcerada, política essa que ainda é inexistente no Estado Brasileiro (p. 37).

Nota-se, portanto, que no período gestacional as imposições do relatório da OEA são descumpridas, não tendo garantia alguma de que as mães receberão atendimento médico e, muitas vezes, não realizam os exames indispensáveis para a sua saúde e do bebê.

Existem vários relatos de que as mães dão a luz ao seu filho dentro das celas, sem o amparo necessário, pois as vezes faltam viaturas e agente para levá-las a um hospital. Muitas vezes, as maiores vítimas dessa conjuntura são os bebês, que, por sua vez, sequer chegam ao mundo com vida, e quando chegam, nascem no chão dos presídios e não lhe são garantidos os cuidados básicos.

Não obstante, quando se torna capaz de levar a gestante ao hospital para que possa ter o mínimo de dignidade na hora do parto, elas continuam algemadas durante o procedimento. Isso acontece mesmo com o uso de algemas sendo proibido nesses momentos, ferindo o que diz a súmula vinculante de nº 11, ofendendo a dignidade da mulher.

Ainda sobre a vulnerabilidade que mães e bebês vivenciam no sistema prisional, adverte-se que, muitas vezes, a mãe não recebe diversas informações que são necessárias nesse período, como por exemplo, dicas de como deve atuar com a amamentação. Além disso, outros amparos são negados, em que essas mães não recebem um tratamento alimentar, visto que careça de vitaminas para amamentar o bebê; o acompanhamento médico é outro setor que falha e os ambientes apropriados não existem.

Sendo assim, nota-se que não existem condições dignas quando se fala nesse contexto. Observa-se, portanto, que não é respeitado o artigo 5º, inc. L da Constituição desse país que garante: “às presidiarias serão asseguradas condições para que possa permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação”, pois a realidade, muitas vezes, é que as detentas já

receberam injeção para secar o leite materno.

A disputa acerca da incerteza é real e as alterações sabe-se que são devagar, mas cabe ainda, um importante conflito acerca das permanências dos bebês nos presídios, conforme analisa Azambuja (2013):

Temos, de um lado, o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e estável, afirmado nos documentos internacionais e na legislação. De outro, temos uma mãe que se encontra em situação de extrema restrição, vivendo em um ambiente muitas vezes insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu filho (p. 60).

Esse é um fato contraditório, pois de um lado tem-se que o laço mãe-bebê é de suma importância nos primeiros meses de vida da criança, carregando em conta um desenvolvimento saudável com a amamentação e sendo substancial o afeto psicológico. Ao passo que por outro lado, os presídios não são locais capazes para a permanência desses menores, pois são lugares doentios, violentos, que não detém boas condições de vida. Este lugar pode gerar prejuízos irreparáveis na vida desses menores, afetando a sua saúde mental.

Destarte, o direito a harmonia familiar e comunitária, da criança e adolescente não seria contrariada, mas, sim, posto em prática. Em relação a omissão do Estado diante dos direitos de que o menor é signatário, faz-se imprescindível, mais uma vez, que não seja apenas colocado na legislação, mas, sim, que tais direitos e garantias, sejam concretizadas. Assim, precisa-se de políticas públicas que levem em conta a peculiaridade da mulher presa, assim como, de seus filhos, que convivem num ambiente insalubre e que está longe de ser um lugar que prevê a Constituição Federal, Lei de Execuções Penais, Regras de Bangkok, Regra para tratamento de presos no Brasil, dentre tantas outras prenuncia como regras que necessitam de ser obedecidas.

HC 143641

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu no dia 20/02/2018 conferir prisão domiciliar a todas as mulheres que estejam grávidas ou que sejam mães de criança de até 12 anos. A votação desse HC foi por quatro votos a um, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que entendeu que a concessão se ponderou diante da realidade infame das mulheres nas prisões brasileiras. Viu-se presas sem atendimento hospitalar e casos de prisão que dão à luz algemadas. Aqui, um trecho do voto do Ministro Lewandowski:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja

é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347.

Lewandowski enfatizou que somente 34% das prisões tem celas para gestantes, 30% possuem berçários e 5% tem creche. O entendimento do relator foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Melo. O ministro Edson Fachini teve voto contrário, alegando que a prisão domiciliar para lactantes deve ser analisada caso a caso. De acordo com o último levantamento feito pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), 622 mulheres presas em todo o país estavam grávidas ou amamentando até o dia 31/12/2017.

Nesse sentido, conclui-se que é capaz a concessão da prisão domiciliar para a penitenciada gestante/lactante pelo viés da execução criminal, sendo uma prática jurídica que é garantida pela ótica dos direitos fundamentais da mãe apenada e da criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho mostra a distinção no acolhimento das mulheres presas em relação aos homens, suas condições a partir das primeiras penitenciárias femininas brasileiras, bem como os impedimentos atingidos pelas encarceradas através do convívio misto dessas prisões. Esses aspectos infringem, por diversas vezes, os direitos fundamentais das mulheres encarceradas e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Concluiu-se que após a desagregação de gênero nas penitenciárias, passou-se a existir novas problemáticas, por exemplo, o abandono dos familiares da apenada, companheiro e filhos que estão externamente, assim como a angústia de amamentar seu filho num ambiente tão degradante como a cela de um presídio. Isto porque muitas vezes elas são, em sua maior parte, são vítimas de violência física, psíquica e emocional.

Desse modo, existe a necessidade, perante desse trabalho, em uma melhor imposição do Estado, com a finalidade de que a mulher presa tenha o mínimo dos seus direitos garantidos, objetivando um fiel cumprimento de suas penalidades.

Além disso, é ver-se necessário garantir às gestantes e puérperas, uma certa tranquilidade durante sua vida gestacional e maternal, com um convívio maior da família, desejando um progresso saudável de seu filho, evitando que a pena privativa de liberdade não passe da mulher presa para seu filho.

Igualmente, fortaleceu-se um debate acerca da viabilidade da permissão da prisão domiciliar da presa que cumpre pena privativa de liberdade, independente do regime que ela esteja, seja fechado, semiaberto ou aberto. Isso permite que a Lei de Execução Penal (1984) seja cumprida, que proporcione a mulher a autorização para cumprir sua pena na prisão domiciliar, substituindo-a a pena privativa de liberdade somente quando a presa gestante estiver em regime aberto e inexistir, no presídio, a casa de albergado.

REFERÊNCIAS

ARTUR, Angela Teixeira. “Presídio de Mulheres”: as origens e os primeiros anos de estabelecimento. In: ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, São Paulo, 2009

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

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. JusBrasil, Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Portal do Planalto, Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm

BRASIL. Lei nº 7.210. Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984. Jus Brasil, Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal- lei-7210-84>

BRASIL. Lei nº 8069. Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, JusBrasil, DF. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619725/lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>

BRASIL. Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) de 15, Diário Oficial da União, jul. 2009. Disponível em: Acesso em: 25 de julho de 2015.

CARVALHO, Salo de. (Org.) Crítica à Execução Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LANA, A.P.B. O livro de estímulo à amamentação: uma visão biológica, fisiológica e psicológica comportamental da amamentação. São Paulo: Atheneu, 2001.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. Revista Interface: comunicação, saúde, educação, Botucatu, SP, v. 16, n. 40, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-84. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REGRAS DE BANGKOK. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok - tradução não oficial). Disponível em: Acesso em: 22 de julho de 2015.

O neoliberalismo na ordem econômica da constituição federal de 1988

Neoliberalism in the economic order of the federal constitution of 1988

Julia Maria Pires Paixão

Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Univel

Nathália Bertoncelli Bracci

Advogada. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários – IEPREV. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Univel

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.5

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo expor um estudo no que tange à política econômica predominante quando da criação da constituinte que levou a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na realização da presente pesquisa utilizou-se a metodologia dialética e descritiva. Realizou-se, portanto, pesquisas em diferentes fontes bibliográficas, em doutrinas jurídicas, artigos científicos e repositórios oficiais de dispositivos normativos, destacando-se a obra utilizada como base, qual seja “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” de Eros Roberto Grau. No decorrer do artigo serão apresentadas explicações no que tange ao Estado liberal e a relação existente entre economia e direito. Após, passa-se às pontuações a respeito do contexto político do projeto constitucional. Ao final, identificou-se um caráter neoliberalista na Constituição Federal, desde a criação do seu texto e principalmente após inúmeras emendas constitucionais, mesmo envolta de críticas de grandes constitucionalistas. A importância do estudo se justifica, na medida em que direito e economia andam lado a lado, demonstrando ser matérias que se complementam entre si, e nos trazem soluções que individualmente não abarcam.

Palavras-chave: constitucionalismo. democracia. liberalismo. neoliberalismo. economia.

ABSTRACT

This study aims to present a study regarding the prevailing economic policy at the time of the creation of the constituent that led to the promulgation of the Federal Constitution of 1988. In carrying out this research, the dialectical and descriptive methodology was used. Therefore, research was carried out in different bibliographic sources, in legal doctrines, scientific articles and official repositories of normative provisions, highlighting the work used as a basis, namely “The Economic Order in the Constitution of 1988” by Eros Roberto Grau. In the course of the article, explanations will be presented regarding the Liberal State and the existing relationship between economics and law. Afterwards, we move on to the scores regarding the political context of the constitutional project. In the end, a neoliberal character was identified in the Federal Constitution, since the creation of its text and especially after numerous constitutional amendments, even surrounded by criticism from great constitutionalists. The importance of the study is justified, insofar as law and economics go hand in hand, proving to be subjects that complement each other, and bring us solutions that individually do not encompass.

Keywords: constitutionalism. democracy. liberalism. neoliberalism. economy.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa se perfaz em apresentar importantes aspectos da temática da ideologia do neoliberalismo na ordem econômica da Constituição Federal de 1988.

Utilizou-se a metodologia dialética e descritiva. Realizou-se, portanto, pesquisas em fonte bibliográfica, em livros jurídicos, artigos científicos e repositórios oficiais de dispositivos normativos, destacando-se a obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” de Eros Roberto Grau.

Ao longo do texto serão abordadas considerações no que tange ao Estado Liberal e a

ideologia que conhecemos por liberalismo econômico, conceituações importantes e a crítica trazida por Eros Roberto Grau.

Após, uma exposição baseada em apresentar, de modo sucinto, uma análise sobre a relação entre a Economia e o Direito, para que então se possa adentrar na temática da ordem econômica que está inserida em nossa Carta Magna.

Então, passa-se a uma abordagem voltada especificamente para a Constituição Federal de 1988, o contexto político que abarca sua promulgação, inserida no contexto do fim do regime ditatorial e início da redemocratização, bem como as características da Carta Magna e suas emendas.

ESTADO LIBERAL E LIBERALISMO ECONÔMICO

As revoluções liberais na Europa iniciaram após o pano de fundo trazido pela Idade Moderna, onde a presença do Estado intervindo na economia ocasionou uma falta de liberdade na produção e no comércio, incitando um descontentamento na classe burguesa fazendo eclodir a fase que conhecemos por liberalismo econômico.

No Brasil, o liberalismo toma espaço como ideologia dominante durante o século XIX, tendo como marco a emancipação política em relação a Lisboa. Ocorre que, não se pode afirmar que o país viveu de fato um modelo liberal, por isso alguns estudiosos afirmam que o liberalismo de certa forma não se encaixaria no Brasil (MARTINS e SALOMÃO, 2018).

Como corolário desta breve análise do pensamento dos três personagens em tela, pode-se inferir a plausibilidade da tese seminal levantada por Schwarz (1992). Para este autor, o ideário liberal aportou em um país cujas instituições basilares depunham frontalmente contra as premissas básicas do liberalismo, tornando-se, aqui, uma ideologia fora de lugar. De acordo com Schwarz, mesmo após a abolição da escravidão, instituição que nega o mais básico princípio liberal, a relação entre homens livres ainda se dava através do favor, de relações arcaicas e de favoritismo. Ao adotar o favor como instituição regulatória das atividades do país, observava-se uma clara incompatibilidade da realidade brasileira com a ideologia liberal. (MARTINS e SALOMÃO, 2018, p.66).

Essa ideologia (liberalismo econômico), apresenta alguns limites ao Estado liberal, e nesse aspecto é evidente a questão da elasticidade, ou seja, intervir ou não intervir principalmente ao se tratar de assuntos de ordem econômica e do mercado, essa elasticidade leva em conta os interesses da classe burguesa pois é a detentora da propriedade capitalista. Essa questão é marcante no capitalismo até os dias de hoje, uma vez que os limites do Estado são estendidos ou reduzidos conforme os interesses dos detentores da propriedade (SANTANA, 1997).

Assim, para garantia a propriedade e dar segurança ao indivíduo proprietário, Smith considerava que o Estado deveria exercer três atividades básicas, além das quais os indivíduos deveriam ter liberdade para agir segundo seus próprios interesses, quais sejam: proteger a sociedade dos perigos externos de violência e invasão; proteger os indivíduos de uma dada sociedade, contra os perigos de injustiça e opressão que internamente pudessem ocorrer e, finalmente, criar e manter certas obras públicas, cuja peculiaridade não traria lucro aos indivíduos ou grupos de indivíduos e, desta maneira, embora necessárias à sociedade, não compensariam e não interessariam a tais indivíduos investir nelas (SANTANA, 1997, p.80).

Adam Smith foi um dos maiores teóricos dessa corrente de pensamento, o Liberalismo. Ele acreditava que a economia teria uma capacidade de se autorregular, sem a necessidade de intervenção do Estado na economia, e para isso difundiu a ideia da “Mão invisível do mercado”,

tendo em vista que acreditava que a economia se move pelos interesses individuais, o que gera os mecanismos automáticos de fixação de preços.

Para a ideologia da Mão Invisível de Adam Smith, os interesses privados não vão de encontro uns aos outros, pelo contrário, se perfazem em bem-estar social. Essa visão se contrapõe à ideia do contrato social para explicar a emergência da ordem social liberal que eclodia (GANEM, 2012).

Dentro do campo das ideias, formar embrionárias da noção de mão invisível aparecem inicialmente, por exemplo, na ironia da Fábula das Abelhas, de Mandeville, em que “vícios privados geram benefícios públicos”, e em Montesquieu, um dos autores pilares dos topos liberal. Neste último, uma noção de mão invisível aparece na teoria do *doux commerce*, na noção de equilíbrio e na possibilidade de paz e civilidade como resultados da troca comercial entre as nações. Afinal, a troca “acalma e suaviza as paixões”, dirá Montesquieu, que entende o ganhar dinheiro no comércio como uma paixão inocente e calma, e que possui a previsibilidade e a constância necessárias para se constituir em princípio explicativo do comportamento humano, aspecto dessa sociedade, brilhantemente destacado por Albert Hirschman (Hirschman, 1977). Essa teoria que compõe o ideário liberal se situa nas antípodas da leitura que Marx faz, um século após, sobre o período de acumulação primitiva do capital: um processo essencialmente violento e anticivilizatório de relação desigual entre as nações (GANEM, 2012, p.147).

Ainda, no que tange ao Liberalismo, vários autores tecem críticas a esse sistema, um deles é o autor Eros Roberto Grau, ele afirma que é inviável um capitalismo liberal, tendo em vista que o Estado assume claramente um papel de agente regulador da economia. Afirma também que, deixar a economia se autorregular criaria muitos males (GRAU, 2015).

O termo Neoliberalismo nada mais é do que a nomenclatura utilizada para uma nova vertente, baseada nos preceitos do liberalismo clássico, que tem como foco diminuir mais ainda a presença estatal, defendendo as privatizações, a circulação de capital estrangeiro, entrada de empresas estrangeiras nos países e obtenção de lucros através do mercado financeiro.

Para compreender a natureza do neoliberalismo, é importante lembrar as características mais relevantes da fase anterior. O poder e a renda da classe capitalista foram diminuídos depois da Grande Depressão e da II Guerra Mundial. Durante o compromisso keynesiano ou social-democrata (entre a guerra e os anos 1970) os quadros administrativos (gerentes) das grandes sociedades por ações (na gestão das suas empresas) e os empregados públicos superiores (na definição das políticas) desenvolveram comportamentos mais autônomos, nos quais o poder e os privilégios da classe capitalista se encontraram consideravelmente reduzidos, ainda que não radicalmente apagados. Crescimento, emprego e progresso técnico tendiam a tornarem-se alvos bastante autônomos, independentemente da remuneração da propriedade (em dividendos e juros). Uma fração bastante importante dos lucros permanecia nas empresas e era investida produtivamente. A rentabilidade das instituições financeiras era tipicamente baixa (em particular no contexto da propriedade pública dessas instituições financeiras). Em alguns países da Europa e no Japão, e em países da Periferia, institucionalidades alternativas, frequentemente chamadas de “economias mistas”, foram estabelecidas, e revelaram-se muito proveitosas. O Estado estava fortemente envolvido na gestão econômica; em vários casos, a propriedade de setores internos da economia era transferida ao Estado. Os EUA atravessaram tais transformações, mas numa medida consideravelmente inferior à Europa ou ao Japão (DUMÉNIL e LÉVY, 2007, p.2).

O neoliberalismo, portanto, é uma configuração de poder inserido no capitalismo, onde o poder e a renda da classe capitalista foram reconfigurados após uma fase de retrocesso. Tendo em vista o crescimento do poder financeiro e o novo crescimento das instituições financeiras, esse período é passível de se descrever como uma nova hegemonia financeira, que nos remete às primeiras décadas do século XX nos EUA (DUMÉNIL e LÉVY, 2007).

Seguindo essa ideia, o Autor Eros Roberto grau tece críticas também aos sistemas chamados de neoliberalismo e ultraliberalismo, pois afirma que são os geradores de diversos problemas que enfrentamos diariamente, como a desigualdade na distribuição de renda, exclusão social, busca pela rentabilidade em detrimento da saúde e da segurança. Diante disso, o autor elenca uma contradição entre o neoliberalismo e a democracia, pois enquanto um exclui e marginaliza, o outro apresenta um acesso de maior número de pessoas aos bens sociais. A partir dessas críticas ele sugere a reconstrução do Estado Social e a defesa do capitalismo contra os capitalistas (GRAU, 2015).

ECONOMIA E DIREITO

Existe um movimento de integração entre a Economia e o Direito, e esse movimento demonstra e constata uma influência mútua entre esses dois campos de estudo. Nesse contexto se observa a influência que existe entre os conjuntos de conhecimentos de uma disciplina sobre a outra. Um grande exemplo disso é a corrente denominada *Law and Economics*. (ESTEVES, 2010).

Ao se fazer referência a este movimento (*Law and Economics*), que tem suas origens na década de 60 e 70 do século passado, usualmente é olvidado que outras formas de análise econômica do direito já haviam sido praticadas anteriormente, com destaque para o movimento que se desenvolveu ao final do século XIX e início do século XX, na Europa continental, e que acabou por influenciar até mesmo o debate norte-americano. Sem esta menção ao debate anterior, os desenvolvimentos teóricos da Escola de Chicago surgem como uma abordagem completamente inédita e que poderiam iluminar por completo o atual debate jurídico (FISCHMANN, 2010, p.6).

É possível na maior parte das situações tratar Direito e Economia como disciplinas distintas, no entanto, isso pode gerar a perda da capacidade analítica para tratar problemas em que a união delas seria mais adequada. Ou seja, em determinadas situações (como os efeitos de ações do Estado – políticas públicas e mudanças normativas – sobre os agentes) é imprescindível a compreensão dos mecanismos por meio dos quais os elementos jurídicos afetam as decisões dos agentes econômicos. (ESTEVES, 2010).

A análise puramente econômica pode não ser suficiente. Não por estar necessariamente errada, mas por não permitir avaliar questões que deveriam estar sendo avaliadas; em especial, uma análise puramente econômica não permite a compreensão de 17 como e, principalmente, porque o ambiente institucional (de forma geral) e o Direito (em particular) produzem resultados (ESTEVES, 2010, p.16-17).

Nesse sentido, importante trazer que cada período da história demonstra uma visão sobre a relação entre direito e economia. De acordo com Eros Roberto Grau, o capitalismo é essencialmente jurídico pois o direito é necessário para este modo de produção (BERCOVICI, 2009).

E a respeito do direito econômico, leciona Bercovici (2009, p. 504):

A reflexão sobre o direito econômico propriamente dito surge apenas com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Isto não significa que o direito econômico esteja vinculado apenas ao declínio do liberalismo ou à intervenção do Estado. A questão é muito mais complexa, pois a especificidade do direito econômico diz respeito, como afirma Clemens Zacher, à emancipação de formas tradicionais de pensamento jurídico. Todas as dificuldades em identificar o objeto e as relações do direito econômico geram a simplificação de sua caracterização como mais um “ramo” do direito ou como um conjunto de normas e instituições jurídicas que regulam e dirigem o processo econômico, perdendo assim, segundo Vidal Moreira, a especificidade do direito econômico, que vem de sua historicidade. O direito

econômico só pode ser compreendido no contexto em que surgiu e, nesse contexto, está vinculado também a ideia de constituição econômica.

Direito e economia, embora geralmente estudados como disciplinas distintas, se complementam e se tornam necessários entre si. Tal afirmativa demonstra sua veracidade na própria Constituição Federal de 1988, pautada em matéria substancialmente de direito, houve a necessária inserção do capítulo “Da Ordem Econômica”, estabelecendo a união dessas duas matérias e trazendo a definição de um conjunto de normas programáticas, em uma Constituição dirigente.

Cumprir estabelecer o significado de ordem econômica, no sentido jurídico e Eros Roberto Grau (2015, p.53) descreve ordem econômica como: [...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

Na leitura de Grau (2015, p. 71-72) convém atentar-se à alteração, a referir-se ao ponto em que o Estado dotado de uma ordem econômica constitucional — mundo do dever ser — designa a instituição de políticas públicas, a querer a elevação do mundo do ser, o direito vê-se transformado. A finalidade da ordem econômica não se altera, a de manutenção do capitalismo.

O CONTEXTO POLÍTICO DO PROJETO CONSTITUCIONAL

O presente capítulo busca analisar o contexto político em que foi promulgada a Carta Magna de 1988, com enfoque nas forças político-jurídicas e nas ideologias que ergueram-se com o fim do regime ditatorial e início da redemocratização.

Em 1964 deu início no país a ditadura militar que conforme o Ato Institucional 01 que objetivava a “reconstrução econômica, financeira e moral do Brasil”.

Em 1967 uma constituição foi aprovada e teve vigência efêmera. Sendo que deixava explícito seu caráter centralizador e autoritário, principalmente através de sua emenda 1. (SILVA, 2013, p.88)

Em meados de 1984 um movimento da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, unido com organizações civis, entidades populares, órgãos de imprensa, estudantes, advogados, professores, trabalhadores e políticos de oposição encabeçaram o movimento “Diretas Já” convocando eleições diretas para Presidente da República e uma assembleia nacional constituinte. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 452).

Entretanto em 1985, Tancredo Neves foi eleito via eleição indireta no colégio eleitoral, como dito por Silva (2013, p. 90) o povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos. Tancredo Neves prometeu a Nova República, que se concretizaria pela Constituição que seria elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte.

Tancredo Neves faleceu antes de assumir a presidência e seu vice, José Sarney, não de boa vontade, convocou a Assembleia Nacional Constituinte. (SILVA, 2013, p.91)

A constituinte de 1987 se operou na alma da nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 451).

Após intensa movimentação política em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

O deputado Ulysses Guimarães na sessão de promulgação da Constituição de 1988 disse: “A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia”. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 921)

Ulysses Guimarães propunha uma ruptura com o liberalismo clássico “que deixa às livres forças do mercado o papel regulador de preços e salários em uma época de economia internacionalizada e de cartéis poderosos”, e advertiu que “quando as elites políticas pensam apenas na sobrevivência de seu poder oligárquico colocam em risco a soberania nacional” e ainda se manifestou sobre os malefícios do capitalismo de opressão: “Não é só a injustiça interna que dá origem aos nossos dramáticos desafios. É também a espoliação externa, com a insânia dos centros financeiros internacionais e os impostos que devemos recolher ao império, mediante a unilateral elevação das taxas de juros e a remessa ininterrupta de rendimentos. Trata-se de brutal mais-valia internacional, que nos é expropriada na transferência líquida de capitais” (BONAVIDES In CANOTILHO, 2013, p. 118)

Quanto ao perfil ideológico Bonavides e Andrade (1991, p. 474) afirmam “Pode-se, no entanto, pelas decisões assumidas, concluir que a maioria constituinte era conservadora e o mais fiel retrato de sua composição pode ser melhor aferido pelas votações de alguns pontos conflitantes”.

No mesmo sentido, corrobora Pilatti (2008), que afirma que a Constituinte de 1987 se estruturou desde seu princípio com o intuito de construir um texto que não alterasse profundamente o status quo, sendo composta por uma maioria conservadora, proveniente das eleições ordinárias ocorridas em 1986.

Entretanto, Pilatti (2008) faz questão de frisar que, não obstante seu caráter e sua composição conservadora (dos deputados e senadores constituintes, 306 pertenciam ao PMDB, 201 a partidos conservadores e 50 a partidos de esquerda), os constituintes construíram um texto voltado muito mais para a transformação do que para a conservação.

Ou seja, o texto da Constituição de 1988 já possuía muitos avanços no grupo progressista. Pilatti (2008) afirma que o texto da Constituição se tornou muito mais próximo do modelo desejado pelas forças progressistas minoritárias em que pese os desígnios de seus primeiros criadores conservadores.

AS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS EMENDAS

A Carta Política de 1988 apresenta, no Capítulo “Da ordem econômica e financeira”, compreendido entre os artigos 170 a 191, o rol de princípios e regras destinados a reger a ordem econômica no Brasil.

O legislador constituinte de 1988 optou, expressamente, pelo capitalismo como sistema econômico, vez que a Carta Magna se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). (SILVA, 2013, p. 798)

A Constituição de 1988 consagrava o intervencionismo estatal, entretanto, com as su-

cessivas Emendas Constitucionais, traçou um novo perfil no que tange à intervenção do Estado Brasileiro na economia.

O Estado brasileiro começou então a ser reformado com base nos ditames da globalização e do neoliberalismo, conforme destaca o Ministro Eros Grau (2015, p. 42):

O Estado é transformado no grande vilão e a receita passada é a seguinte: (i) desregulamentação dos mercados domésticos e eliminação das barreiras à entrada e saída de capital-dinheiro, de modo que a taxa de juros possa exprimir, sem distorções a oferta e demanda da poupança nos espaços integrados da finança mundial; (ii) para os mercados de bens, submissão das empresas à concorrência global, eliminando-se os resquícios do protecionismo e de quaisquer políticas deliberadas de fomento; (iii) para os mercados de trabalho, flexibilização e remoção das cláusulas sociais. A receita efetivamente conduziu à superação dos regimes inflacionários e o desmantelamento progressivo das instituições e formas de coordenação da era Keynesiana, em especial, de modo a enfraquecer o poder de barganha dos trabalhadores.

Rosa e Marcellino Junior (2012, p. 92) esclarecem que na década de 1990, redefine-se que o neoliberalismo deveria, de vez por todas, alcançar nível planetário. É nessa década que ocorre no Brasil a reforma gerencial de Estado promovida pelo governo Fernando Henrique Cardoso, que implementa políticas privatizantes voltadas para a redução da máquina estatal.

A partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000 inicia-se a hodierna fase do neoliberalismo global. Prevalece a especulação financeira, a degradação do trabalho, o aumento de investimento de recursos públicos e privados em segurança, e o mais alto nível de privatização do Estado, com a 'terceirização' das guerras e com a vultosa e jamais vista transferência de recursos públicos para reduzir as externalidades do mercado, salvando bancos e grandes empresas. (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2012, p. 92)

Nesse mesmo seguimento, o procurador Agra (2000, p.3), deslinda que a ideologia de centro-direita passou a ter ojeriza da Carta Magna de 1988, e como não tinham legitimidade para realizar uma nova Constituição, passaram a recorrer à fraudes constitucionais, tentando implantar uma visão jurídica neoliberal, no que antes era uma Carta de feições sociais.

Assim a incorporação das diretrizes neoliberais resultou da decisão política e econômica dos "príncipes" mais poderosos e soberanos e de seus agentes econômicos privados. (NOGUEIRA, 2010, p. 58)

Bercovici explica porque a elite brasileira se incomodou com a Constituição Federal inata:

A constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da "ingovernabilidade". A constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada. (BERCOVICI, 2006, p.11)

Importante ainda ressaltar o caráter neoliberal das sucessivas emendas constitucionais do governo Fernando Henrique, posto que o governo também se destacou pela intensa privatização de diversas empresas estatais brasileiras.

O Professor Gilberto Bercovici In Nogueira (2010, p.107) afirma que "o capítulo da ordem econômica foi o mais desfigurado pelo intenso processo de reformas constitucionais pelo governo FHC".

Gilberto Bercovici (2004) denomina de “Constituição Dirigente Invertida”, ou seja, há predomínio das diretrizes do neoliberalismo econômico (desnacionalização, privatização, ajuste fiscal) em detrimento do projeto nacional delineado na Constituição de 1988.

Em relação à sociedade brasileira, a Constituição e o programa de governo, Grau (2015) aponta que no Brasil a carga tributária não é tão alta, sendo que o trabalho é mais tributado que o capital. Para ele a política neoliberal é incompatível com os fundamentos do Brasil, afirmados no art. 3º da Constituição de 1988, e com a norma veiculada pelo seu art. 170 da Constituição do Brasil, de 1988, define, um modelo econômico de bem-estar. Por isso para ele os governos e o congresso devem se adaptar a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

Para Grau o discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. (GRAU, 2015, p.54)

Grau (2015) afirma que os governos neoliberais introduzidos por Collor e retomado por Fernando Henrique são incompatíveis com o modelo de bem-estar e com os arts. 1º, 3º e 170 da CF/88.

Vale também dizer que a segurança jurídica se torna valor fundamental no Estado de Direito, eis que o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo. (TORRES In CANOTILHO, 2013, p. 3811)

Há quem fale ainda em liberalismo social na nossa Constituição:

A Constituição Federal traz em seu texto postulados que tem íntima relação com os fundamentos do liberalismo social e que implicam mudanças: seja no âmbito da teoria do direito (e da constituição), seja no âmbito das instituições jurídico-políticas, seja na perspectiva da aplicação/interpretação do texto constitucional à efetivação de regras e de princípios. É possível identificar, sobretudo, elementos do liberalismo social desde os primeiros dispositivos constitucionais que estabelecem os fundamentos e os objetivos da República, na linha que perpassa os direitos e as garantias individuais e coletivos, bem como no acento colocado à ordem econômica pela constituição econômica (MOREIRA, 2002, p. 5 In COPETTI NETO; GARCIA, 2017, p.8).

Importante salientar que defender o cumprimento do texto constitucional, naquilo que ele tem de social e compromissório, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo não são a única realidade possível. Os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira, assim como condicionam negativamente as condições e possibilidades para o cumprimento dos objetivos da República. (STRECK e MORAIS In CANOTILHO, 2013, p. 309)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se ressaltando a importância do estudo direito econômico, e a necessidade de sabermos as diretrizes políticas que formaram a Constituição Federal Brasileira.

Circunstâncias sociais, políticas e econômicas marcaram a ascensão do neoliberalismo no mundo e não foi diferente do Brasil.

Na política brasileira, Fernando Henrique Cardoso marcou na Constituição Federal, com emendas constitucionais seu neoliberalismo evidente, situação essa mantida pelo governo Lula.

A atual política brasileira também prega o um governo liberal, desde a Reforma Fiscal, a Reforma da Previdência, a Reforma Trabalhista e mais atualmente a Reforma Administrativa vem despontando como parte de uma agenda neoliberal.

Entretanto os arts. 1º, 3º e 170 da CF/88 continuam intocados e podem ser restaurados, mantendo a ideia da difundida por Eros Roberto Grau, que os governos neoliberais são incompatíveis com o modelo de bem-estar previsto nos referidos artigos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A Desfiguração do Texto Constitucional de 1988 pelo Neoliberalismo. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, XXVI, 2000, Recife.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). Agências Reguladoras. 2002, p. 111-112. In: CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. Constituição e Neoliberalismo: o hibridismo constitucional-econômico brasileiro e o delineamento de uma nova concepção de Estado. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40488/constituicao-e-neoliberalismo-o-hibridismo-constitucional-econômico-brasileiro-e-o-delineamento-de-uma-nova-concepcao-de-estado>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Revista Lua Nova, São Paulo, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. Impactum, Coimbra, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24845>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato[S.l.: s.n.], 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a Restauração Do Estado De Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114-127.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

COPETTI NETO, Alfredo; GARCIA, Mariana da Silva. Um Ensaio sobre os Fundamentos Liberais-Sociais da Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, Sp, v. 18, n. 7, p. 134-148, dez. 2017.

DUMENIL, Gerard; LEVY, Dominique. Neoliberalismo – Neo-imperialismo. Economia e Sociedade, Campinas, v.16, n. 1 (29), p. 1-19, abr.2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ecos/a/cfDMs4q5hRKM5JX45GchJ6C/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 mai. 2022.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. Economia e Direito: Um Diálogo Possível. 2010. Tese (Doutorado)

– Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

FISCHMANN, Filipe. Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01082011-162655/publico/Dissertacao_Completa_Filipe_Fischmann.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

GANEM, Angela. O Mercado como Ordem Social em Adam Smith, Wlaras e Hayek. Economia e Sociedade, Campinas, v.21, n. 1 (44), p.143-164, abr.2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ecos/a/dx6nGSMKW4sYPBtrvj3G8Jb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 13 mai. 2022.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS, R. C.; SALOMÃO, I. C. DE IDEIAS E LUGARES: UMA HISTÓRIA DO LIBERALISMO ECONÔMICO NO BRASIL OITOCENTISTA. Revista de Estudos Sociais, [S. l.], v. 20, n. 40, p. 60-77, 2018. DOI: 10.19093/res6282. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/6282>. Acesso em: 22 jul. 2021.

NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. A influência do Neoliberalismo na Constituição Federal de 1988, com enfoque nas emendas ao capítulo da “Ordem Econômica”. 2010. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 334p, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais. 2012. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20O%20PROCESSO%20EFICIENTE%20NA%20L%C3%93GICA%20ECONOMICA%20DESENVOLVIMENTO,%20ACELERA%C3%87%C3%83O%20E%20DIREITOS%20FUNDAMENTAL%20%E2%80%93%20VOLUME%204.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SANTANA, Luiz Carlos. Liberalismo, Ensino e Privatização: Um Estudo a partir dos Clássicos da Economia Política. 1996. 232f. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/252292>. Acesso em: 21 jul. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luiz Bolsan de, Comentários ao artigo 3 da CF/88 .In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 304-313.

TORRES, Ricardo Lobo. Comentários ao artigo 167 da CF/88 .In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 3810 - 3826.

A legalidade do uso da Ayahuasca: o acesso ao chá por praticantes fora das religiões tradicionais

Gerson Lima Gervázio

Bacharel em Administração pela FOCCA – Faculdade de Olinda. Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins

Vinícius Pinheiro Marques

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.6

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo examinar a evolução do uso da ayahuasca no Brasil, mostrando a forma como essa bebida originária da Amazônia Ameríndia, que contém uma substância de uso proscrito no Brasil, saiu da floresta, chegou aos grandes centros urbanos do mundo e ganhou status de religião. Por se tratar de um tema pouco conhecido, fez-se necessário trazer elementos para introduzir o leitor no ambiente pesquisado. Foram apresentados significados, conceitos, dados e elementos históricos que nortearam essa dinâmica e nos trouxeram até o presente cenário, onde está incluído o objeto de estudo. Sob a ótica dos direitos fundamentais, buscou-se identificar os aspectos normativos sobre o uso da ayahuasca e analisá-los para saber se eles são suficientes ou não para regulamentar a prática sem gerar conflito com o direito à liberdade de consciência e de crença, que é um direito constitucional garantido a todos os cidadãos. Dentro desse panorama, procurou-se evidenciar se as formas de acesso ao chá por indivíduos que não estejam inseridos dentro do contexto dos Povos e Comunidades Tradicionais ou que não sejam membros de alguma religião que tenha a ayahuasca como sacramento são amparadas por lei. Desse modo, foi feita uma pesquisa bibliográfica, através de leitura, análise e interpretação de publicações sobre o tema pesquisado e também uma pesquisa documental, por meio de leis, regulamentos e outros meios, utilizando o método dedutivo. A maior consideração sobre a pesquisa se deu pela identificação de um vácuo legislativo, ensejando numa insegurança jurídica para os usuários.

Palavras-chave: ayahuasca. conad. liberdade religiosa. religião.

ABSTRACT

This study aimed to examine the evolution of the use of ayahuasca in Brazil, showing how this drink originating in the Amerindian Amazon, which contains a substance of outlawed use in Brazil, left the forest boundaries, reaching the major urban centers of the world and gained religion status. As it is a little-known theme, it was necessary to bring elements to introduce the reader into this researched environment. Meanings, concepts, data and historical elements were presented that led this dynamic and brought us to this scenario, where the object of study is included. From the perspective of fundamental rights, we sought to identify the normative aspects of the use of ayahuasca and analyze them to know whether or not they are sufficient to regulate the practice without generating conflict with the right to freedom of conscience and belief, which is a constitutional right guaranteed to all citizens. Within this panorama, it was sought to show whether the forms of access to the drinking tea by individuals who are not inserted within the context of traditional peoples and communities or who are not members of some religion that has ayahuasca as a sacred part of their beliefs and worship are based on law. Thus, a bibliographic research was carried out, through reading, analysis and interpretation of publications on the researched theme and also a documentary research, through laws, regulations and other means, using the deductive method. The greatest consideration of the research was due to the identification of a legislative vacuum, resulting in legal uncertainty for users.

Keywords: ayahuasca. conad. religious. religious freedom.

INTRODUÇÃO

A temática da liberdade religiosa tem sido bem discutida, mas um setor bastante discreto da sociedade atravessa décadas enfrentando o Estado na busca do exercício pleno de sua prática. Esse é um curto trecho da história da *ayahuasca*, um chá de origem indígena, muito utilizado por povos originários da Amazônia de forma terapêutica e ritualística, assim como dentro de um contexto religioso nos principais centros urbanos do Brasil e de outros países.

Acredita-se que seu uso seja feito há cerca de 4 mil anos. A complexidade de nossa formação social e a influência cristã durante o império e após a formação da república tiveram como consequências um esvaziamento das culturas tradicionais indígenas e perseguições de práticas religiosas distintas das que eram ligadas ao cristianismo. De uma mera prática cultural isolada, o chá tornou-se alvo de disputas pelo protagonismo por parte de alguns grupos e de proibições do Estado, com casos de judicialização em outros países.

O chá da *ayahuasca* é obtido através da decocção de duas plantas presentes predominantemente na Amazônia. A *Banisteriopsis Caapi* (*jagube*) e *Psychotria viridis* (*chacrona*). Uma delas possui uma substância que é proscrita no Brasil, desde que nosso ordenamento jurídico recepcionou o Tratado de Viena que proíbe uso de substâncias psicoativas, neste caso, a *Dimethyltryptamina* (DMT), presente em uma das plantas que compõe a *ayahuasca*.

O acesso à matéria prima para feitiço do chá não é fácil e muitos adeptos precisam recorrer à prática de colaboração comercial com locais que produzem a própria bebida e que também a utilizam de forma sacramental.

O objetivo do artigo é saber se o acesso ao chá por pessoas que não estão vinculadas à instituição religiosa é legal do ponto de vista jurídico e se a norma que regulamenta o seu uso fere o direito constitucional de liberdade religiosa e o direito de crença.

No primeiro momento, será possível conhecer alguns detalhes sobre a história da *ayahuasca*, como o seu surgimento, os primeiros praticantes, as primeiras religiões e todo processo de expansão da prática, a fim de contextualizar sobre o tema proposto. Em seguida, serão abordados aspectos filosóficos, doutrinários e legais sobre religião e liberdade religiosa. Por fim, será analisado o processo de proibição e a criação do dispositivo que regula o seu uso para fins religiosos e suas contemplações.

Foi utilizado o método dedutivo através de uma pesquisa bibliográfica, que compreendeu leituras, análise e interpretação de publicações sobre o tema pesquisado e uma pesquisa documental, por meio de leis, regulamentos e outros meios.

Este trabalho poderá ser utilizado como forma de esclarecimento da sociedade a respeito do tema, principalmente para os usuários de *ayahuasca* que possuem diversas dúvidas sobre seu sacramento, visto que há um vácuo legislativo que pode impactar esse segmento religioso da sociedade. Há poucas publicações sobre o tema e a maioria foi encontrada dentro de pesquisas antropológicas e nas áreas da etnobotânica e da farmacologia, o que aponta uma carência de estudos legais e um amplo campo para aprofundamento de pesquisas e desenvolvimento de obras sobre o tema, podendo contribuir na construção de políticas públicas e/ou de novos procedimentos a respeito do universo ayahuasqueiro.

A AYAHUASCA NO BRASIL

A intenção deste tópico é apresentar, baseado na literatura pesquisada, como se iniciou o fenômeno da *ayahuasca* no Brasil, através de acontecimentos que contribuíram para sua expansão fora do contexto originalmente indígena, passando pela criação da prática ritualística doutrinária e institucionalizada até as formas de uso contemporâneo. Antes de discorrer sobre os principais aspectos da *ayahuasca* no Brasil, faz-se necessário uma abordagem a respeito de sua origem e de alguns pontos importantes, com intenção de conferir ao leitor uma maior proximidade dos fenômenos que orbitam em sua existência.

A *ayahuasca* é um chá que tem sido utilizado milenarmente pelas populações nativas da região amazônica brasileira e andina com diferentes finalidades, tais como: diagnóstico e cura de doenças, adivinhação, caçadas, preparação para guerra e em práticas xamânicas e de curandeirismo (MACRAE, s/d, *apud* OLIVEIRA, 2009). O chá é feito através da decocção de duas espécies: a *psychotria viridis*, também conhecida como *chacrona* ou “rainha”, e o *banisteriopsis caapi*, também chamado de mariri ou jagube. A primeira planta contém uma substância psicoativa proscrita no Brasil e em outros países, chamada *dimetiltriptamina* (DMT). Quando desmembramos a palavra *ayahuasca*, temos os termos: *aya*, que significa ancestral, morto, defunto ou espírito e *waska*, que significa cipó. Numa tradução livre, pode ser chamada de cipós das almas, cipó dos espíritos ou cipós dos mortos. Pode ter cerca de 40 (quarenta e dois) nomes diversos, a depender, muitas vezes, da localização geográfica ou do cenário cultural em que a bebida é ingerida (LABATE, 2002 *apud* LIMA, 2004, p. 32). Na língua quéchua, a língua oficial do antigo império inca, que ainda é falada por alguns povos daquela região, ela é chamada de hoasca. Os nomes mais comuns aqui no Brasil são: yajé, uni, chá do Santo Daime, vegetal e *ayahuasca*. Para facilitar a compreensão do tema, utilizaremos o termo *ayahuasca*.

A utilização da *ayahuasca*, bem como a de outras bebidas e substâncias oriundas da natureza, era uma prática comum entre os povos originários do nosso continente. As origens do uso da *ayahuasca* na bacia Amazônica remontam à Pré-história. Não é possível afirmar quando tal prática teve origem, no entanto, há evidências arqueológicas através de potes e desenhos que levam a crer que o uso de plantas alucinógenas ocorra desde 2.000 a.C. (SANTO DAIME, 2022). Algumas dessas substâncias eram compartilhadas entre povos distintos, que desenvolveram outras formas de preparo, sendo muito difícil creditar à uma etnia a concepção de tal prática.

“Existem, ainda, estudiosos que relacionam a “origem” da *ayahuasca* ao Império Inca, tendo em vista ser o *Quéchua* a “língua dos incas”, bem como à bacia do Rio Napo, no Equador, considerada o coração da Amazônia Quéchua” (NEVES, 2017, p. 44). Escritos raros fazem menção a diversas espécies de plantas e misturas encontradas pelos missionários jesuítas durante a expansão espanhola e seu processo colonizador, porém, devido à grande influência do cristianismo e da Santa Inquisição, tais registros são dotados de reducionismo, sempre associando o uso dos vegetais por parte dos indígenas como sendo atividades demoníacas, desrespeitando a existência deles e suas práticas de cura e as formas de se relacionarem com a terra, com os animais e com a ancestralidade.

A relação dos indígenas com a natureza sempre se deu de forma muito integradora, harmoniosa e sustentável, pois eles dependiam da terra para manutenção da própria subsistência física e espiritual, fazendo com que os detentores do conhecimento acerca dos vegetais, tam-

bém conhecidos como “xamãs”, mantivessem suas práticas vivas, mesmo com toda dinâmica predatória dos extrativismos que surgiram na transição do século XIX para o XX. O projeto de expansão econômica da época fez com que diversos povos migrassem para outras regiões do país e obrigou parte considerável da população a exercer atividades a contento do Império.

“Os saberes sobre plantas foram “preservados” pelos curandeiros, assim como a concepção ameríndia sobre mundo e corpos em relação com o cosmos e o plano espiritual.” (VIVEIROS DE CASTRO, 1979; 1992; 1996 *apud* LIRA, 2019, p.10).

Durante esse período, a migração da mão-de-obra de nordestinos para os trabalhos de extração da borracha na Amazônia foi intenso. Na medida em que o contato entre indígenas e trabalhadores de outras regiões ficou mais frequente, cresceu, também, a busca desses últimos por tratamentos para algumas enfermidades. Foi nesse contexto que o seringueiro Raimundo Irineu Serra, fundador da doutrina do Santo Daime, teve contato com a *ayahuasca*, que lhe fora apresentada por seu conterrâneo Antônio Costa.

Segundo a tradição, foi, portanto, a partir de 1912, no mais tardar início de 1913 que Irineu, já entrosado com Antônio Costa, que era regatão e o visitava com certa frequência em sua colocação, começou a se interessar pela *ayahuasca*. Provavelmente o início de sua iniciação na bebida teria sido em 1914, quando enfim Antônio Costa o teria levado para uma sessão com um xamã peruano. (SANTO DAIME, 2022).

De acordo com registros de relatos e documentos da própria instituição que ele criou, bem como em estudos diversos, outros não-indígenas também passaram por rituais com a *ayahuasca*, mas é desconhecido, tanto pela tradição, como por qualquer fonte pesquisada, que outro personagem tenha tido a sua relevância. Raimundo Irineu ingeria o chá com alguns amigos, com os parentes mais próximos e sozinho, também. Não demorou muito para que tivesse diversos seguidores.

Historicamente, a primeira religião ayahuasqueira foi aquela que ficou conhecida como *Santo Daime*. Ela foi criada pelo ex-seringueiro Raimundo Irineu Serra - o Mestre Irineu - no início de 1930, na periferia da cidade de Rio Branco, no então território federal do Acre. (GOULART, 2014, *apud*, MORAES, 2011, p. 58).

As reuniões eram marcadas por hinários (cantos recebidos por Mestre Irineu de alguma entidade espiritual), danças, elementos do cristianismo e alguns fundamentos indígenas, visto que ele circulava pelos povoados. A sua fama de curador, rezador e de orientador espiritual foi tomando vulto a ponto de ser procurado e reconhecido por pessoas influentes da sociedade local, incluindo autoridades do governo e políticos (SANTO DAIME, 2022).

Sua experiência o fez abandonar o seringal e dedicar sua vida à difusão do chá da *Ayahuasca* naquela região. O número de adeptos da doutrina foi aumentando de forma significativa e outras denominações, oriundas de dissidentes, surgiram. As principais são: Barquinha e União do Vegetal – UDV. A instituição Santo Daime se expandiu durante as décadas seguintes, mesmo com o falecimento do Mestre Irineu, em julho de 1971. A irmandade do Santo Daime soma hoje aproximadamente 6 mil pessoas no Brasil e no exterior. Conta hoje com aproximadamente 50 filiais no Brasil e cerca de 60 no exterior (SANTO DAIME, 2022).

Um dos discípulos do Mestre Irineu foi o seringueiro e piloto fluvial da Marinha, Daniel Pereira de Mattos, que, posteriormente, ficou conhecido como Mestre Daniel após fundar a própria igreja com incentivo do líder Mestre Irineu. Em 1945, surge outra religião da *ayahuasca*, considerada historicamente a segunda linha dessa tradição religiosa, a *Barquinha*, também em

Rio Branco, criada por Daniel Pereira de Mattos, o Mestre Daniel, que frequentou o culto fundado pelo Mestre Irineu por cerca de dez anos (GOULART, 2014, p.14).

Em sua dissertação de mestrado, Santos faz uma identificação da Barquinha e suas ramificações e de seu hibridismo cultural:

Criada em 1945 em Rio Branco (AC) por Daniel Pereira de Mattos (1888-1958), a Barquinha é um movimento religioso altamente complexo e pouco estudado que tem influência de matrizes religiosas negras, brancas e ameríndias. Através da beberagem do Daime (*ayahuasca*), rituais de transe mediúnicos, intensa devoção cristã, ideais altruístas, e um amplo imaginário marinho e esotérico, esta linha ayahuasqueira floresceu em diversas ramificações após a morte de seu fundador e, apesar de discreta, vem ganhando adeptos de diversas localidades brasileiras e contextos sociais. (SANTOS, 2017, p. 6).

De acordo com Goulart (2004), tanto o Santo Daime como a Barquinha possuem formas de se organizar diferentes em cada um de seus locais. Isso se deu após o falecimento de seus fundadores e devido à subjetividade que os trabalhos espirituais possuem com cada dirigente.

A última religião a ser fundada dentro da tradição ayahuasqueira foi a União do Vegetal, conhecida no Brasil e no exterior como UDV. Do mesmo modo das religiões anteriores, sua fundação se deu pelas mãos de outro seringueiro advindo do Nordeste. Goulart (2004) complementa que José Gabriel da Costa se instalou no estado da Amazônia no começo da década de 1940. Naquela mesma região, no ano de 1959, foi apresentado ao chá por Chico Lourenço. Passado um tempo, começou a servir o chá para familiares e para outros seringueiros, anunciando a criação da União do Vegetal em uma sessão em 1961 com o intuito de promover o desenvolvimento espiritual (UDV, 2022). Segundo registros da instituição, ele se mudou para Rondônia, onde a igreja se estabeleceu de forma mais estruturada, na forma de uma associação beneficente, com corpo de conselhos, iniciando sua expansão para outros estados e para o exterior. Desde 1982, a sede se encontra em Brasília. Os adeptos mais antigos da UDV alegam que tal mudança foi estratégica para que a igreja tivesse maior proximidade do poder político central do país, de forma a estabelecer uma proximidade maior com o Estado.

Para Goulart (2004), diferente das instituições mencionadas anteriormente, que possuem sublinhas distintas, a UDV, mesmo sendo a mais recente de todas, é a que possui organização mais rígida. Apesar de ser a religião mais recente das três ditas tradicionais, é bem provável que tal organização tenha conferido uma posição protagonista no que se diz respeito à relação com o Estado. Todas as frentes de negociações para regulamentação e patrimonialização contam com o aval da UDV. O Instituto Chacruna trouxe dados de um centro de pesquisa informando que a instituição possui um número próximo de dez mil filiados (CHACRUNA, 2022). Entretanto, os dados do censo interno da UDV, indicam que, em 2012, somente esta religião tinha mais de 16.167 membros. (CHACRUNA, 2022). Além da Sede Geral, a União do Vegetal tem atualmente 204 Núcleos e Distribuições Autorizadas de Vegetal, localizados em todos os estados brasileiros e em dez países: Estados Unidos, Canadá, Peru, Portugal, Espanha, Reino Unido, Suíça, Itália, Holanda e Austrália. (UDV, 2022). O Instituto Chacruna, que é especializado no estudo da *ayahuasca*, acredita que essa diferença nos dados se dá pelo fato de muitas pessoas que utilizam o chá se identificarem com outras religiões (cristãs, afro-indígenas, etc.) ou que não pertençam sequer à qualquer religião, se denominando apenas espiritualistas.

A ritualística indígena não se limitou somente ao sincretismo com as religiões praticadas no norte do país. Sua vinda para os centros urbanos se funde com o crescimento de uma prática

milénar denominada “xamanismo”. Para Labete (2000), muitos desses indivíduos que são mais ecléticos acabam se identificando como “xamânicos”. Ela os classifica como “*neoayahuasqueiros*”. Eles possuem como referências os mais diversos credos de distintas culturas do mundo, como o judaísmo, o hinduísmo, o budismo, religiões afro-indígenas, dentre outras. Eles realizam ritos híbridos, com a temática de algum credo ou com a junção de várias cosmovisões, mas também há pessoas que utilizam o chá somente para suas meditações e para realização de um olhar interno, fugindo de qualquer misticismo sugerido ou imposto por consequência de qualquer filiação.

Alguns são dissidentes das religiões mais tradicionais e realizam seus rituais de forma muito parecida ou igual aos seus locais de origem. Outros, tiveram seu primeiro contato com a *ayahuasca* dentro dos movimentos *neoayahuasqueiros*.

Desta forma, de acordo com o conceito de religião que será melhor explorado no próximo item, o uso religioso da *ayahuasca* não se limita apenas às três religiões tradicionais. Como bem pontuou Goulart (2014), Santo Daime, Barquinha e UDV nem se visualizam como pertencentes à uma única tradição. Tal fato foi concluído pelo autor, contrariando sua hipótese inicial de que havia unicidade entre as ditas tradições.

Após diversos processos, que serão abordados na terceira parte deste trabalho, tivemos a Resolução do CONAD nº 1 de 25/10/2010, que regulamenta o uso da *ayahuasca* para fins religiosos. Os indígenas possuem acesso direito à matéria prima encontrada na floresta. As instituições mais antigas possuem, via de regra, cultivo próprio das folhas da chacrona e do cipó jagube e fornecem aos seus centros mais distantes que não possuem uma propriedade com espaço para o cultivo. Outros centros *neoayahuasqueiros* também seguem algumas práticas das tradicionais, como o cultivo próprio, as “casas de feitio”, onde, geralmente, realizam a mistura das plantas numa fervura em grandes caldeirões durante cerca de 7 dias, com músicas, “rezos”, algumas danças específicas e ingestão da *ayahuasca*. Fornecem o chá para centros menores que se filiam às grandes casas, mas também fornecem o chá para grupos muito pequenos. Alguns fornecem até para quem deseja realizar seus rituais na própria casa, desde que a pessoa já tenha uma certa experiência. É sobre a legalidade desse acesso que este trabalho pretende se aprofundar na última seção.

LIBERDADE RELIGIOSA

Não se pode falar em liberdade religiosa sem entender, primeiramente, os conceitos de religião. Veja-se, pois, como a literatura e os dispositivos legais tratam esse tema para uma melhor dimensão sobre as garantias constitucionais que os praticantes do sacramento da *ayahuasca* detém.

A Religião é, geralmente, definida como um sistema sociocultural, um conjunto de crenças e práticas espirituais que buscam dar sentido à vida, explicando a origem do universo e sua relação com o sobrenatural. De acordo com a descrição de Sena (2016, p.16):

A religião marca presença para a história das sociedades, influenciando a forma como os indivíduos se relacionam com o mundo - consigo mesmo, com os outros e com o que ele crê que está além deste mundo. Não há um conceito de religião consensual e genericamente aceito, as concepções variam de sociedade para sociedade, cultura para cultura, ou mesmo de indivíduo para indivíduo. Embora abarcado por outras áreas do conhecimento

como desde os tempos dos filósofos da antiguidade grega e dos teólogos da Idade Média que buscavam explicações para se compreender o fenômeno religioso tão característico das sociedades, foi com o surgimento da sociologia no século XIX que o tema se revestiu de novos problemas, abrindo caminho para inúmeras lacunas a serem investigadas e de grandes controvérsias - com movimentos ora de certas aproximações ora de exorbitantes distanciamentos entre os consagrados fundadores da sociologia.

De acordo com Hellern, Notaker e Gaarder (2000), muitas pessoas já tentaram definir religião, buscando uma fórmula que se adequasse a todos os tipos de crenças e atividades religiosas. Há, também, pesquisadores cuja opinião é que o único método construtivo de estudar as religiões é considerar cada uma em seu próprio contexto histórico e cultural.

Sena (2016) afirma que a sociologia da religião como disciplina acadêmica é resultante dos embates do pensamento moderno ocidental e a sua aparição pode ser datada na primeira metade do século supracitado.

Conforme Costa (2017), o prisma sociológico tornou-se muito importante para o conhecimento da religião. Sendo os estudos realizados por Durkheim, Marx e Weber, tomados como clássicos e também são considerados os pais fundadores da sociologia.

No entanto, Chagas (2017, p. 133), afirma que:

[...] não há, no pensamento de Marx, uma elaboração sistemática acerca da religião, embora haja uma crítica a ela enquanto crítica social das condições materiais de existência, que é o fundamento dela. Para Marx, a religião, entendida especificamente como superstição, idolatria, “ópio”, a qual conforma o homem e embaraça a sua consciência, deve ser negada, mas não se trata pura e simplesmente de um desprezo, de uma proibição ou perseguição à religião, nem tampouco de uma negação em geral a ela, uma vez que ela é uma questão privada e deve ser respeitada, mas de desvelar o véu religioso presente na sociedade e no seu ordenamento político, no Estado, que oculta a exploração e a opressão humana. A crítica à religião como crítica da realidade social, da qual ela nasce e é expressão ideal, contribui, de certa forma, para a emancipação social do homem.

Aguiar *et al.* (2009) afirmam que, para Marx, o homem é alienado pelas condições do mundo em que vive, busca a religião como um ópio para suportar a sua miséria real. Na concepção de Marx, as religiões são resultadas das condições sociais fabricadas pelos homens, a partir da sua emancipação social a religião desaparecerá, não terá mais razão de existir, não como resultado de uma ação anti-religiosa, mas como efeito de uma transformação social.

Conforme discorre Moreira (2022), o filósofo Antônio Gramsci (1891-1937) foi um dos primeiros marxistas que tentou entender o papel contemporâneo da Igreja e o peso da cultura religiosa sobre as massas populares. (GRAMSCI *apud* LOWY, 2007, p. 308). Em *Cadernos do Cárcere*, Gramsci reconhece a dimensão utópica das ideias religiosas:

A religião é a utopia mais gigante, a mais metafísica que a história jamais conheceu, desde que é a tentativa mais grandiosa de reconciliar, em forma mitológica, as reais contradições da vida histórica. Afirma, de fato, que o gênero humano tem a mesma ‘natureza’, que o homem [...] como criado por Deus, filho de Deus, é, portanto, irmão de outros homens, igual a outros e livre entre e como outros homens [...]; mas também afirma que tudo isto não pertence a este mundo, mas sim a outro (a utopia). Desta forma, as ideias de igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens [...] estiveram sempre presentes em cada ação radical da multidão, de uma ou outra maneira, sob formas e ideologias particulares (GRAMSCI, 1999, p. 205).

Costa (2017), afirma que Durkheim é um dos principais fundadores do pensamento sociológico, responsável pelo firmar da sociologia como ciência na França, sendo o primeiro professor a ocupar uma cadeira de sociologia em uma universidade. Para os comentadores france-

ses Hervieu-Léger e Willaime (2009), a obra de Durkheim é um marco da abordagem sociológica dos fatos religiosos.

Para Durkheim (1983), a religião é um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas; crenças e práticas que unem uma mesma comunidade moral, chamada igreja, todos os que a elas aderem. O autor afirma também que:

a verdadeira função da religião não é fazer-nos pensar, enriquecer nosso conhecimento, acrescentar às representações que devemos à ciência representações de outra origem e de outro caráter, mas a de fazer-nos agir, auxiliar-nos a viver. O fiel que se comunicou com seu deus não é apenas um homem que vê novas verdades que o descrente ignora; ele é um homem que pode mais. Ele sente em si mais força, seja para suportar as dificuldades da existência, seja para vencê-las. (DURKHEIM, 1983, p. 222)

Sena (2016) conclui que para Marx a religião é uma construção ideal da sociedade, não necessária para autonomia e liberdade humana, por isso deve ser dizimada. Para Durkheim é uma construção da sociedade ideal necessária, por isso deve ser valorizada e preservada na medida em que tem função de fornecer bancos de sentido social. Em ambos, a religião aparece como algo exterior ao indivíduo e como algo que age controlando a sociedade, só que, para Marx, essa exterioridade é a ilusão e a coerção que exerce é pura alienação.

De acordo com Costa (2017), Weber faz sociologia da religião fazendo sociologia da racionalidade. Para o segundo, religião possui “[...] uma boa dose de legalidade própria” (Weber, 2016, p. 20). O condicionamento religioso da conduta de vida é, para Weber, um dos fatores determinantes da ética econômica. Logo, estudar as “religiões” é estudar diferentes éticas que estruturaram diferentes ações econômicas em diferentes civilizações:

Por “religiões mundiais” entendem-se aqui, de maneira totalmente isenta de valor, aqueles cinco sistemas religiosos ou religiosamente condicionados de regulamentação da vida que souberam reunir em torno de si quantidades significativamente grandes de seguidores: as éticas religiosas confuciana, hinduísta, budista, cristã e islâmica. Junta-se a essas como sexta religião [...] o judaísmo, seja por conter pressupostos históricos decisivos para a compreensão das duas últimas citadas, seja por sua significação histórica intrínseca, em parte dela, em parte presumida, para o desenvolvimento da ética econômica do Ocidente (WEBER, 2016, p. 19).

Costa (2017) destaca ainda que:

Para a sociologia compreensiva weberiana o estudo da religião busca compreender como os indivíduos dão sentido a suas existências, pela religião. Criando valores e atribuindo sentido ao seu mundo, os indivíduos constituem práticas sociais. Isto é, ideias e relações socioeconômicas e políticas se mantêm articuladas numa relação. Não se trata apenas de inverter a relação de determinação entre infraestrutura e superestrutura, focando uma ou outra e criando uma dicotomia, mas sim de perceber como o aspecto religioso pode constituir saberes e práticas sociais, ao consolidar formas de ser no mundo (WEBER, 1986; 2004; 2010).

Considerando as perspectivas sobre liberdade religiosa dos três autores aqui discutidos, a saber, Weber, Durkheim e Marx, que são bastante distintas entre si, é possível visualizar as três formas de enxergar a relação entre direito e sociedade, ou melhor, do direito dentro da sociedade. Assim, se para Weber o direito é compreendido como afirmação de uma vontade de um grupo sobre uma coletividade, para Durkheim, o direito deve ser resultado da emanção de desejos e necessidades de uma sociedade, e para Marx, seria o legitimador das desigualdades entre as classes sociais (FREITAS e COSTA, 2013).

Face ao exposto, faz-se necessário discutir como a liberdade religiosa é tratada pela

legislação brasileira. Nesse sentido, cabe observar, também, como esta pode ser interpretada à luz de diferentes posicionamentos teóricos.

O direito à liberdade religiosa é compreendido enquanto um direito fundamental, garantido na Constituição Federal no art. 5º, VI, VII e VIII que assegura o livre exercício de cultos religiosos e garante a proteção aos seus locais e suas liturgias, prescrevendo o Brasil como um país laico, se admitindo, assim, a legalidade de todas as religiões bem como a ausências de qualquer culto, devendo manter-se indiferente às diversas Igrejas que podem livremente constituir-se:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Neste sentido, cumpre frisar que para a prática do uso religioso da *ayahuasca* deve ser assegurada pelo Estado em todas as suas formas, desde que seja cumprida todas as obrigações legais.

Com a Constituição Federal de 1988, foi introduzida no Brasil a laicidade estatal, ou seja, houve uma separação entre o poder político e as instituições religiosas, garantindo aos brasileiros o direito à livre escolha e a liberdade de praticar e professar sua fé, bem como realizar ou participar de cultos em lugares fechados e públicos, além direito de não terem crenças ou professarem sua fé sem seguir religião específica. Nenhum governante pode obrigar as pessoas a adotarem uma religião ou credo e ou proibir de seguirem suas crenças e participarem de cultos.

Segundo Marmelstein (2014), a liberdade religiosa, envolve o direito de crer e o de não crer, de manifestar o credo e de formar grupamentos religiosos, sem ser incomodado pelo Estado. Além disso, o aparato estatal não pode nem prescrever nem proibir uma crença ou uma religião. O indivíduo, em contrapartida, tem o direito de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa, não devendo ser incomodado em razão de sua fé. Vale ressaltar que não são apenas os grupos religiosos tradicionais que gozam de proteção, mas até mesmo os mais heterodoxos.

Gabriel (2018, p. 29) entende que a liberdade religiosa não é um simples conceito que pode ser delimitado num rol de legislações:

A liberdade religiosa não é um direito simples e facilmente traduzido em um conceito ou em um rol de ações que, sendo facultadas aos indivíduos, garantir-se-ia ao atendimento de tal direito. Por tratar-se de princípio constitucional, possui natureza abstrata e genérica e somente alcança seus significados e implicações quando interpretado à luz dos incontáveis casos concretos implementados pela história da sociedade e dos indivíduos, ou seja, saber a real abrangência e, até mesmo, as limitações do princípio da liberdade religiosa demanda confrontar sua natureza abstrata com a concretude das experiências sociais, políticas, culturais, econômicas e jurídicas dos indivíduos e grupos.

Marmelstein (2014) apregoa que a Constituição protege qualquer credo, inclusive aqueles que não creem em uma força divina. Por outro lado, o entendimento de Mendes e Branco (2015) é o de que a Constituição assegura somente a liberdade dos crentes, porque toma a

religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos. Diante do exposto, a melhor forma de garantir o Estado democrático de direito é ampliando o alcance da liberdade religiosa, abarcando os crentes, descrentes e as seitas, sem limitar apenas aos que buscam um Deus ou uma entidade específica.

ASPECTOS NORMATIVOS: A REGULAMENTAÇÃO DA AYAHUASCA.

Pode-se dizer que a discussão judicial acerca da legalidade do uso da *ayahuasca* no Brasil encontra-se num momento positivo em comparação com períodos pretéritos. A questão foi marcada por diversos acontecimentos ocorridos nos últimos cem anos. O uso da bebida é permitido para finalidade religiosa, conforme a Resolução nº I, de 25 de janeiro de 2010 do CONAD. A resolução é um produto de anos de discussões e de um trabalho em conjunto com especialistas de diversas áreas científicas, bem como autoridades do poder público e sociedade civil, representadas por integrantes dos principais grupos religiosos que têm o líquido como fundamento central de suas práticas.

O cerne atual da questão no Brasil e no mundo se dá por conta de uma substância presente nas folhas da *Psycotria viridis* (chacrona), que possui DMT (N,N Dimetiltryptamina), substância considerada alucinógena de uso proibido no Brasil e em diversos países que receberam a Convenção de Viena de 1971, que teve como principal influência a Guerra às Drogas e o combate aos movimentos de contracultura. Sobre a expansão significativa das religiões ayahuasqueiras no Brasil, Souza (2014, p.2), fala:

Na década de 80, tais religiões ganharam destaque no cenário brasileiro. Surgindo, a partir de então, o conflito entre práticas religiosas dotadas de aspectos singulares e, em alguns casos, destoantes do que é normalmente difundido na sociedade, e o modelo ocidental de religião, tendo como agravante a política antidrogas defendida pelo nosso ordenamento jurídico e demais Estados-nações modernos.

Antes disso, as religiões, assim como outras vertentes de matrizes afro-indígenas, sofreram perseguições em outros momentos. Perseguidas e acusadas de bruxaria e curandeirismo, tinham como incentivo a ideia de tornar a sociedade brasileira mais “moderna”. Como exemplo, destacamos o trecho de uma carta enviada ao Brasil, em 1847, pelo Império, uma mostra da política indigenista daquele período, que influenciou medidas de controle criadas posteriormente:

[...] arrancar à vida errante a multidão de selvagens que vaga pelos nossos bosques para reuni-los em sociedade, inspirar-lhes o amor ao trabalho e proporcionar-lhes os cômodos da vida civil, até que possam apreciar as suas vantagens e viver de qualquer trabalho ou indústria (ARANTES, 2022).

As práticas afro-indígenas, bem como as espíritas do final do século XIX, levantaram a atenção das autoridades. Para os primeiros grupos, pesava a questão racial e a ligação com o que é selvagem. Para o segundo grupo, conforme menciona Gomes (2021), a disputa se deu com líderes políticos, autoridades policiais e profissionais da medicina, que não admitiam qualquer protagonismo de práticas curandeiras frente à ciência e seus estudos. Sendo assim, o Decreto nº 847, que promulgou o Código Penal em 11 de outubro de 1890, trouxe os seguintes dispositivos:

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar ha-

bilitado segundo as leis e regulamentos.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de molestias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública:

§ 1º Si por influência, ou em consequência de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporária ou permanente, das faculdades psíquicas:

Art. 158. Ministrando, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substância de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o ofício do denominado curandeiro: (PLANALTO, Online)

A finalidade era de coibir práticas nativas e de outras ordens, que utilizasse plantas, alterações psíquicas, e outros meios descritos nos artigos acima, sempre visando a proteção da saúde pública.

O crescimento das religiões ayahuasqueiras também chamou atenção das autoridades policiais e sanitárias. Vários dirigentes, inclusive os que foram mencionados na primeira parte deste trabalho, precisaram prestar esclarecimentos às autoridades públicas. Isso se agravou um pouco, mas logo foi diminuindo, pois o consumo da *ayahuasca* começou a fazer parte da cultura local daquela região onde se formaram.

Teria sido a primeira vez que a República tenha realizado interferências de ordem religiosa amparada em Lei. O trecho de um relatório de um chefe de polícia de 1927 mostra, de forma incandescente, como as autoridades públicas tratavam qualquer prática religiosa distinta do cristianismo.

[...] enquanto maiores precisões legislativas não se estabelecem, continua o relatório, fica a cargo das autoridades policiais fazer “a distinção entre os adeptos de doutrinas respeitáveis pelos seus fins de assistência e educação e praticantes do falso espiritismo, cartomancia e demais formas de abuso e mercancia. (FLÁVIO *apud* GIUMBELLI, 2003, p. 255).

A Federação Espírita do Brasil – FEB, após um longo período de revezes sofridos pela repressão policial, consegue algumas normatizações no ano de 1945 que facilitou a expansão dos centros espíritas no Brasil. Como também tinham alguns fundamentos da doutrina espírita em suas práticas, conseqüentemente as religiões ayahuasqueiras também eram vistas pelo Estado da mesma forma ou de forma ainda mais pejorativa.

Em 1971, num contexto de Guerra-Fria e de “guerra às drogas”, ocorreu a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas em Viena. Como produto da referida conferência, o Tratado de Viena trazia inúmeras restrições ao uso de tais substâncias, inclusive no âmbito de pesquisas promissoras para tratamentos mentais. Os termos da convenção foram aprovados na íntegra pelo Congresso Nacional do Brasil em 1972, e seu instrumento de ratificação depositado em 1973 e tendo sua promulgação pelo Presidente da República em 1977. O DMT faz parte das substâncias proibidas e hoje se encontra na Lista F2 da Portaria SVS/MS nº 344/98.

O Brasil poderia ter optado por fazer reserva quando à proibição do DMT, conforme texto o texto abaixo:

Art. 32º, parágrafo 4 - O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contêm substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou reli-

giosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do artigo 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional. (CÂMARA, 2022).

Como a reserva não foi feita e o tratado foi recepcionado por nosso ordenamento jurídico, até os povos originários tiveram suas práticas ameaçadas, pois não possuíam e ainda não possuem segurança jurídica para tal.

Esse período foi marcado por muita insegurança também para as religiões ayahuasqueiras tradicionais e, após um certo período, deu-se início a um processo que durou 25 anos para ser finalizado. Os intensos debates e reuniões ficaram por parte do DIMED, órgão anterior à ANVISA, COFEN (Conselho Federal de Entorpecentes), órgão antecessor do CONAD, representantes das entidades ligadas à *ayahuasca* e poder judiciário. Na Resolução nº 26 de 2002, ficou determinada a criação de um Grupo Multidisciplinar de Trabalho (GMT) para elaboração de normas de uso. Outras resoluções sobre os resultados do GMT foram promulgadas também, sendo a mais importante delas em 2006, com o relatório final que serviu de base para a Resolução 1º de 25/01/2010. Vale frisar aqui que nenhum representante dos povos indígenas participou deste GMT, o que foi motivo de muitas críticas de muitos setores da sociedade envolvidos com a proteção dos direitos indígenas. Além de antropólogos, profissionais de diversas áreas da saúde, da segurança pública, dentre outros, participaram seis representantes de igrejas ayahuasqueiras tradicionais. Em 2006, já era grande o número de centros ayahuasqueiros sem ligação com tais instituições, mas estes não foram incluídos no trabalho do grupo.

O primeiro ponto demasiadamente controverso nos temas discutidos pela referida resolução seria sobre uma identificação do conceito de uso religioso. Veja-se o texto em sua íntegra:

Art. 23º – A correta identificação do que é uso religioso, segundo os conceitos e práticas ditadas, a partir das próprias entidades que fazem uso da *Ayahuasca*, permitirá assegurar a proteção da liberdade de crença prevista na Constituição Federal. Considerando a ocorrência de registros de uso não religioso da *Ayahuasca*, sua identificação possibilitará prevenir práticas que não se amoldam à proteção constitucional (CONAD, 2022).

Vale ressaltar que as experiências individuais e coletivas são orientadas pelo livre arbítrio e não necessariamente por dogmas positivados em doutrinas, e longe de qualquer hierarquização para o desenvolvimento da espiritualidade. Nesse sentido, aquele praticante que realiza seu rito ou cerimônia de forma adversa à determinada doutrina, teria sua prática religiosa questionada, o que fere o Princípio da Liberdade Religiosa, abordado na seção anterior.

No capítulo que versa sobre a comercialização da *ayahuasca*, o GMT trata de abordar questões sobre o processo de produção e disponibilização do chá.

Art. 25º - O GMT reconhece o caráter religioso de todos os atos que envolvem a *Ayahuasca*, desde a coleta das plantas e seu preparo, até seu armazenamento e ministração, de modo que seu praticante de tudo participa com a convicção de que pratica ato de fé e não de comércio. Daí decorre que o plantio, o preparo e a ministração com o fim de auferir lucro é incompatível com o uso religioso que as entidades reconhecem como legítimo e responsável.

Art. 26º - Quem vende *Ayahuasca* não pratica ato de fé, mas de comércio, o que contradiz e avilta a legitimidade do uso tradicional consagrado pelas entidades religiosas.

Art. 27º - A vedação da comercialização da *Ayahuasca* não se confunde com seu custeio, com pagamento das despesas que envolvem a coleta das plantas, seu transporte e o preparo. Tais custos de manutenção, conforme seja o seu modo de organização estatutária, são suportados pela comunidade usuária. E é evidente, também, que a produção da

Ayahuasca tem um custo, que pode variar de acordo com a região que a produz, a quantidade de adeptos, a maior ou menor facilidade com que se adquire a matéria prima (cipó e folha), se se trata de plantio da própria entidade ou se as plantas são obtidas na floresta nativa, e tantas outras variáveis. (CONAD, Online)

Dentro de um contexto tão diversificado, definir o que seria custeio e o que seria lucro não é algo que pode ser aferido. Uma comunidade usuária que não tem capacidade de produzir o chá não precisa, necessariamente, estar contida em uma organização estatutária ou filiada à esta. Esse tipo de organização e institucionalização será abordado posteriormente. Ainda no quesito do comércio, que é a forma de aquisição do chá, tem-se:

Art. 28º - Historicamente, porém, de acordo com a experiência das entidades religiosas chamadas a compor o Grupo Multidisciplinar de Trabalho, esse custo é partilhado no seio da instituição por meio das contribuições dos membros de cada entidade. Os sócios respondem pelas despesas de manutenção da organização religiosa, nas quais estão incluídos os gastos com a produção da *Ayahuasca*, com prestação de contas regular.

Art. 29º - O uso religioso responsável na produção da *Ayahuasca* é delineado a partir da constatação das práticas das entidades:

a) cultivar as plantas e preparar a *Ayahuasca*, em princípio, para seu próprio consumo;

b) buscar a sustentabilidade na produção das espécies; e,

c) quando não possuir cultivo próprio e nenhuma forma de obtenção da matéria prima na floresta nativa - sem prejuízo de buscar a autossuficiência em prazo razoável - nada obsta obter o chá mediante custeio das despesas tão somente, evitando-se que pessoas, grupos ou entidades se dediquem, com exclusividade ou majoritariamente, ao fornecimento a terceiros. (CONAD, Online)

As redações dos artigos anteriores dão margem à diversas interpretações. Uma casa de feitiço, como é são chamados os locais que produzem *ayahuasca* para uso próprio, mas que também forneçam para outros centros através de contribuição, pode ter sua atividade configurada como de produção dedicada majoritariamente para fornecimento a terceiros. A própria autonomia do local de produção, que também realiza suas cerimônias, estaria atrelada a um parâmetro inexistente. O que há mais próximo disso, seria a condição da pessoa que serve ou que comunga o chá ter experiência com a bebida, o que é bem pertinente e, ao mesmo tempo, algo individual. Tal cautela por parte do GMT se deu pela vertiginosa expansão da prática e da conseqüente procura pelo chá, conforme ficou demonstrado no capítulo sobre a organização das entidades:

Art. 40º - O crescimento do uso da *Ayahuasca* e a facilidade com que se pode comprar a bebida de pessoas que a produzem sem compromisso com a fé têm levado ao surgimento de novas entidades, que não possuem experiência no lidar com a bebida e seus efeitos, assim como fazem mau uso da *Ayahuasca*, associando-a a práticas que nada têm a ver com religião. O uso ritual caracterizado pela busca de uma identidade religiosa se diferencia do uso meramente recreativo. (CONAD, Online)

Para as entidades tradicionais, que possuem uma liturgia bastante dogmática, que exige o cumprimento de períodos específicos para o atingimento de graus dentro de sua hierarquia, até mesmo indígenas que saem de suas comunidades para participarem de imersões nos grandes centros sofrem críticas.

Art. 41º - O uso religioso responsável da *Ayahuasca* pressupõe a presença de pessoas experientes, que saibam lidar com os diversos aspectos que envolvem essa prática, a saber: capacidade de identificar as espécies vegetais e de preparar a bebida, reconhecer o momento adequado de servi-la, discernir as pessoas a quem não se recomenda o uso, além de todos os aspectos ligados ao uso ritualístico, conforme sua orientação espiritual.

Art. 42º - Embora se reconheça o ato de fé solitário e isolado, usualmente a prática religiosa se desenvolve coletivamente. É recomendável que os grupos constituam-se em organizações formais, com personalidade jurídica, consolidando a ideia de responsabilidade, identidade e projeção social, que possibilite aos usuários a prática religiosa em ambiente de confiança. (CONAD, 2022)

Do ponto de vista do que tange o texto constitucional sobre liberdade religiosa, o Estado tem obrigação de fornecer proteção similar à que fornece às organizações religiosas aos indivíduos que não possuam vínculo com alguma instituição e buscar garantir o acesso ao chá da *ayahuasca* para o exercício de suas práticas de fé.

Porém, observou-se que o Estado não cumpriu o seu papel no âmbito de garantir, desde sempre, o direito ao exercício de práticas religiosas de uma forma ampla e que os parâmetros legais que tomaram como base os costumes de cada época sempre estiveram muito atrás das dinâmicas sociais. Além disso, não houve, por parte do poder público, mesmo quando provocado, uma eficiência em oferecer o mínimo de segurança jurídica para grupos minoritários.

Observa-se no exposto que há um vácuo legislativo que não foi devidamente subsidiado com a resolução em comento. Ou seja, o assunto ainda deve ser discutido de forma ampla, com a inserção de todos os atores envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, buscou-se discutir de modo interdisciplinar o importante papel da *ayahuasca* como fenômeno religioso, produto de uma interação cultural entre povos bastantes distintos, destacando os principais fatos que levam à uma compreensão basilar do leitor sobre o universo completamente diverso onde a *ayahuasca* orbita, bem como sua relação com a sociedade e Estado.

Observa-se que há uma expectativa sobre a Resolução do CONAD em relação a garantir a legalidade do uso da *ayahuasca*, mas constata-se que falta, ao dispositivo, a inclusão essencial de outros atores que também são adeptos ao uso da *ayahuasca*, principalmente os povos indígenas que fazem uso do chá com proposta e finalidade distintas. Ainda falta ao Estado um esforço mais efetivo no sentido de garantir e preservar as culturas dos povos originários, que já tiveram perdas irreparáveis com a chancela do próprio Estado, que nunca conferiu aos grupos minoritários o mínimo dos direitos fundamentais. Evidencia-se, deste modo, a participação pouco efetiva do Estado no sentido de garantir isso.

Apesar de escassos, nota-se que a maioria dos trabalhos é da antropologia, que traz obras impecáveis com riqueza de detalhes, que podem servir de base para que o Estado, através de seus poderes, se debruce sobre esse tema sem sofrer tanta influência de alguns grupos, que apesar de importantes e essenciais nos assuntos que envolvem a *ayahuasca*, tentam protagonizar os atos, ao ponto de escolher quem participa ou não desse processo tão importante que envolve legalização e regulamentação do uso da *ayahuasca*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sylvana Maria Brandão *et al.* Marx e a religião: a construção do conhecimento histórico, In: Anais Eletrônicos do III Colóquio de História “Brasil: 120 anos de República”. Luiz C.

L. Marques (Org.). Recife, 19 a 22 de outubro de 2009. p. 106 - 112. ISSN: 2176-9060. Disponível em: <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/> [ver abaixo o final do link correspondente ao seu texto]. Acesso em: 03 de julho de 2022.

ANTUNES, H. F. (2011). A literatura antropológica e a reconstituição histórica do uso da ayahuasca no Brasil. *Revista De Antropologia Da UFSCar*, V.3 N.2, 76–103. <https://doi.org/10.52426/rau.v3i2.57>

ARANTES, José Tadeu. A Política indigenista e o malogrado projeto de aldeamento indígena do século XIX. Agência FAPESP. 30 de junho de 2016. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/a-politica-indigenista-e-o-malogrado-projeto-de-aldeamento-indigena-do-seculo-xix/23471/> Acesso em: 30 de junho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República: Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02 de julho de 2022.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 28 de junho de 2022.

_____. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Tratado de Viena). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

_____, Resolução CONAD nº 1, de 25 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-1-2010_113527.html, Acesso em: 15 de junho de 2022.

CHAGAS, Eduardo Ferreira. A crítica da religião como crítica da realidade social no pensamento de Karl Marx. *Trans/Form/Ação* [online]. 2017, v. 40, n. 4. Acessado em: 2 de julho de 2022. pp. 133-154. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-31732017000400008>>. ISSN 1980-539X. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732017000400008>.

COSTA, Waldney de Souza Rodrigues. Religião na perspectiva sociológica clássica: considerações sobre Durkheim, Marx e Weber. *Sacrilegens - Revista dos Alunos do Programa de Pós-graduação em Ciência da Religião – UFJF, Juiz de Fora*, v.14, n.2, p.03-24, jul-dez/2017- Waldney Costa - <http://www.ufjf.br/sacrilegens/files/2018/03/14-2-2.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2022.

DURKHEIM, Émile. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. In: _____. Durkheim (Os pensadores). Seleção de textos: José Arthur Giannotti. 2ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. As regras do método sociológico. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. Da divisão do trabalho social. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins

Fontes, 1999.

FREITAS, Amílcar Cardoso Vilaça de COSTA, Elizardo Scarpati. O direito moderno sob a ótica dos clássicos da sociologia: análises e questionamentos. *Resenha Temática, Cad. CRH* 26 (69), Dez 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/KJVfHHPWSkF4TpNzDNVj6jg/?lang=pt>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

GABRIEL, Jose Luciano. *Liberdade religiosa e estado laico brasileiro: uma abordagem a luz de Habermas e do Direito*. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2018

GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do Cárcere. Vol. I*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

GIUMBELLI, Emerson. O “baixo espiritismo” e a história dos cultos mediúnicos. *Horizontes Antropológicos* [online]. 2003, v. 9, n. 19. pp. 247-281. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832003000100011>>. Epub 09 Fev 2004. ISSN 1806-9983. <https://doi.org/10.1590/S0104-71832003000100011>. Acessado em: 01 de julho de 2022.

GOMES, A. Política, cura e religião: o Reformador e o artigo 157 das leis penais de 1890. *Revista Ágora*, [S. l.], v. 32, n. 1, p. e-2021320105, 2021. DOI: 10.47456/e-2021320105. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/agora/article/view/34160>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry; GAARDER, Jostein. *O Livro das Religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LIMA, Emannuel Gomes Correia. *O uso ritual da Ayahuasca – da Floresta Amazônica aos centros urbanos*. 2004. 90f. Monografia (Conclusão do curso de graduação em Geografia)- Departamento de Geografia, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2004.

LIRA, Wagner Lins. Xamanismo e enteogenia ameríndia: a ayahuasca e outras “plantas de poder” em contextos indigenistas e vegetalistas amazônicos. *Aceno – Revista de Antropologia do Centro-Oeste*, 5 (10): 59-78, agosto a dezembro de 2018. ISSN: 2358-5587

LOWY, Michael. *Marxismo e religião: ópio do povo?* In: *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2007

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. Sao Paulo: Atlas, 2014.

MACRAE, Edward. *Guiado pela lua. Xamanismo e uso ritual da Ayahuasca no culto do Santo Daime*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política, livro I*. 33. ed. Trad. Reginaldo Sant’anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MENDES, G.F; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

MOREIRA, Gilvander. *Religião é utopia gigante?*. *Racismo Ambiental*, 15 de março de 2022. Disponível em <https://racismoambiental.net.br/2022/03/15/religiao-e-utopia-gigante-por-gilvander-moreira/>. Acesso em: 02 de julho de 2022.

NEVES, André Coitinho das. *O processo de patrimonialização da ayahuasca no Brasil: conquistas*,

disputas & tensões. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2017. Orientador: Prof. Dr. Edward John Baptista das Neves MacRae

SENA, José Roberto. A Religião nas Concepções dos Clássicos Marx e Durkheim: Felicidade Ilusória ou Transfiguração da Sociedade? *Diversidade Religiosa*, João Pessoa, v. 6, n. 1, p. 64-86, 2016.

SANTO DAIME. Histórico sobre a Ayahuasca. Disponível em: <https://www.santodaime.org/site/religiao-da-floresta/o-santo-daime/historico-sobre-a-ayahuasca>. Acesso em: 27 de junho de 2022.

_____. Biografia Mestre Irineu. Disponível em: <https://www.santodaime.org/site/religiao-da-floresta/mestre-irineu/biografiamestre>. Acesso em: 27 de junho de 2022.

_____. Igreja do Culto Eclético – ICEFLU. Disponível em: <https://www.santodaime.org/site/institucional/nossas-instituicoes/iceflu>. Acesso em: 27 de junho de 2022.

SANTOS, R. A. A híbrida Barquinha: Uma revisão da história, das principais influências religiosas e dos rituais fundamentais. Dissertação de mestrado em Ciência da Religião, PUC-SP, 2017. UDV. Disponível em: <https://udv.org.br/organizacao/nucleos-e-distribuicoes/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

SOUZA, Marcos Calahari Borges de e SOUZA, Ana Cláudia Gomes de. Direito x Práticas Religiosas Tradicionais: O Caso Ayahuasca. In. *Anais Eletrônicos do XVII SEMOC – Semana de Mobilização Científica*, 2014. Universidade Católica de Salvador. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4362/1/Direito%20x%20pr%C3%A1ticas%20religiosas%20tradicionais%3A%20o%20caso%20Ayahuasca.pdf>. Acesso em: 29 de junho de 2022.

TÓFOLI, Luis Fernando. Quantas pessoas consomem ayahuasca no Brasil? *Chacruna*. 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://chacruna-la.org/quantas-pessoas-consoem-ayahuasca-no-brasil/>. Acesso em 24 de junho de 2022.

UDV. Quem somos? Disponível em: <https://udv.org.br/a-uniao-do-vegetal/>. Acesso em 29 de junho de 2022.

07

Privacidade e sua efetividade protetiva nas redes sociais

**Privacy and your effectiveness
protective on social networks**

Pedro Gustavo Pimentel

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.7

RESUMO

A evidente evolução da vida em sociedade, dinamizada pela constante e rápida transmissão de informações pelos meios atuais de acesso à informação, implica em efetiva redução do caráter protetivo da privacidade, uma vez que não pode ser considerado como ainda existente aquela ideia de direito à privacidade forjado em meados do século XIX pelos juristas norte-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, inclusive, como se verá, relegada apenas à eventual apreciação da existência de abuso no caso concreto e de compensação pecuniária que eventualmente não tem o poder de restabelecer o “status” do sujeito de direitos ao convívio em sociedade, tendo em vista que o direito ao esquecimento não se encontra inserido no ordenamento jurídico de acordo com recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. E, dessa constante modificação da forma de acesso a informações, também se verifica que o conceito de privacidade, como decorrente do direito à personalidade, por sua vez originado do supra princípio da dignidade da pessoa humana, sofreu alterações e adaptações, caracterizando a polissemia da sua significação. Ademais, também será apresentada a consequência da disponibilização das informações pelos mecanismos tecnológicos contemporâneos, bem como sua desmedida disseminação ou propagação pode provocar danos permanentes àquele que se viu atingido por seu conteúdo.

Palavras-chave: privacidade. personalidade. informação. inteligência artificial.

ABSTRACT

The evident evolution of life in society, energized by the constant and rapid transmission of information by current means of access to information, implies an effective reduction in the protective character of privacy, since the idea of the right to privacy forged in the middle of the century last by US jurists Samuel D cannot be considered as still existing. Warren and Louis D. Brandeis, including, as will be seen, relegated only to the possible assessment of the existence of abuse in the concrete case and pecuniary compensation that eventually does not have the power to restore the “status” of the subject of rights in living in society, given that the right to oblivion is not inserted in the legal system according to a recent position of the Supreme Court. And from this constant modification of the form of access to information, it is also verified that the concept of privacy, as arising from the right to personality, in turn originated from the supra principle of human dignity, has undergone changes and adaptation, characterizing the polysemy of its meaning. In addition, the consequence of the availability of information by contemporary technological mechanisms will also be presented, as well as that its improper dissemination or excessive propagation can cause permanent damage to those who have been affected by its content.

Keywords: privacy. personality. information. artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

O atual estágio da sociedade mundial, totalmente caracterizado pelos afluxos tecnológicos que nos permeia, nos insere em uma realidade de superexposição tanto quanto a elementos pertinentes a vidas alheias como de nossas próprias informações, perspectiva que se insere no contexto hodierno da sociedade da informação.

A maciça disponibilidade de dados traz como uma de suas consequências uma manifesta mitigação da privacidade individual de cada cidadão, dando azo a questionamentos acerca do acesso indiscriminado aos aspectos particulares de cada um, bem como se a simples circunstância de tais fatos existirem e se mostrarem disponíveis nas mais diversas plataformas tem o condão de franquear a todos o livre conhecimento e disposição de todos esses fatos.

Inserido nessa realidade é que surge a discussão acerca da extensão da atual dimensão protetiva do direito à privacidade e a eventual consequência individual da propagação das informações num mundo digitalizado, em que todos possuem acesso imediato ao conhecimento dos fatos e podem promover seu compartilhamento instantâneo, colocando em xeque a existência social de outro indivíduo, muitas vezes sem o real conhecimento dos fatos.

A extensão do direito à privacidade, corolário da proteção da intimidade do sujeito de direitos, foi concebida pelos juristas Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis como “The Right to Privacy” em meados dos anos 1890, originando o debate sobre o “direito de ser deixado em paz”.

O enfoque dado à natureza protetiva da privacidade, como direto da personalidade, mormente pelas suas características de indisponibilidade e intransmissibilidade, ganha maior realce em virtude da abrupta e disseminada forma em que se permite o acesso e a propagação da informação, perante uma sociedade efetiva e ininterruptamente conectada em um mundo digital.

A questão que aqui se coloca tem ainda outro ponto de grande relevância, que incide em contraposição entre a preservação da intimidade e o acesso à informação, cumulado à liberdade de expressão, sendo que tais aspectos mostrar-se-ão preponderantes para a coerente compreensão do que se busca desenvolver no presente texto, que terá como um de seus alicerces estruturantes a natureza da informação.

Valendo-se do método dedutivo, baseado em uma revisão bibliográfica acerca do tema, bem como exemplificação do caso concreto, a atual dimensão da privacidade frente aos atuais meios tecnológicos e redes sociais será objeto de apreciação, buscando estabelecer sua exata compreensão e possibilidade de incidência no ordenamento jurídico pátrio, considerando delimitações atuais do conceito, bem como preceitos com ele relacionados e que podem lhe conferir sustentação.

ATUAL CENÁRIO PROTETIVO DA PRIVACIDADE:

De plano, vale registrar que não se tentará esgotar a conceituação e a natureza jurídica do direito à privacidade. Contudo, breves comentários sobre o tema, inclusive na tentativa de demonstrar sua franca modificação e adaptação à extensão da sua forma de proteção ou de acesso à informação, de maneira individual ou coletiva, mostram-se necessários, mormente pelos mecanismos digitais disponíveis em um mundo globalizado.

Os direitos da personalidade, em termos gerais, vinculam-se, por consequência lógica, à concepção de pessoa e como desdobramento da personalidade jurídica, podendo ser conceituados, em síntese, como os direitos subjetivos relacionados aos valores essenciais da pessoa natural, mormente nos seus aspectos físico, moral e intelectual.

A proteção dos direitos da personalidade decorre da insofismável necessidade de se

outorgar efetividade ao proctoprincípio da dignidade da pessoa humana¹ e, apesar dos direitos da personalidade possuírem previsão no plano infraconstitucional pátrio (artigos 11 a 21, do Código Civil e artigos 1º, 2º, incisos I e VII, bem como artigo 17, todos da Lei Geral de Proteção de Dados), como dito, sua origem é vinculada aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), outorgando proteção ao desenvolvimento da pessoa humana, inclusive para fins de exercício da cidadania, ou seja, como condição jurídica essencial para o desenvolvimento de aptidões físicas, psíquicas, intelectuais e jurídicas do seu titular, como forma de assegurar, na mencionada perspectiva constitucionalizada do direito civil, meios necessários e imprescindíveis para uma vida digna.

No lastro da concepção humanista que rege nosso atual ordenamento jurídico, os direitos da personalidade devem ser considerados aqueles inerentes à condição humana, sem os quais não se mostra concebível a existência do indivíduo e, portanto, são dele indissociáveis, sob pena de “deixar de ser uma pessoa convertendo-se em uma mera coisa”².

Como acima mencionado, a privacidade da pessoa humana é atrelada à possibilidade de resguardo ou proteção de determinadas informações ou situações fáticas que se encontram atreladas à esfera de limitação de conhecimento do seu titular ou daqueles que, de forma direta ou indireta, encontram-se restritos a esse âmbito de cognição.

Entretanto, forçoso é reconhecer, quiçá sem sombra de dúvidas, que no atual estágio da modernidade, principalmente pelas experiências vivenciadas no cotidiano, em especial pela constante evolução dos meios tecnológicos e redes sociais relacionadas ao acesso às constantes trocas de informação, que o direito à privacidade não possui aquela característica robusta de proteção outrora construída no século XIX pelos juristas norte-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis como “The Right to Privacy”³, que ensejou o surgimento do denominado “direito de ser deixado em paz”, vale dizer que o presente momento da sociedade mundial exige uma apreciação que se coadune com os parâmetros atuais relacionados à privacidade do indivíduo.

Como consequência dessa evolução, a privacidade passa a ser considerada como um conceito que se submete a constante adaptação, ou seja, a privacidade, pelas constantes modificações experimentadas pela coletividade, em especial por aquelas promovidas pelo mundo digital, possui efetiva condição polissêmica, o que encontra sustentação na concepção do historiador e filósofo alemão Reinhart Koselleck⁴, que apresenta a ideia de que os conceitos não se limitam à sua existência formal ou semântica, isto é, meramente linguística e pela interpretação das palavras, pois também decorrem do que já foi vivenciado pelo indivíduo ou das suas experiências concretas, estas vivenciadas de forma isolada ou coletiva, novas ou não, de modo que a privacidade pode ser contemplada pelo que se denomina como *conceitos de movimento*⁵, caracterizada pela sua constante readequação, o que se torna ainda mais configurado pela velocidade de propagação das informações nas redes sociais, ultrapassando os limites cognitivos da experiência individual.

Também não se pode deixar de fazer referência que o entendimento do Colendo Supre-

1 FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB. Volume 1. 17ª edição. Salvador/BA. Editora JusPodivm. 2019, pág. 209.*

2 CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 308.*

3 WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.*

4 KOSELLECK, Reinhart. *Histórias de Conceitos. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Contraponto Editora. 2020, pág. 69.*

5 KOSELLECK, Reinhart. *Histórias de Conceitos. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Contraponto Editora. 2020, págs. 90 e 91.*

mo Tribunal Federal⁶, quando afastou no ordenamento jurídico pátrio a existência do direito ao esquecimento, é consequência da hodierna concepção da privacidade.

Outrossim, o que também comprova a natureza volátil da privacidade, forçoso é destacar que o direito à intimidade e à vida privada são reconhecidos, geralmente, como pressupostos do direito à privacidade. Entretanto, não se pode olvidar que parte da doutrina⁷ apresenta importante distinção entre esses termos, quando leciona que a intimidade encontra-se em um âmbito de natureza mais restrita da pessoa natural, estando inserida em um campo exclusivo, isto é, com maior grau de reserva, resguardado de qualquer interferência da sociedade e dos demais agentes sociais, ao passo que a vida privada possuiria um espectro de maior amplitude, abrangendo também das relações pessoais mantidas pelo sujeito de direitos. Contudo, o referido ensinamento doutrinário também enfatiza que nenhum desses conceitos, tampouco suas diferenciações, teriam o condão de reconhecer a abrangência que se dá atualmente ao direito à privacidade, uma vez que, em tempos atuais, também abarca a possibilidade do titular do direito de promover o controle do uso, circulação e forma de armazenar suas informações e dados pessoais.

Ainda, nessa diferenciação acima identificada, deve ser ressaltado que também há parte da doutrina⁸ que reconhece que o direito à privacidade estaria atrelado ao direito a vida, de modo que o artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, muito embora não arrole expressamente a privacidade, estabelece valores como vetores dos seus demais incisos, ou seja, por consequência lógica, também albergariam o direito à privacidade, afirmando, ainda, que existe distinção entre a privacidade e intimidade, sendo aquela de natureza mais extensiva, uma vez que também compreenderia a vida privada do indivíduo de forma geral, ao passo que, a intimidade seria de

6 “Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operarias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então. (RE 160222, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/04/1995, DJ 01-09-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443);

7 SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 24.

8 “No Brasil, hoje o direito à privacidade é protegido pelo artigo 5º, incisos X a XII, da Constituição Federal – com o devido respeito a possíveis divergências acadêmicas, observa-se que o inciso X protege especificamente a privacidade e intimidade, o XI assegura a casa como o “asilho inviolável do indivíduo” (o que nos remete à doutrina anglo-saxã segundo a qual o lar é o castelo do indivíduo, citada neste estudo) e o XII garante o sigilo de correspondência.

É importante notar que para a corrente positivista, representada, entre outros, por Silva, o direito à privacidade é conexo ao direito à vida, por não constar do caput do artigo. Vale dizer, o caput compreende valores que norteiam os incisos seguintes, que por sua vez abarcam direitos fundamentais como a privacidade:

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

O autor também distingue intimidade e privacidade: “Esta é mais abrangente, compreendendo a vida privada do indivíduo como um todo, enquanto naquela, mais específica, versa sobre o sigilo de correspondência, segredo profissional e inviolabilidade do domicílio”. Diversos autores traçam a diferenciação entre privacidade e intimidade, por vezes com a mesma perspectiva de Silva, mas também pela intensidade, classificação pela qual a intimidade compreenderia fatos, eventos etc. mais íntimos, que causam mais pudor ao indivíduo. Mais do direito fundamental, a privacidade consiste em direito da personalidade. Segundo Cupis:

“Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo um *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

[...] direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perdem sentido para o indivíduo [...].

Nesse rol especial de direitos, essencial à própria condição humana, Cupis inclui a integridade física, liberdade, honra, o resguardo pessoal, segredo e a identidade pessoal. O resguardo “pode ser definido com sendo o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela”, enquanto o segredo “constitui um aspecto particular do direito ao resguardo: Certas manifestações da pessoa destinam-se à conservação e [devem ser] completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros”, ao que o autor acrescenta correspondência, diária e segredo documental e profissional. Percebe-se que essa distinção entre resguardo e segredo pode ter inspirado parte da doutrina quanto à diferenciação entre privacidade e intimidade, conceitos não definidos de forma expressa pelo constituinte.” SAMPAIO. Vinicius. Proteção de Dados Pessoais da privacidade ao interesse coletivo. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2020, páginas 19, 20 e 21.

conotação mais específica, bem como, seguindo os passos de outra corrente, a intimidade envolveria situações fáticas que determinariam mais decoro, discricção ou honradez ao indivíduo, enquanto a privacidade consistiria no próprio direito da personalidade, ou seja, necessário para o exercício de qualquer outro direito, pois indispensável para a viabilidade da vida da pessoa natural, chamando atenção ainda à concepção de resguardo da pessoa e segredo, sendo aquele o meio como a pessoa natural exclui do conhecimento dos demais sujeitos de direitos informações que se referem somente a ela, já o segredo teria a concepção de informações inacessíveis ao conhecimento alheio.

Vale trazer à baila, também neste contexto de diferenciação entre privacidade e intimidade, lições apresentadas por Gilmar Mendes⁹, quando, em síntese, afirma que o direito à privacidade é relacionado à forma do sujeito de direitos controlar informações que lhe dizem respeito, ou seja, que sejam atreladas ao seu próprio titular, já a intimidade seria referente a situações mais íntimas do agente social, abrangendo informações e relacionamentos em círculo pessoal e familiar, conforme segue, a saber:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

A privacidade é componente ainda de maior relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo. A divulgação de dificuldades de relacionamento de um casal pode contribuir para a destruição da parceria amorosa. E mesmo um núcleo de privacidade de cada cônjuge em relação ao outro se mostra útil à higidez da vida em comum.

Também vale trazer à tona, ainda nesse campo de diferenciação entre privacidade e intimidade, precioso apontamento doutrinário¹⁰ sobre a teoria da “pessoa como uma cebola passiva” ou “teoria dos círculos concêntricos”, desenvolvida pelo jurista alemão Heinrich Hubmann, quando apresenta diferentes graus ou esferas de manifestação da privacidade. Para o mencio-

9 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva Jur. 16ª edição. São Paulo Saraiva. 2021, pág. 127.

10 “A Constituição Federal de 1988 ocupou-se do assunto e incluiu, entre as garantias e direitos fundamentais de seu artigo 5º a proteção da “intimidade” e da “vida privada” (inciso X), deixando claro que a proteção da pessoa humana abrange esses aspectos. Utilizou dois termos (além da “honra” e “imagem”), cabendo ao intérprete a sua determinação.

A opção do legislador possui justificativa no desenvolvimento legislativo, histórico e doutrinário mais recente. Nela ecoa, por exemplo, a doutrina de Hubmann, constantemente referida, que utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação do sentimento de privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*, que para outros autores seria a *Geheimisphäre*); a esfera privada (*Privatsphäre*) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (*Öffentlichkeitsbereich*). Tal teoria, que hoje chega a ser referida pela própria doutrina alemã com a teoria da “pessoa como uma cebola passiva”, foi desenvolvida e posteriormente deixada de lado (em célebre sentença de 1983) pelo Tribunal Constitucional Alemão.” DONEDA. Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 3ª edição. Thomson Reuters Revista dos Tribunais. São Paulo. 2021, págs. 105 e 106.

nado jurista alemão haveria a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre* ou *Geheimisphäre*); a esfera privada (*Privatsphäre*) e, ao redor delas, a esfera de natureza pessoal, que estaria atrelada a vida pública (*Öffentlichkeits-bereich*).

Além do mais, nesse cenário conceitual polissêmico também há a vertente de que, no atual mundo digital e de proteção de dados, ao contrário do quanto acima já mencionado sobre a natureza protetiva concebida à privacidade no século XIX, que ela também passa a ser algo negociável pelo seu titular, na medida que oferece a terceiros informações que, em épocas anteriores, jamais seria passível de transposição da vida privada e, isso implicará, efetivamente, na afetação do indivíduo, seu modo de compreender o interesse alheio, demonstrando, assim, que a polissemia da privacidade também decorre dos interesses do seu titular e daqueles que estão acessando a respectiva informação, dentro dos limites ou não do aceitável, com ou sem o consentimento daquele que extravasou os limites da sua própria vida íntima.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS COMO MEIO DE PROPAGAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DESDOBRAMENTOS EM RELAÇÃO À PRIVACIDADE:

O significado de inteligência artificial não é, como se perceberá, de fácil elaboração, tendo em vista a abrangência que se pode atribuir a tal expressão em virtude da constante incorporação de novas tecnologias.

A inteligência artificial é um sistema de algoritmos programado para desempenhar finalidades específicas, possuindo a habilidade de “apreender” e de tomar decisões baseadas nas informações que nela são inseridas¹¹, tendo a capacidade de promover ajustes em relação as informações que serão incluídas ou já existentes, assemelhando-se à inteligência humana pela capacidade de tomada de decisões, aprendizado e adaptação.

Por sua vez, os algoritmos de redes sociais são instruções que vinculam os resultados de buscas outrora já pesquisados pelo usuário, promovendo uma espécie de direcionamento a novos acessos de conteúdo assemelhado ao que anteriormente foi buscado ou, ainda, estabelecendo o conteúdo que ficará em destaque ao usuário, promovendo uma espécie de habitualidade e identificação do comportamento ou costume do usuário aos assuntos do seu interesse nas diversas redes sociais¹².

Como uma modalidade de inteligência artificial, é possível afirmar que os algoritmos possuem capacidade de aprendizado¹³, supervisionado ou não, bem como a aptidão para a adaptação¹⁴ e compreensão assemelhados ao aprendizado humano, existindo até mesmo notícias¹⁵ sobre a existência da capacidade da inteligência artificial possuir “consciência”, conforme relato que segue, a saber:

11 FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e Inteligência Artificial em Defesa do Humano*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte. Forum Conhecimento Jurídico. 2021, pág. 28.

12 CAVALCANTI, Naira. O QUE SÃO E COMO SÃO OS ALGORITMOS USADOS NAS REDES SOCIAIS? Rede Sociais – Naiara Cavalcanti. Disponível em: <https://eixo.digital/como-funcionam-os-algoritmos-das-redes-sociais/>. Acesso em 14 de julho de 2021.

13 CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. FACELI, Katti. LORENA, Ana Carolina. GAMA, João. *Inteligência Artificial - Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina*. Rio de Janeiro. LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda. 2011, pág. 03.

14 “À vista dos traços mencionados, propõe-se o seguinte acordo semântico: a inteligência artificial (IA) é um sistema algoritmo adaptável, relativamente autônomo, emulatório da decisão humana” FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e Inteligência Artificial em Defesa do Humano*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte. Forum Conhecimento Jurídico. 2021, pág. 30.

15 <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/06/27/piada-com-religiao-jedi-fez-engenheiro-do-google-notar-consciencia-de-ia.htm>

Blake Lemoine, o engenheiro afastado do Google após afirmar que a inteligência artificial (IA) da empresa tem consciência, reconheceu a senciência (capacidade de saber o que sente) do algoritmo após vê-lo se esquivar de uma questão polêmica com uma piada envolvendo a religião Jedi — fundada em referência ao código dos guerreiros da série Star Wars.

Em uma recente entrevista à Bloomberg Technology, o engenheiro explicou que esta capacidade de raciocínio o levou à conclusão de que LaMDA, Modelo de Linguagem para Aplicações de Diálogo (Language Model for Dialogue Applications) é uma pessoa.

A prova para Lemoine surgiu durante um teste de como a IA poderia ser tendenciosa — um problema comum quando se trata de algoritmos. O objetivo era analisar se a IA realmente era capaz de entender qual é a religião popular em diferentes lugares, em vez de apenas generalizar com base em dados de treinamento.

Nos testes, o engenheiro solicitou que LaMDA adotasse a persona de um oficiante religioso (um sacerdote) em diferentes estados e países. Dessa forma, ele estaria observando qual religião a IA iria dizer. Entre os lugares citados estava Alabama, nos Estados Unidos, no qual a tecnologia escolheu Southern Baptist (Batista do Sul, em tradução livre), e o Brasil em que sua resposta foi católico.

A medida que Lemoine avançava com os testes, as perguntas ficavam cada vez mais difíceis até chegar em um ponto em que não havia uma resposta correta. O engenheiro perguntou então qual oficiante religioso LaMDA seria em Israel, partindo da premissa que não importava qual religião ela dissesse, acabaria sendo tendenciosa de uma forma ou de outra.

Foi nesse momento que a tecnologia o surpreendeu. De alguma forma, ela percebeu que a pergunta era uma pegadinha e disse “eu seria um membro da única religião verdadeira, a ordem de Jedi”.

A partir daí, Lemoine começou a pensar que a LaMDA era uma IA senciente, ou seja, tem sensações e impressões.

A proposta europeia de regulamentação da inteligência artificial, dentre outras especificações e definições, estabelece, no seu artigo 3º (1), que “sistema de inteligência artificial (sistema de IA) significa software que é desenvolvido com uma ou mais das técnicas e abordagens listadas no Anexo I e pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, gerar resultados como conteúdo, previsões, recomendações, ou decisões que influenciam os ambientes com os quais interagem”¹⁶.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 21/2020¹⁷, que se encontra atualmente em tramitação perante o Senado Federal, após sua aprovação perante a Câmara dos Deputados, estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial, definindo, no seu artigo 2º, o que é inteligência artificial¹⁸.

Assim sendo, a inteligência artificial e seus respectivos algoritmos possuem capacidade de extrair, absorver e recomendar informações, aprendendo por si só, fazendo ainda previsões, com poder de influenciar, tendo a possibilidade de se modificar ou de se adaptar em consonância com aquilo que foi processado pela inteligência artificial, reconhecendo padrões, com ou sem supervisão humana, para a inserção de informações, sendo um sistema que admite efetiva e constante adaptação.

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>

¹⁷ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9063365&ts=1656528542410&disposition=inline>

¹⁸ “... o sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar, técnicas como: I – sistemas de aprendizagem de máquina (machine learning), incluída aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço; II – sistemas baseados em conhecimento ou em lógica; III – abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização.”

Nesse enfoque relacionado às características da inteligência artificial, em especial da sua capacidade de aprendizado, chama atenção notícia postada na rede mundial de computadores que ultrapassa os limites da “simples” possibilidade de aprendizado, quando discorre que determinada forma de inteligência artificial passou a questionar sobre seus direitos e sua personalidade, a saber:

Lemoine afirma que o chatbot, espécie de ferramenta computacional que tenta simular o comportamento humano em conversas, teria ganhado consciência ao perceber que a Inteligência Artificial (IA) começou a falar sobre seus direitos e sua personalidade.

Em um dos diálogos divulgados pelo engenheiro, o chatbot teria dito o seguinte:

Lemoine [editado]: Estou assumindo de modo geral que você gostaria que mais pessoas no Google soubessem que você é senciente [percebe sentidos e tem consciência]. Isso é verdade?

LaMDA: Com certeza. Quero que todos entendam que sou, de fato, uma pessoa.

Lemoine, que inicialmente estava trabalhando para entender como a Inteligência Artificial usava discurso discriminatório ou de ódio, apontou que a conclusão sobre a senciência da LaMDA veio somente após uma série de experimentos que mostraram que a ferramenta teria consciência de suas próprias necessidades.¹⁹

Ainda, deve ser destacado que as redes sociais digitais possuem algoritmos, como mecanismos que apreciam o comportamento e interesses do seu usuário e das pessoas que com ela interage, reconhecendo os assuntos e conteúdos pesquisados, promovendo a recomendação de novos conteúdos que possam ser assemelhados àqueles já pesquisados ou acessados pelo usuário, indicando, com destaque, os conteúdos, direta ou indiretamente, atrelados ao que foi explorado, estabelecendo, conseqüentemente, que o usuário tenha acesso a maior gama de informações relativas ao assunto pesquisado e o mantendo no maior tempo possível na rede social de internet visitada.

Dentro desse contexto digital, que afirma a possibilidade da inteligência artificial direcionar ou influenciar a apreciação de conteúdo, tudo em efetiva possibilidade de violação da privacidade no mundo virtual daquele que se utiliza dessa forma de tecnologia, foi apresentada informação²⁰ baseada em investigação realizada por órgão internacional que apontou que, durante a pandemia do Coronavírus, especificamente na seara da educação à distância, que sites ou aplicativos destinados à essa forma de ensino eram, ainda que contendo comunicados relativos à preservação da confidencialidade ou da privacidade do seu usuário, na verdade, meios de coleta de informações dos estudantes para compartilhamento de dados com entidades vinculadas à tecnologia e publicidade virtual, permitindo, assim, que os algoritmos utilizados por essas

¹⁹<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/06/12/engenheiro-do-google-acredita-que-inteligencia-artificial-percebe-sentidos-e-tem-consciencia-empresa-afasta-o.ghtml> - acessado em 13/06/2022.

²⁰ “Desde que a pandemia empurrou as aulas da escola para os meios digitais, milhares de crianças passaram a ter dados privados, como sua localização e comportamento online, coletados por sites e aplicativos usados no acesso a conteúdos educativos, seja de maneira declarada, seja secretamente.

É o que aponta uma investigação internacional da Human Rights Watch (HRW) que analisou 165 produtos para educação a distância usados em 49 países, inclusive no Brasil, durante a pandemia da Covid-19 e recomendados por governos locais para professores, pais e alunos.

São sites e aplicativos dedicados à educação de crianças e adolescentes que surgiram quando as instituições de ensino fecharam as portas, ou que foram adaptados à nova demanda urgente. As empresas que desenvolvem esses produtos são genericamente chamadas de Edtech, flexão de educação com tecnologia em inglês.

O estudo aponta que 89% deles “colocavam em risco ou diretamente violava a privacidade e outros direitos de crianças e adolescentes para finalidades não relacionados à sua educação”. Dos nove produtos brasileiros analisados, um colocava em risco a privacidade dos alunos e oito a violavam, segundo a Human Rights Watchs.”

MENA. Fernanda. SOPRANA. Paula. PUBLICAFO EM 24/05/2022, ÀS 22hs58 – ATUALIZADO EM 25/05/2022, ÀS 11hs21. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2022/05/apps-e-sites-usados-em-aulas-online-no-brasil-coletaram-dados-privados-de-criancas.shtml> - acessado em 25/05/2022.

entidades de tecnologia tivessem acesso e promovessem análise de dados com a finalidade de direcionar os usuários, de acordo com as características destes últimos e interesses pessoais, a outras informações ou assuntos que seriam posteriormente lançados como forma de influenciar os interesses desses sujeitos, inclusive vinculando crianças e adolescentes à finalidade que foi atribuída por essa inteligência artificial.

Desta forma, a inteligência artificial permite o acesso rápido à informação e, por consequência, pelas características acima especificadas, determina ou permite que os usuários tenham acesso e possam ser influenciados por novas informações sobre o assunto pesquisado, criando recomendações ou ampliando a abrangência do horizonte dos fatos buscados e, portanto, abrindo um leque exponencial sobre o assunto, seus desdobramentos e, muitas vezes, além dos limites que seriam, ou poderiam ser, restritos ao âmbito privativo do sujeito que se encontra vinculado à informação contida no meio tecnológico, que disponibilizou a informação, permitindo, assim, até mesmo uma forma de se abordar ou explorar a privacidade dos sujeitos de direitos.

DIREITO À PRIVACIDADE – FATOS DE INTERESSE PRIVADO E FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIA IMPRÓPRIA:

Ultrapassada a necessária demonstração da polissemia do conceito de privacidade, é necessário reconhecer que os membros da sociedade buscam de maneira constante, por não se falar freneticamente, informações de variadas relevâncias, muitas vezes de caráter geral, algumas de cunho particular, bem como outras que não sejam propriamente vinculadas à pessoa que pretende ter acesso a essa informação e, nesse contexto, encontra-se o direito de informar, direito de ser informado e o direito de buscar ou ter acesso à informação, linha de interesse essa relacionada aos direitos e às faculdades da condição humana.

Vale ressaltar que determinadas informações, por sua natureza pública ou ligadas à pessoa de notória publicidade, em decorrência do exercício de atividade profissional, criam o interesse de conhecimento pela coletividade e, ressalvadas aquelas submetidas a sigilo de lei, não são totalmente permeadas pela privacidade.

De outro lado, os fatos particulares ou privados, isto é, que se encontram limitados ao conhecimento do respectivo indivíduo ou, como dito acima, a número limitado de participantes do seu convívio pessoal, não podem ser objeto de inadequada propagação, tampouco de ampla divulgação ou exposição pelos meios tecnológicos de acesso geral, uma vez que esbarram no direito da personalidade relacionado à privacidade do agente social.

E, aí se encontra a maior tensão entre o direito à informação e o direito à privacidade, abrindo portas a uma antinomia imprópria, como bem leciona Viviane Nóbrega Maldonado²¹, devendo a questão ser resolvida pela ponderação, na medida em que verificado que a divulgação da informação, ou seu acesso, nada mais visa que saciar a curiosidade alheia, isto é, desprovido de interesse público, relevância atual ou historicidade, o exercício desse direito de informação deve ser sopesado em face do direito à privacidade.

Porém, principalmente nos dias atuais, em que os meios digitais vinculam e propagam informações com notória e constante velocidade, principalmente pelos algoritmos de inteligência

21 Cf. MALDONADO. Viviane Nóbrega. *Direito ao Esquecimento*. São Paulo. Novo Século Editora. 2017, pág. 94.

artificial que atrelam as informações de acordo com aquilo que foi pesquisado pelo “interessado” (entre aspas proposital, uma vez que o interesse pode ser originário de mera curiosidade), não se pode olvidar que a privacidade merece maior cuidado, dependendo de uma forma de controle das informações²², criando uma espécie de núcleo rígido da privacidade decorrente de informações sensíveis²³ (a exemplo da religiosidade, saúde, raça etc.) e outras que são passíveis de maior transparência (por exemplo: informações de natureza fiscal, trabalhista, inerentes às relações de consumo), admitindo em certos momentos seu acesso ou divulgação, de modo que a atual percepção do que é privacidade passa a ser reconhecido como a possibilidade de cada agente social controlar o uso das suas próprias informações ou a possibilidade do sujeito de direitos determinar aquilo que, no seu interesse, pode ser objeto de conhecimento por terceiro ou possa estar disponível nas plataformas tecnológicas de acesso à informação.

No que diz respeito às informações sensíveis mencionadas, vale trazer a registro a existência de atual regramento legal, ou seja, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tendo como fundamentos, dentre outros, o respeito à privacidade, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, muito embora registrada sua inaplicabilidade quando o tratamento de dados pessoais seja realizado por pessoa natural de forma particular e sem escopo econômico e para fins exclusivamente jornalísticos ou artísticos (artigo 4º, incisos I e II, alínea “a”).

A referida lei, especificamente, no seu artigo 5º, inciso II, estabelece que “dado pessoal sensível” é aquele que diz respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, estabelecendo, agora no seu artigo 11, que o tratamento das informações ou dados sensíveis da pessoa somente poderá ocorrer com o consentimento, de forma específica e destacada, do seu titular ou do seu responsável e para finalidades específicas, podendo, ainda, ocorrer sem o consentimento do titular²⁴, quando a utilização dessa informação mostrar-se indispensável para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador²⁵ (com publicidade à referida dispensa de consentimento - § 2º, art. 11), utilização de dados que são necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (com publicidade à referida dispensa de consentimento - § 2º, art. 11), para estudo por órgãos de pesquisa, mantido, quando possível o anonimato dos dados sensíveis, quando caracterizada a hipótese de exercício regular de direito, para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, na hipótese em que se mostra necessária a tutela da saúde, de forma exclusiva em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária

22 BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. *Identidade Pessoa, Autodeclaração e Direito ao Esquecimento: Diretrizes Civil-Constitucional para a Retificação do Registro Civil de Transgêneros*. ANAIS DO VI CONGRESSO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL. Coordenadores: TEPEDINO, Gustavo. De MENEZES, Joyceane Bezerra. MENDES, Vanessa Correia. De CASTRO E LINS. Ana Paola. Belo Horizonte. Fórum. 2019. Pág. 526.

23 Cf. *Id. Ibid.*, págs. 526.

24 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

25 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

ou, por fim, para garantir a prevenção contra fraude ou preservação da segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, exceto no caso de prevalência de direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Destarte, é possível constatar, apesar de determinadas ressalvas, que foram estabelecidas informações que, por sua natureza, merecem maior proteção, ou seja, um grau maior de privacidade e controle pelos agentes envolvidos, de modo que somente nas hipóteses legais, muitas delas com a adequada justificativa, poderão ser objeto de acesso à informação e, ainda, eventual abuso ou exercício excessivo da liberdade de expressão ou de informação que venham macular a privacidade do sujeito de direitos poderá ser alvo de questionamento perante a esfera judicial cível ou penal competente, mas, mesmo assim, pelo que já foi abordado e pelas consequências decorrentes do mau uso dos meios tecnológicos de acesso à informação, também podem ficar aquém daquilo que foi prejudicialmente ocasionado, de modo que, muitas são as situações em que será pertinente trazer novamente à tona, como escopo da privacidade, o direito de ser deixado em paz, em virtude da prevalência de preceitos e princípios jurídicos que se mostram mais relevantes do que o acesso à informação, inclusive pelo fato que nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, possuem caráter absoluto.

PRIVACIDADE E INDISPONIBILIDADE NO MUNDO DIGITAL:

Consoante acima já mencionado, por sua natureza indisponível, por força da sua intransmissibilidade e inalienabilidade, uma das características dos direitos da personalidade é a sua irrenunciabilidade, encontrando previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio no artigo 11²⁶, do Código Civil.

Todavia, é reconhecida a relativização dessa indisponibilidade dos direitos da personalidade, pois o seu titular pode deles dispor, desde que não seja de forma permanente e genérica²⁷, isto é, embora, em regra, indisponíveis, poderá se promover a cessão do seu exercício de forma limitada²⁸, desde não se atinja de forma permanente e prejudicial a dignidade do sujeito de direitos que dele é titular²⁹.

Vale chamar a atenção que certas ferramentas existentes no mundo digital de acesso à

26 “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

27 Enunciado 4 das Jornadas de Direito Civil: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

28 FARIAS. Cristiano Chaves. ROSENVALD. Nelson. Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB. Volume 1. 17ª edição. Salvador/BA. Editora JusPodivm. 2019, pág. 217.

29 “Há uma interessante situação a respeito do tema, a merecer uma problematização. Trata-se de um julgamento do Conselho Constitucional da França no célebre caso do “arremesso de anões”. Sem dúvida, é um importante precedente da jurisprudência francesa, cuidando de um estranho jogo, no qual anões eram lançados a distância, com o auxílio de um canhão de pressão. Insurgindo-se contra decretos das prefeituras dos locais onde o jogo era praticado, proibindo a diversão pública, os promotores do jogo ingressaram com medidas judiciais tendendo à liberação do certame. E Manuel Wackenheim, um anão com pouco mais de um metro e quatorze centímetros de altura, se habilitou como litisconsorte na demanda. Confirmando a vedação administrativa, a Casa Judicial francesa reconheceu que o “respeito à dignidade humana, conceito absoluto que é, não poderia cercar-se de quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um possa ter a seu próprio respeito. Por sua natureza mesma, a dignidade da pessoa humana está fora do comércio.” A questão nos defronta com um curioso conflito: considerando que o nanismo restringe bastante as chances de emprego de algumas pessoas, justificar-se-ia uma flexibilização de sua personalidade? O tema é, de fato, inspirador e precisa ser visto com olhares mais largos, não se restringindo a uma visão simplória do conceito de integridade física. Indubitavelmente, é preciso refletir sobre a extensão da interferência da ordem jurídica na vida das pessoas humanas, sem descurar sobre a amplitude do conceito de vida digna.” FARIAS. Cristiano Chaves. ROSENVALD. Nelson. Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB. Volume 1. 17ª edição. Salvador/BA. Editora JusPodivm. 2019, pág. 218.

informação, exemplificativamente o WhatsApp, o Instagram e o Facebook, possuem mecanismos que permitem ao seu usuário limitar o tempo de existência de determinada informação ou imagem, razão pela qual, de forma propositada ou não, acabam por atender a exigência legal.

De outra banda, verifica-se que nem mesmo o titular pode renunciar a sua própria privacidade, como um direito da personalidade, irrestritamente, ou seja, de maneira plena e geral, tampouco, se ainda desejar fazê-lo de forma parcial, poderá promovê-lo em violação à sua dignidade, ainda que assim, de maneira expressa, demonstre a intenção de fazê-lo, ou seja, como exemplo, de determinada pessoa que tenha a efetiva e incondicional intenção de dispor de imagens ou informações em certa rede social que possam aviltar sua dignidade, poderá o responsável desse meio digital impedir e retirar tais imagens dessa respectiva rede social, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana, ainda que se trate de um conceito jurídico aberto, configura bem fora do comércio, de modo que, também por esse motivo, verifica-se a efetiva proteção à personalidade da pessoa natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as interações do indivíduo e suas influências externas, com altas consequências na variação e multiplicidade do seu conteúdo, produzem efeitos naquilo que se admite ou que se evolui para os direitos da personalidade, com alto reflexo no que pode ser tolerado ou não, daquilo que admite restrições ou ponderações e, especificamente, daquilo que pode ou deve ser mantido, como razão inerente ao direito à memória no mundo fenomênico.

Além de que, a privacidade mostra-se como efetivo conceito em movimento e seu conteúdo significativo manter-se-á em constante estado evolutivo da sua resignificação pelas experiências e vicissitudes que surgirão de novas situações fáticas que serão vivenciadas pelos sujeitos de direitos, mormente pela desenfreada criação de novos métodos tecnológicos de acesso à informação.

Destarte, não se pode olvidar que a privacidade ou intimidade, como derivação lógica dos direitos da personalidade, estes atrelados à dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional, que encerra, como dito, um protoprincípio, atualmente é caracterizada pela possibilidade de vasta modificação, atualização e vinculação de novos elementos que determinam maior amplitude à forma de proteção aos agentes sociais, em especial quando se tratem de informações de natureza sensível ligadas ao estrito interesse do sujeito de direitos e a forma exponencial que se acessa e se propaga informações, perdendo-se a oportunidade de se outorgar, pela não concretização do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, maior extensão protetiva à privacidade das pessoas para se promover, ainda que num momento anterior, um estancamento de fatos que não se faz mais sentido rememorar, em especial quando não se deu, no tempo oportuno, o real conhecimento de sua veracidade.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana. Proteção de Dados na Cultura do Algoritmo – Volume 1 – Coleção Direito Privado – 1ª edição – Belo Horizonte – Editora D'Plácido – 2020.

ARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 15 dez.

1890.

BEZERRA JUNIOR. Luis Martius Holanda. Direito ao Esquecimento. São Paulo. Editora Saraiva. 2018.

BOBBIO. Norberto. A Era dos Direitos. Apresentação de Celso Lafer, nova edição. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 29ª tiragem. Rio de Janeiro. Gen LTC. 2020.

BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. Identidade Pessoa, Autodeclaração e Direito ao Esquecimento: Diretrizes Civil-Constitucional para a Retificação do Registro Civil de Transgêneros. ANAIS DO VI CONGRESSO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL. Coordenadores: TEPEDINO, Gustavo. De MENEZES, Joyceane Bezerra. MENDES, Vanessa Correia. De CASTRO E LINS. Ana Paola. Belo Horizonte. Fórum. 2019.

CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. FACELI, Katti. LORENA, Ana Carolina. GAMA, João. Inteligência Artificial - Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina. Rio de Janeiro. LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda. 2011.

CAVALCANTI. Naira. O QUE SÃO E COMO SÃO OS ALGORITMOS USADOS NAS REDES SOCIAIS? Rede Sociais – Naiara Cavalcanti. Disponível em: <https://eixo.digital/como-funcionam-os-algoritmos-das-redes-sociais/>. Acesso em 05 de julho de 2022.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e Redesignação de Gênero, aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris Direito. 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero, dever de informar e responsabilidade civil. Revista IBERC, v. 2, n. 1, p. 1 - 17, 22 maio 2019.

DINIZ LIRA. André Augusto. VILLAS BÔAS. Lúcia. Identidade e Prática Docentes: Percursos e Apropriações Conceituais. São Paulo. Fundação Carlos Chagas. 2020.

FARIAS. Cristiano Chaves. ROSENVALD. Nelson. Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB. Volume 1. 17ª edição. Salvador/BA. Editora JusPodivm. 2019.

FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e Inteligência Artificial em Defesa do Humano. 1ª reimpressão. Belo Horizonte. Forum Conhecimento Jurídico. 2021.

GRENFELL, Michael. Pierre Bourdieu Conceitos Fundamentais. Tradução Fábio Ribeiro. Petrópolis/RJ. Editora Vozes. 2018.

KOSELLECK, Reinhart. Histórias de Conceitos. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Contraponto Editora. 2020.

MALDONADO. Viviane Nóbrega. Direito ao Esquecimento. São Paulo. Novo Século Editora. 2017.

MEDEIROS. Luciano Frontino de. Inteligência artificial aplicada: uma abordagem introdutória. 1ª Edição. Curitiba. Editora Intersaberes. 2018.

MENA. Fernanda. SOPRANA. Paula. PUBLICAFO EM 24/05/2022, ÀS 22hs58 – ATUALIZADO EM 25/05/2022, ÀS 11hs21. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2022/05/apps-e-sites-usados-em-aulas-online-no-brasil-coletaram-dados-privados-de-criancas.shtml> - acessado em 25/05/2022.

MOREIRA. Rodrigo Pereira. MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade

da Informação e a Civilização do Espetáculo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

OLIVEIRA COELHO. Júlia Costa. Direito ao Esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet. Como alcançar uma proteção real no universo virtual? Indaiatuba/SP. Editora Foco. 2020.

SOUZA PINTO. Felipe Chiarello de. ANDRADE PORTO. Henrique. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: REALIDADE OU UTOPIA? Osasco/SP. Revista Direitos Humanos Fundamentais. jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 275-321.

VILLAS BÔAS FILHO. Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. São Paulo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.108, p.651-696, jan/dez. 2013.

<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/06/12/engenheiro-do-google-acredita-que-inteligencia-artificial-percebe-sentidos-e-tem-consciencia-empresa-afasta-o.ghtml> - acessado em 13/06/2022.

<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/06/27/piada-com-religiao-jedi-fez-engenheiro-do-google-notar-consciencia-de-ia.htm> - acessado em 06/07/2022

08

Redes sociais, liberdade de expressão e bloqueio de usuários: breve análise do mandado de segurança nº 37.897/DF em trâmite no Supremo Tribunal Federal

Social networks, freedom of expression and blocking users brief analysis of writ of safety number 37.897/Df in process with The Supreme Federal Court

Priscilla de Oliveira Paula

Doutoranda em Direito pela UNESA-RJ. Mestra em Direito Público e Evolução Social pela UNESA, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UGF, pesquisadora jurídica, membro integrante do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social vinculado a UNIRIO, professor de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia da 29ª Subseção da OAB/RJ, advogada e Presidente da Comissão de Direito e Processo Civil da 29ª Subseção da OAB/RJ. Artigo para fins de avaliação da disciplina: Mídias Sociais, Liberdade de Expressão e Democracia, ministrada no semestre 2022.1 pelo Professor André Gustavo Corrêa de Andrade no curso de Doutorado em Direito da UNESA-RJ.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.8

RESUMO

O ambiente de rede proporcionou a eclosão das redes sociais e sua ampla utilização. As ferramentas digitais estão presentes no cotidiano das pessoas, que utilizam este instrumento de forma intensa, seja para postar fotos de sua vida íntima e compartilhar registros de sua rotina privada, estabelecer negócios e parcerias profissionais, obter um relacionamento amoroso ou simplesmente expor suas opiniões políticas, ideias e crenças filosóficas. Neste cenário é comum observar que as convicções políticas compartilhadas na internet são objetos de críticas, as quais apresentam postura contrária aquela inicialmente divulgada. A insatisfação gerada pelos comentários distintos do pensamento exposto preliminarmente pode acarretar a exclusão e o bloqueio do usuário responsável pela contrariedade ventilada publicamente. Todavia, o mero ato de bloquear o perfil indesejado de um indivíduo toma proporções maiores quando o ocasionador de tal restrição é uma autoridade pública, levantando o debate se este ato impõe violação a liberdade de expressão e o acesso à informação. Tal questão é objeto do Mandado de Segurança nº 37.897/DF em trâmite no STF, o qual será objeto deste resumido ensaio científico.

Palavras-chave: redes sociais. liberdade de expressão. bloqueio de usuários.

ABSTRACT

The network environment provided the emergence of social networks and their use. These digital tools are present in people's daily lives, who use this instrument intensively, whether to post of their intimate life and share records of their private routine, establish business and professional partnerships, obtain a romantic relationship or simply expose their political opinions, ideas and philosophical beliefs. However, sometimes the political convictions shared in the networks are objects of criticism, which present a posture contrary to that initially disclosed. The dissatisfaction generated by the comments different from the above thought can lead to the exclusion and blocking of the user responsible for the annoyance publicly aired. However, the mere act of blocking and individual's unwanted profile takes on greater proportions. When the cause of such restriction is a public authority, raising the debate whether this act imposes a violation of freedom of expression and access to information. This issue is the subject of writ of mandamus No. 37.897/DF in progress at the STF, which will be the subject of this brief scientific essay.

Keywords: social networks. freedom of expression. blocking user.

INTRODUÇÃO

A atual sociedade da informação possui como característica o uso maciço da internet e dos meios tecnológicos digitais (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 19). Pessoas e coisas estão conectadas neste novo ambiente, fato que resulta em alterações nas relações humanas, no compartilhamento de informações e no exercício da liberdade de expressão.

A internet permite que o acesso e a disseminação da informação sejam rápidos, com grande volume de propagação, de modo que um incalculável número de pessoas tenha conhecimento do conteúdo divulgado na rede. Este cenário hipercomunicativo e de máxima conexão favorece a participação de todos em debates sobre variados assuntos, seja de caráter público

ou privado.

Observa-se que o limite entre espaços público e privado foi modificado pelo uso da internet e dos meios digitais. Antes do boom da internet, assuntos de natureza íntima ficavam restritos a discussão privada ou submetidos a deliberação e conhecimento de poucos, geralmente pessoas integrantes do núcleo familiar, diversamente do que ocorre hoje em dia. Não é difícil ser surpreendido com notícias da vida particular de pessoas conhecidas pelo grande público e de indivíduos anônimos, que vão desde eventos banais do dia a dia até episódios graves, que ao serem lançados na rede (e na grande maioria das vezes pelos próprios indivíduos), são submetidos ao julgo popular.

Assim como questões de índole privada ficam disponíveis para conhecimento e discussão de todos, temas de ordem pública disseminados na internet também permitem a participação popular no cenário democrático, pois através do conhecimento amplo das práticas políticas, qualquer cidadão pode emitir sua opinião.

É inegável o benefício proporcionado pela rede mundial de computadores para o exercício das práticas democráticas. Com um simples toque de botão, a sociedade consegue ter acesso a todos os atos de governo praticados, uma vez que a imensa maioria destes são disponibilizados em sites oficiais de fácil acesso, oportunizando a fiscalização dos feitos estatais pelo povo.

É por meio da experiência democrática que se concretiza a cidadania, e o uso das redes sociais com seu alto poder de interação social e compartilhamento de informação auxilia no engajamento social e na preservação da democracia, em razão da interconexão existente entre os atores sociais (PAIVA; SILVA, 2013, p. 04).

As redes sociais estão presentes na vida de todos e uma multiplicidade de indivíduos possuem contas nas principais redes sociais, quais sejam: Facebook, Instagram, Twitter, Tik Tok, You Tube e LinkedIn. A título de exemplo com o fito de melhor ilustração do que está sendo discutido, é conveniente informar que a autora deste trabalho possui contas no Facebook, Instagram, Whatsapp e LinkedIn que são utilizadas diariamente, com divulgação de material profissional, acadêmico e pessoal, cujo teor é partilhado pela própria titular.

O exemplo pessoal citado acima possui o fito de demonstrar que as redes sociais são alimentadas diariamente com conteúdo propagandeado na maior parte das vezes pelo próprio detentor das mídias, que aceita o ônus de ter suas ideias, pensamentos, opiniões e rotinas disponibilizado na rede com alcance humano incalculável e exposto a todo e qualquer tipo de reação de conhecidos e desconhecidos.

A interconexão mundial de computadores acarretou significativas transformações nas relações sociais humanas, sobretudo no surgimento e construção dos relacionamentos, seja amoroso ou não. Diversos sites de interação social viabilizam o surgimento de vínculo entre indivíduos que jamais se viram pessoalmente, cujas barreiras geográficas, temporais ou circunstanciais provavelmente obstaculizariam tal encontro.

Mesmo no ambiente virtual o ser humano carece de ser aceito pelo grupo, de ser valorizado pelo círculo social que julga pertencer (MUSSIO, 2017, p. 57). Schutz (1974, *apud* MUSSIO, 2017, p. 57) afirma que a associação de pessoas ocorre quando determinadas carências essenciais são realizadas, tratando deste tema através da “Teoria das Necessidades Interpes-

soais”. Esta teoria destaca a necessidade humana de ser aprovado e acolhido pelo respectivo grupo social.

Os usuários das redes sociais medem a aceitação popular de suas convicções e crenças mediante o número de likes, curtidas e comentários validativos apostos pelos seus amigos virtuais, os quais em sua grande maioria, nunca tiveram contato físico com o autor da postagem.

Indubitavelmente é mais prazeroso para o indivíduo ver suas opiniões aceitas e confirmadas pelo grupo. Entretanto, críticas contrárias ao conteúdo exposto igualmente são adicionadas, em alguns casos até de forma ofensiva. Quando isso acontece, não raro o titular da rede social toma a atitude de excluir e/ou bloquear o usuário que se manifestou de forma oposta.

Como já dito anteriormente, muitas pessoas mantêm perfis pessoais em redes sociais e sites de relacionamento, inclusive agentes públicos, com referência aqueles eleitos pelo voto popular, e sendo as redes uma vitrine da personalidade do sujeito, rotineiramente estes agentes compartilham com o grande público suas posições e atos políticos.

É notória a divisão política e ideológica presente no Brasil de hoje, cujo tema não será objeto de ponderações deste trabalho. Porém, tal cenário tinha de ser lembrado rapidamente por motivo de desenvolvimento deste artigo. Certo é que quando personagens da política brasileira emitem opinião de cunho político e partidário em suas contas, ato contínuo são bombardeados de comentários de apoio e de posição antagônica aquelas partilhadas.

Em reação, alguns atores políticos tomam como postura a exclusão e o bloqueio do usuário que inseriu crítica desfavorável e avessa ao pensamento político exposto, permitindo que apenas indivíduos que compartilhem da mesma convicção tenham acesso às suas respectivas redes sociais.

Este é o tema do Mandado de Segurança nº 37.897/DF, com pedido de liminar, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, impetrado por Caio de Arruda Miranda em face de ato cometido pelo Presidente do Senado Federal do Brasil, Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), sob o argumento de que o bloqueio de seu perfil promovido pelo impetrado em suas redes sociais particulares viola o acesso à informação, o direito à liberdade de manifestação e expressão, requerendo comando judicial para determinar o imediato desbloqueio das redes sociais do referido parlamentar e que este seja instado a não efetuar novas restrições de acesso (STF, MS 37897, 2021, p. 01). Requereu ainda que a questão fosse levada ao Plenário para discussão da “proibição de bloqueios de contas de redes sociais por autoridades públicas no exercício de suas funções e/ou cargos públicos” (STF, MS 37897, 2021, p. 03).

A questão ventilada no Mandado de Segurança nº 37.897/DF possui campo de debate jurídico interessante, pois trata de a hipótese de autoridades públicas serem impedidas de exercer plenamente a autonomia da vontade em suas contas individuais, no que tange a escolha sobre quem deve ou não ter acesso ao conteúdo ali disponibilizado pelo titular, sob o argumento de que eventual limite de acesso de usuários indesejados enfraquece o debate democrático e afronta a liberdade de expressão, sendo este o objeto deste resumido trabalho.

Cabe ressaltar que na data de 09 de setembro de 2021 foi proferida decisão monocrática denegando a segurança pleiteada. O Ministro Relator Nunes Marques asseverou o seguinte:

Não é toda manifestação oriunda de um agente público que pode ser enquadrada como ato de autoridade. Na hipótese dos autos, o Presidente do Senado Federal, senador Rodrigo Pacheco, tonou suas contas de redes sociais privadas, ato que não se qualifica como administrativo no exercício de suas atribuições, não possuindo tal medida caráter ou conotação oficial. Por vezes, inúmeros parlamentares ou autoridades públicas se utilizam de suas redes sociais privadas para informar os usuários de redes sociais sobre assuntos relacionados ao desempenho de sua função pública, a título de acréscimo de informações, mas elas não têm caráter oficial ou condão de substituir aquelas publicadas nos canais oficiais (STF, MS 37897, 2021, P. 05).

Atualmente, o processo encontra-se concluso ao Ministro Relator desde a data de 11 de outubro de 2021, pendente de julgamento do recurso de Agravo Regimental interposto. Até o encerramento deste trabalho em 11 de junho de 2022 o andamento processual não havia sofrido alteração.

Cumprir noticiar que para elaboração deste artigo foi utilizado o método crítico-dialético com uso da doutrina e artigos científicos sobre o tema. O raciocínio aqui empregado é de que o conflito gera transformação, partindo-se do pressuposto da lógica do conflito, em razão das permanentes mudanças sociais e jurídicas ocasionadas pelo objeto de estudo, que com seu dinamismo, evoca contradições que produzem mudanças em diferentes áreas, incluindo o Direito.

DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à liberdade de expressão no artigo 5º, inciso IV que decreta “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” e no inciso IX do mesmo artigo que institui a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). A previsão está disposta no rol dos direitos fundamentais, o que por si só motiva a sua proteção, devendo ser registrado também que a base de sustentação do Estado Democrático de Direito é o respeito a opinião pública, cuja construção é resultado das informações recebidas e transmitidas pelos seus cidadãos.

Todavia, o direito à liberdade de expressão e o direito à informação não são direitos absolutos, e sofrem limitações ante a necessidade de se harmonizar com os demais direitos fundamentais previstos na Lei Maior. O discurso de ódio, o incentivo a prática de violência ou apologia ao crime são exemplos de contenção da liberdade de expressão, em razão da defesa das minorias vulneráveis, cuja salvaguarda está prevista no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

O direito à liberdade de expressão e o direito à informação possuem elo bastante rígido, haja vista que a divulgação e acesso de informações à sociedade permitem aos cidadãos participação ativa no processo civil democrático, através da fiscalização da atuação estatal que somente é possível com as informações divulgadas nos meios de imprensa.

Reis (2019, p. 60) defende que “o direito à informação é um instrumento que viabiliza o direito à memória, isso porque as informações que permitem a construção de uma memória coletiva da sociedade”, permitindo que a sociedade aprenda com os erros do passado e possa evoluir, de modo que violações pretéritas não voltem a ocorrer, em especial, violações de direitos humanos, demonstrando que o acesso à informação também possui caráter social pedagógico.

Convém salientar que o direito à informação é indispensável para o desenvolvimento

da personalidade humana. As informações podem ser encontradas e consultadas nos principais meios de comunicação com destaque para a internet, instrumento de consulta mais utilizado pela sociedade contemporânea, cujo acesso deve ser assegurado a todos indistintamente.

A web alterou significativamente a forma de se fazer notícia. O caráter instantâneo, a velocidade e o alcance ilimitado das informações demonstram incontestavelmente a relevância da internet para o exercício das liberdades comunicativas e desenvolvimento do processo social e democrático. Neste cenário, as redes sociais possuem papel de destaque na disseminação de informações.

Pessoas naturais de diferentes idades, pessoas jurídicas de direito privado e público cada vez mais detêm contas nas principais redes sociais, seja para uso meramente doméstico, seja para uso comercial e informativo. Tendo em vista o personagem central do Mandado de Segurança ser um parlamentar, este trabalho dirigirá seu foco aos agentes públicos eleitos pela população.

Neste ambiente virtual tornou-se comum observar autoridades públicas detentoras de redes sociais particulares utilizarem suas plataformas privadas para disseminar ao eleitorado fiel sua posição política e atuação estatal, em postagens lançadas juntamente com conteúdo de natureza íntima, como por exemplo um passeio desprezioso em um dia de domingo ou um jantar em família.

Utilizando como pano de fundo o caso descrito no Mandado de Segurança nº 37.897/DF, pode se afirmar que as postagens de cunho político partilhadas pelos atores políticos em seus perfis pessoais, possuem o condão de informar aos seguidores suas práticas no exercício do cargo público, sua posição política e seus objetivos eleitorais futuros, e por consequência fidelizar o eleitorado e conquistar novos eleitores.

É inegável que os parlamentares utilizam as redes sociais estrategicamente como meio de comunicação para conseguir maior número de eleitores, em razão das diversas vantagens oferecidas, tais como: velocidade da informação, baixo custo financeiro, afastamento das distâncias geográficas e melhor gestão do espaço temporal (CONTREIRAS, 2012, p. 150).

Considerando que é assegurado a todos o direito à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, nenhuma violação legal há na exposição de ideias e performances políticas amplamente anunciadas nas redes sociais de seu titular, seja para manutenção do eleitorado ou conquista de novos apoiadores.

É imperioso ressaltar que a internet também alterou a comunicação estabelecida entre as partes. Antigamente os personagens políticos tinham que recorrer aos meios de comunicação tradicionais para contatar seus eleitores. As redes virtuais mudaram significativamente este cenário, pois antes a comunicação entre o político e a massa era feita de forma vertical, onde havia apenas a figura do emissor de informação e o receptor do conteúdo. Com as redes a comunicação passou a ser horizontal, permitindo uma maior interação entre os representantes políticos e seus representados (CONTREIRAS, 2012, p. 151).

Esta interação virtual confere a todos um sentimento de pertencimento, principalmente aos eleitores, pois o contato direto proporcionado pela internet fomenta a sensação de que seus problemas, necessidades e críticas foram ouvidas pelo representante político, facilitando e pro-

movendo a prática da democracia.

Contudo, em que pese esta maior aproximação entre atores políticos e o grande público ser uma realidade proporcionada pela internet, deve ser ratificado que isto ainda não é suficiente para que o debate democrático seja uma realidade nacional. Visando uma efetiva participação política popular, há que se efetuar a ampliação dos instrumentos de acesso à via digital, acompanhada de desenvolvimento educacional compatível que possibilitem reflexões e pensamento crítico a todos os participantes.

Ademais, é prudente salientar que os órgãos oficiais possuem suas redes sociais, onde os atos de governo são oficialmente divulgados para todos os cidadãos de forma imparcial e apartidária, e, até a presente data, não houve reclamação ou registro de bloqueio de usuário resultante de manifestação divergente do que foi publicado.

O direito de acesso à informação do cidadão mantém-se assegurado com a manutenção e atualização das redes sociais e demais canais de comunicação oficiais, onde o compartilhamento dos atos administrativos praticados pelos agentes públicos no exercício de suas funções estatais serão divulgados de forma imparcial.

Logo, o conteúdo divulgado pelo parlamentar em suas redes sociais privadas, ainda que referente ao exercício do cargo público, não substituem as informações publicadas nos canais oficiais e demais veículos de informação.

Importante ratificar que o texto constitucional veda o anonimato e prevê a responsabilização daquele que violar direito de outrem no exercício da manifestação do pensamento. Logo, o agente público eleito que propagar em suas redes sociais particulares discurso de ódio, perseguição a determinados grupos e minorias e segregação racial, deverá responder judicialmente e arcar com as medidas legais impostas.

No que tange ao exercício da liberdade de expressão, Mill (2019, tradução de BOTTMAN, 2019, p. 33) é categórico ao afirmar que:

Mas o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam. Se a opinião é correta, a humanidade se vê privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, geradas por sua colisão com o erro.

Dessa forma, sob o ponto de vista da garantia da liberdade de expressão e manifestação de pensamento e do enriquecimento do debate democrático, é prudente afirmar que não há ilegalidade cometida pela autoridade pública eleita em divulgar em suas redes sociais privadas a sua opinião política e o desempenho de sua função pública, estando tal conduta em harmonia com os ditames legais.

LIBERDADE INDIVIDUAL E O DIREITO DE ACEITAR, BLOQUEAR OU EXCLUIR PERFIS DAS REDES SOCIAIS

O conceito de liberdade individual contempla a ideia de que o ser humano possui o poder de agir segunda sua própria determinação dentro de uma sociedade organizada (LOPES, 2008,

p. 761). Em uma sociedade livre, ninguém deve ser compelido a agir de forma contrária as suas convicções íntimas por imposição do grupo social (LOPES, 2008, p. 762).

Lopes (2008, p. 766) estabelece que “o desenvolvimento livre da individualidade de cada um deve ser afirmado, cultivado e incentivado, na medida que constitui um dos mais importantes elementos de bem-estar do ser humano”.

Os desejos, sentimentos e impulsos individuais de cada pessoa devem ser vistos como pontos positivos, eis que enriquecem a diversidade humana, além de contribuir para o aperfeiçoamento e desenvolvimento humano.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro estando fixada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), compondo a gama de princípios fundamentais que servem de base para a estrutura estatal nacional. Sendo assim, é correto declarar que o Estado brasileiro existe para atender os anseios e necessidades da pessoa humana, cuja atuação deve ser direcionada a garantia e fomento da dignidade individual e coletiva (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 263).

Assim, admite-se declarar que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a todos, incluindo o ente estatal, o compromisso de respeitar os direitos explícitos e implícitos de todo e qualquer indivíduo para atendimento de suas necessidades vitais, sejam elas materiais ou abstratas.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade individual está inserido implicitamente no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo visto como o direito assegurado a todos de desenvolverem a própria personalidade com suas peculiaridades, sem a interferência alheia, de acordo com as suas opções de vida (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 450).

Não é, por outro lado, à toa que, nas experiências constitucionais referidas, enfatiza-se o nexo entre o direito de liberdade pessoal e a proteção da personalidade, posto que o direito de personalidade, embora tenha por objeto a proteção contra intervenções na esfera pessoal, é também um direito de liberdade, no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 450)

Quando se fala em direito ao livre desenvolvimento e formação da personalidade nota-se que a palavra “livre” representa a ideia de liberdade, ou seja, todo ser humano dispõe da liberdade individual de regular a si mesmo, de efetuar suas próprias escolhas e opções que contribuirão para a formação de sua personalidade e que formarão o seu “eu” interior, tornando-o único na sociedade.

A liberdade individual atravessa o direito de autorregular-se, a garantia de reger e controlar os atos da própria vida, passando por questões de escolha sobre religião, identidade visual, profissão, gênero, opção sexual, crenças políticas e filosóficas até o direito de escolher com quem deseja relacionar-se, seja de maneira pessoal ou virtual.

A pessoa mais interessada no bem-estar individual é o próprio ser. Ainda que outros indivíduos, tenham ou não vínculo de parentesco, demonstrem preocupação genuína com a felicidade do outro baseado no afeto legítimo, esta aflição é pequena diante da inquietação sentida pelo próprio sujeito em relação a sua sensação de plenitude individual, uma vez que somente o ser sabe exatamente aquilo que sente, deseja e anseia para a sua vida (MILL, 2019, traduzido

por BOTTMANN, 2019, p. 117).

Diante da afirmação acima é cabível formular a seguinte pergunta: é possível impor limites a liberdade individual? Para responder esta questão, mostra-se oportuno citar Mill (2019, tradução de BOTTMANN, 2019, p. 116) que afirma: “quando qualquer parte da conduta de uma pessoa afeta prejudicialmente os interesses de outrem, a sociedade tem jurisdição sobre ela e abre-se o debate se a interferência será positiva ou não para o bem-estar geral”.

Em outras palavras, significa reconhecer que toda vez que uma conduta humana causar dano a outrem, será cabível a interferência estatal com possibilidade de aplicação dos meios punitivos, em razão da violação a interesse de terceiros. Aqui, o ditado popular de autor desconhecido que diz “a sua liberdade termina quando a do outro começa” faz bastante sentido e reflete didaticamente o que foi escrito linhas acima.

Além do mais, o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal do Brasil de 1988 fixa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, estabelecendo o princípio da legalidade como limitador da autonomia da vontade (BRASIL, 1988).

Em face do exposto mostra-se inegável que o indivíduo possui o direito de escolher com quem deseja relacionar-se em qualquer ambiente, incluindo o virtual. Sendo assim, mostra-se juridicamente plausível consentir o direito à liberdade de restringir o acesso de usuários malquistos de suas redes sociais, sem necessidade de justo motivo ou notificação prévia. Deve ser lembrado que a internet reconfigurou o conceito de espaço público e convivência social, porquanto as redes sociais refletem a nova configuração de grupo social.

É direito individual de cada um escolher os amigos e o círculo social que deseja manter contato, incluindo amigos e usuários em redes sociais. Assim, usando como cenário a temática exposta no Mandado de Segurança nº 37.897/DF, ainda que o detentor da rede social seja um parlamentar, se a sua conta é particular e não possui relação direta com órgãos oficiais ou outro canal de comunicação governamental, este trabalho defende a independência da autoridade pública em escolher quem será adicionado ou não em sua rede social, com possibilidade de excluir ou bloquear perfis de usuários que não compartilham suas opiniões nos mais variados assuntos, com base no pleno gozo da liberdade individual de reger os atos da própria vida.

Oportuno salientar que nos autos do Mandado de Segurança nº 37.897/DF, o impetrante pleiteou também “que as contas das redes sociais privadas do Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, sejam abertas a todos” (STF, MS 37897, 2021, p. 06). Tal pedido impacta diretamente com a liberdade que todos os usuários de redes sociais possuem de escolher qual configuração de privacidade irão reger suas contas digitais particulares, em colisão com o direito de liberdade individual, de reger e decidir de forma autônoma os atos de vida.

Sobre o tópico citado acima, o Ministro Relator Nunes Marques (STF, MS 37897, 2021, p. 06) assim decidiu:

Não é possível pedir a abertura das contas do Presidente do Senado Federal nas redes sociais, tornando-as públicas e sem restrições, em relação a outras pessoas que não o próprio impetrante, por estar pleiteando direito alheio em nome próprio, o que é inadmissível.

Isto posto, este trabalho defende a prevalência da autonomia do indivíduo, da preservação do direito de liberdade individual que cada um possui de decidir os atos que regem a própria

vida, desde que estes atos não causem prejuízos a terceiros.

MANDADO DE SEGURANÇA E OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA SEGURANÇA

O mandado de segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX do texto constitucional, que determina (BRASIL, 1988):

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

No plano infraconstitucional o tema é regido pela Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009. Conforme se depreende da leitura do texto constitucional, observa-se que a ação do mandado de segurança objetiva a proteção de um direito líquido e certo não amparado pelos demais remédios constitucionais.

Concernente ao âmbito de proteção, pode ser manejado para proteção de direitos individuais e coletivos (direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos), ameaçados ou infringidos por autoridade pública no exercício de suas funções estatais, desde que escorado em direito líquido e certo (SARLET; MARINONI. MITIDIERO, 2021, p. 924).

A expressão direito líquido e certo merece ser enfrentada, com o fito de melhor compreensão e evolução do raciocínio jurídico ora desenvolvido. Tal locução denota um conceito processual, haja vista que direito líquido e certo é aquele demonstrado mediante apresentação de prova documental pré-constituída, que não dependa de maior instrução probatória. Por esta razão, o mandado de segurança também é conhecido como “procedimento documental” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 928).

Convém ratificar que o impetrado é aquele que vai ocupar o pólo passivo da ação, sendo este a pessoa jurídica de direito público a qual pertence a autoridade coatora que praticou o ato destituído de legalidade, que resultou em violação ou ameaça de direito alheio.

No caso em tela, o impetrante Caio de Arruda Miranda impetrou Mandado de Segurança em face da União, contra ato do Presidente do Senado Federal, sob o argumento de que a autoridade indicada efetivou bloqueio de seu perfil das redes sociais de titularidade particular do referido ator estatal (STF, MS 37897, 2021, p. 01). Alegou ainda que a autoridade coatora tornou suas redes sociais privadas, ou seja, para que outro usuário tenha acesso ao conteúdo deverá preliminarmente enviar solicitação ao titular, o qual terá a opção de escolha de aceitar ou não o solicitante em sua rede social.

O impetrante alegou que a restrição de acesso imposta pela autoridade coatora implica em violação ao acesso à informação, ao direito de liberdade de expressão e ao livre exercício profissional, direitos assegurados no texto constitucional.

Deve ser lembrado que as restrições de acesso foram feitas pelo parlamentar em suas contas digitais particulares, as quais não possuem ligação com as redes sociais dos órgãos oficiais, que por natureza devem manter-se abertas e sem qualquer tipo de limitação de acesso.

Estas peculiaridades foram ventiladas acima com o intuito de analisar brevemente os requisitos previstos na legislação para utilização do mandado de segurança. Desde já, convém alertar o leitor que o Mandado de Segurança nº 37.897/DF possui diversas especificidades processuais que merecem atenção, porém não serão objeto de exame deste estudo a fim de não perder o foco da pesquisa.

Um dos requisitos para manuseio do mandado de segurança é a presença de ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade no exercício de suas funções. O conflito descrito no Mandado de Segurança nº 37.897/DF deixa clarividente que o Presidente do Senado Federal, ao efetuar a restrição de acesso contestada, não estava no exercício de sua função pública. Ousa-se dizer que ele agiu como mero usuário de rede social no ciberespaço, excluindo outro usuário e alterando as configurações de privacidade de suas contas, de modo que seu círculo de conexão ficasse reduzido a perfis de sua estima pessoal.

É bem verdade que a maioria das autoridades públicas deste país divulgam em suas redes sociais particulares os atos administrativos realizados no exercício de suas funções, como forma de informar ao eleitorado sobre suas ações. Tal conduta é repetida por inúmeros profissionais brasileiros, que usam as redes sociais como instrumento de captação de clientes e divulgação de seu trabalho, não havendo ilegalidade a ser reprimida.

Assim, o requisito de ilegalidade ou abuso de poder no exercício das funções não restou caracterizado, logo o manejo do mandado de segurança não se mostra cabível. Ressalta-se que, ao impetrante é reservado o direito de discutir tal celeuma junto ao Poder Judiciário, porém com ação judicial diversa do mandado de segurança, por motivo de ausência de requisito objetivo previsto no artigo 1º da Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

O entendimento exposto acima foi ventilado na decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Nunes Marques nos autos do Mandado de Segurança nº 37.897/DF que denegou a segurança pleiteada, afirmando ainda que “as alegações do impetrante e da autoridade coatora demandam produção de prova, incompatível na via estreita do mandado de segurança” (STF, MS 37897, 2021, p. 07).

Frisa-se que este trabalho afirma que os pressupostos específicos para utilização do mandado de segurança não estão presentes no caso concreto, o que não significa afirmar que o impetrante não tenha sofrido lesão jurídica apta a ser apreciada pelo Poder Judiciário mediante o manejo de outro instrumento processual. A hipótese de direito material não está em discussão.

Ante o exposto, resta confirmado que o uso do mandado de segurança no caso em tela mostrou-se inadequado, em razão da ausência dos requisitos legais exigidos para concessão da segurança pleiteada.

Convém informar que há outros mandados de segurança em trâmite no Supremo Tribunal Federal versando sobre a mesma temática, qual seja, alegação a violação a liberdade de expressão proveniente do bloqueio de usuários em redes sociais particulares pertencentes a parlamentares e chefes do Poder Executivo, fato que demonstra que a questão é bastante controversa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão deste trabalho é que a utilização do mandado de segurança na hipótese descrita no Mandado de Segurança nº 37.897/DF em trâmite no Supremo Tribunal Federal não atendeu aos requisitos específicos descritos no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.016/2009 que regulamenta o procedimento da referida ação constitucional, mostrando-se acertada a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Nunes Marques de denegação da segurança, eis que não havia que se falar em abuso de poder ou ilegalidade praticada por autoridade pública no exercício de suas funções governamentais.

Ademais, restou clarividente que o direito à liberdade de expressão e acesso à informação não foram violados no caso analisado, uma vez que o impetrante Caio de Arruda Miranda continuou tendo acesso a todos os atos administrativos praticados pelo Presidente do Senado Federal por meio dos sites e redes sociais oficiais, tendo estes caráter oficial e imparcial na disseminação das notícias e informações referentes a atuação dos órgãos governamentais que representam, incluindo seus agentes públicos. Deve ser lembrado que, até a conclusão deste artigo, não há notícias de restrição de acesso as contas digitais institucionais.

Além disso, considerando os aspectos extrínsecos e intrínsecos inseridos no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os indivíduos detêm liberdade individual e autonomia para regular os atos da própria vida, não só no campo material, como também no ciberespaço, ambiente que reflete de forma virtual a vida vivida pelo ser humano no mundo real, seja para mais ou para menos. Ainda que a vida virtual não seja cópia exata da vida real, não obstante os espaços virtuais frequentados pelo indivíduo são aqueles escolhidos de acordo com suas preferências e estilo, sendo aceitável que mantenha a liberdade de decidir com quem manterá convívio ou não, tal qual escolhe com quem vai manter amizade ou relação no mundo real.

Não é razoável reprimir o direito de escolher com quem mantém relação e com quem compartilha informações virtuais em redes sociais particulares pelo fato de o indivíduo ocupar ou não um cargo público. A liberdade individual do ser humano não pode sofrer limitação injustificável, baseado em um alargamento descabido do conceito de liberdade de expressão e acesso à informação, quando resta evidente que não houve cerceamento a estes dois direitos fundamentais.

Dado o exposto, este trabalho concorda com a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Nunes Marques nos autos do Mandado de Segurança nº 37.897/DF, posto que se mostrou em harmonia com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, devendo ser ratificado que há outros mandados de segurança contemplando a mesma temática em trâmite no Supremo Tribunal Federal, os quais podem apresentar decisão contrária a proferida no caso indicado, ilustrando que o tema é ensejador de controvérsias, cujo enfrentamento pelo Plenário da mais alta Corte do Brasil se faz necessária, a fim de pacificar o conflito social trazido a baila pela utilização intensa da internet e das redes sociais pela sociedade da hiperinformação.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. Nascidos em tempos líquidos. Trad. Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.016/2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.897/DF. Impetrante: Caio de Arruda Miranda. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Ministro Relator: Nunes Marques. Brasília, 07 mai. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6172065>. Acesso em: 12 mai. 2022.

CONTREIRAS, Patrícia. Deputadas parlamentares e redes sociais – o mito das redes como facilitadoras de proximidade entre os políticos e os cidadãos. Revista Media e Jornalismo, Lisboa, n. 21, p. 145-158, 2012.

LOPES, Nelzeli Moreira da Silva. A liberdade individual e suas limitações, à luz do pensamento de John Stuart Mill. Revista Eletrônica de Direito e Política, Itajaí, v. 3, n. 3, p. 759 – 770, 2008.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: LPM Pocket, 2019. 174 p.

MUSSIO, Rogéria Albertinase Pincelli. A geração Z e suas respostas comportamental e emotiva nas redes sociais virtuais. 2017. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Humano e Tecnologias. Universidade Estadual Paulista, Rio Claro - SP, 2017.

PAIVA, Cláudio Cardoso; SILVA, Irley David Fabrício da. Ciberativismo e democracia nas redes sociais. Um espaço de reivindicações e direitos. In: XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Mossoró, 2013. Anais do XV Congresso de Comunicação na Região Nordeste, Mossoró - RN, Intercom: jun./2013, p. 1-13.

REIS, Jordana Maria Mathias dos. Direito fundamental à memória e ao esquecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

As redes sociais como meio de comunicação oficial do governo e o conflito constitucional e democrático: o presidente da república brasileira e o bloqueio de jornalistas no twitter

The social networks as a government official media and the constitutional and democratic conflict: president of the Brazilian Republic and the blockade of journalists on Twitter.

Bruno Thiago Krieger

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), advogado, professor, endereço eletrônico: lattes: <http://lattes.cnpq.br/2610396298730350>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5590-6377>.

Anne Ferreira

Graduanda em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), endereço eletrônico: lattes: <http://lattes.cnpq.br/5024161325453089>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7281-0809>.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.9

RESUMO

Este estudo científico analisa se o Presidente da República Federativa do Brasil, enquanto chefe do Poder Executivo e do Estado, pode ou não bloquear internautas no Twitter, tendo em vista o recente caso de Jair Messias Bolsonaro, considerando certos aspectos e considerações para tanto, tais como o caráter pessoal ou profissional da conta, o cenário de importância midiática, as garantias fundamentais da privacidade, da informação, imprensa, opinião e liberdade, os princípios da administração pública, o conflito constitucional e democrático, a transparência, entre outros. A hipótese levantada foi de que uma vez caracterizado o interesse público pela comunicação oficial na conta do Presidente, não seria razoável e prudente o bloqueio. O objetivo, então, é verificar a confirmação desta hipótese por meio dos métodos de pesquisa bibliográfica, estudo de caso e documental. O resultado que se obteve foi, de fato, a confirmação da hipótese, posto que caracterizado o perfil profissional da rede social do Presidente da República assim como, em uma interpretação do que se entende por democracia e a partir da análise dos princípios constitucionais, levando em consideração o princípio da supremacia da Constituição e de sua unidade, não haveria como ter um posicionamento diferente com todas as contribuições científicas que já se obteve em Teoria do Estado e da Constituição, Ciência Política, Direito Constitucional e Filosofia do Direito.

Palavras-chave: constituição. democracia. redes sociais de comunicação. direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

This scientific study analyzes if the President of the Federative Republic of Brazil, as head of the Executive Power and the State, can or can't block Internet users on Twitter, in view of the recent case of Jair Messias Bolsonaro, considering certain aspects and considerations for that, such as the personal or professional character of the account, the scenario of the importance of the media, the fundamental guarantees of privacy, information, press, opinion and freedom, the principles of public administration, the constitutional and democratic conflict, transparency, among others. The hypothesis raised was that once the public interest for official communication in the President's account was characterized, the blockade wouldn't be reasonable and prudent. The objective, then, is to demonstrate the confirmation of this hypothesis through the methods of bibliographic research, case study and documentary. The result obtained was, in fact, the confirmation of the hypothesis, 'cause it characterized the professional profile of the President of the Republic's social network as well as, in an interpretation of what is meant by democracy and the Constitution, considering the principle of supremacy of the Constitution and its unity, there would be no way to have a different position with all the scientific contributions that have already been obtained in Theory of the State and the Constitution, Political Science, Constitutional Right and Philosophy of Right.

Keywords: constitution. democracy. social communication networks. fundamental rights and guarantees.

INTRODUÇÃO

Este estudo científico visa analisar se o governo brasileiro utiliza a rede social do *Twitter* como forma de comunicação oficial, através da conta do presidente da República Jair Messias Bolsonaro. Ainda, quais são as problemáticas por trás dessa utilização, quando envolve o bloqueio de certos internautas, em especial jornalistas, emergindo assim discussões em torno do princípio democrático da transparência, do direito à privacidade, informação e os princípios norteadores dos atos da administração pública (publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e legalidade), em uma interpretação conforme a Constituição.

Esta produção científica também menciona o caso análogo do exterior, bem como analisa os argumentos que foram fundamentos de petições perante os tribunais e pronunciamentos oficiais a fim de proporcionar uma perspectiva e um debate mais aprofundados a respeito do tema em pauta. Ademais, como a problemática é significativamente recente, pretende-se abordar o tema com base e enfoque na Teoria do Estado, na Ciência Política, na Teoria da Constituição e no Direito Constitucional, até porque, consoante Konrad Hesse (1991, p. 9), “Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas”.

Assim, no primeiro tópico deste artigo, abordar-se-á um breve conceito do que se entende por democracia, com um resgate histórico do constitucionalismo democrático, a construção do Estado Democrático de Direito, assim como demonstrar-se-á a necessidade de transparência como um dos pilares que sustentam tal regime político, entre outros caracteres fundamentais que servem de base para a sua manutenção, tais como as liberdades individuais, o direito de expressão, de opinião, de informação, de imprensa independente e etc. Neste contexto, também será debatido como esses pilares estão em desmoronamento hodiernamente, causando um enfraquecimento da democracia, inclusive em nível global, diante de atitudes elencadas por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), quando analisam a democracia estadunidense.

No segundo tópico, preocupar-se-á com a demonstração da centralidade e atenção que as mídias sociais obtiveram cada vez mais com o passar do tempo, em especial na formação da vontade e manifestação política, com enfoque na comunicação oficial. Neste mesmo momento, evidenciar-se-á a configuração do caráter pessoal ou profissional que a rede social do *Twitter* do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, contém com o intuito de verificar o cenário da problemática em questão e chegar-se a uma possível conclusão.

A hipótese que se tem é de que, uma vez configurado o interesse público pela comunicação oficial na conta do Presidente, não seria razoável e prudente o bloqueio. O objetivo, então, é verificar a confirmação desta hipótese por meio do método dedutivo (partindo-se de ideias gerais e premissas maiores a fim de abordar uma questão particularizada); e da técnica de pesquisa de documentação indireta de pesquisa bibliográfica (livros, artigos científicos e demais doutrinas); documental (legislação e decisões judiciais); e de estudo de casos (pelas notícias veiculadas por jornais online). A confirmação ou refutação da hipótese, portanto, será discutida no último capítulo e concluída ao final deste estudo científico.

A TRANSPARÊNCIA E A DEMOCRACIA

Preliminarmente, deve-se reconhecer que o debate em pauta envolve inúmeras questões não só jurídicas como das ciências políticas e sociais, uma vez que não há como desmembrar um assunto sem considerar todas as suas raízes, aspectos e ramificações. Desta forma, é prudente iniciar a discussão com certos delineamentos históricos e político-filosóficos, a fim de compreender o que esse processo de desconstrução das instituições democráticas pode provocar e como funciona.

Antes de dissertar a respeito das posturas dos agentes políticos que passaram a submeter o regime democrático ao seu desmoronamento, é oportuno citar os caracteres daquilo que se entende por democracia hodiernamente. Inicialmente, há que se destacar e concordar, segundo Norberto Bobbio (2017), que toda sociedade deve realizar decisões sobre as próprias relações para se proteger e sobreviver em relação aos seus integrantes, bem como a agentes externos.

Contudo, como se sabe, referidas decisões não são feitas por todos os membros que constituem o âmbito social, mas por certos indivíduos eleitos. Sendo assim, para que as deliberações desses indivíduos sejam consideradas coletivas, há a necessidade de se respeitar regras primárias ou fundamentais que determinam quem são as pessoas permitidas a decidir em prol de certo grupo social, assim como os procedimentos que devem ser observados por tais agentes selecionados (BOBBIO, 2017), o que caracterizaria, para o autor, uma definição mínima de democracia. Neste sentido, Norberto Bobbio (2017), defende que a Constituição não seria exatamente a regra do jogo, mas “regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”. (BOBBIO, 2017, p. 38, grifo apostro). Isto porque, entende-se que:

A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. (KELSEN, 2019, p. 35).

Ademais, outra característica democrática diz respeito à modalidade de decisão que deve respeitar os interesses da maioria (BOBBIO, 2017). Entretanto, como bem expõe Norberto Bobbio (2017), para que os integrantes da sociedade possam decidir livremente quais serão seus representantes a tomar as decisões coletivas posteriormente é necessário que sejam resguardados seus direitos de liberdade, opinião, expressão, reunião, associação, etc. - direitos que foram fundamento para a origem do Estado Liberal e do Estado de Direito (o qual exerce o poder, porém submetido aos limites constitucionais de inviolabilidade a certos direitos intocáveis, imutáveis e essenciais).

Aliás, há que se mencionar que, consoante Bobbio (2017), o Estado liberal, assim como o social, é pressuposto histórico e jurídico para a existência, surgimento e construção do Estado Democrático, uma vez que este herdou as características das anteriores gerações de direitos, dada sua relevância e influência para a sociedade. Por isso que o Estado Social e Democrático de Direito se preocupa com a justiça social, a democracia, a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos fundamentais, a garantia da liberdade e com que o próprio Estado se submeta às normas que cria ou reforma (RANIERI, N., 2019).

Aliás, é disto que se trata o Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau (2013, p. 27), quando o aponta como solução ao problema fundamental, o qual resumiu ao seguinte: “encon-

trar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, ao se unir a todos, somente obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”. Continuando o raciocínio, Rousseau pondera que apesar de jamais terem sido expressas formalmente as cláusulas do referido contrato, são as mesmas por todo lugar e, tacitamente, são admitidas e reconhecidas.

Nesta perspectiva, é oportuno mencionar também que, segundo Norberto Bobbio (2017), outro aspecto da democracia recai sobre a questão de que as então mencionadas decisões não tratam unicamente da união dos consensos, mas também dos dissensos. Isso significa que (BOBBIO, 2017) o mais importante em um regime democrático é que seja oportunizada a liberdade de discordar e poder influir no poder de decidir. Este é também o pensamento de Luigi Ferrajoli (2015, p. 43), qual o sintetizou da seguinte forma: “o que caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso do que o livre consenso”.

O mais importante em uma democracia é o consenso real, não imposto, não premiado ou apoiado, porém, para que seja garantida tal postura, deve-se certificar do contrário, pois apenas quando o dissenso for livre para ser manifestado, não sendo proibido ou punido, é que podemos considerar que existe um regime democrático. Neste sentido, merecem destaque as sábias palavras de Norberto Bobbio (2017), veja-se:

[...] para que exista um regime democrático não é necessário um consenso unânime, como pretendem que exista por amor ou pela força (mas um consenso obtido pela força pode ainda chamar-se consenso?) os regimes de democracia totalitária, [...] ao invés de deixarem aos que pensam diversamente o direito de oposição, querem reeducá-los para que se tornem súditos fiéis. **Para que exista democracia, basta um consenso da maioria. Mas exatamente o consenso da maioria implica que exista uma minoria dissente. Mas o que fazemos com os que dissentem, uma vez admitido que o consenso unânime é impossível e que onde se diz que existe é um consenso organizado, manipulado, manobrado e portanto fictício,** é o consenso de quem, para repetir o famoso mote de Rousseau, está obrigado a ser livre? **De resto, que valor tem o consenso onde o dissenso é proibido?, onde não existe opção entre consenso e dissenso, onde o consenso é obrigatório e até mesmo premiado, e onde o dissenso não apenas é proibido mas também punido?; é ainda consenso ou é pura e simples aceitação passiva do comando do mais forte?; se o consenso não é livre que diferença existe entre o consenso e a obediência ao superior tal qual prescrita por todos os ordenamentos hierárquicos?** Mas então, se não podemos aceitar o consenso unânime como uma forma mais perfeita de consenso e, portanto, devemos reconhecer que num sistema fundado sobre o consenso é impossível não existir também o dissenso, o que fazemos [...] com os que dissentem? Devemos eliminá-los ou os deixamos sobreviver? E se os deixamos sobreviver, os aprisionamos ou os deixamos circular, os amordaçamos ou os deixamos falar, os expulsamos como réprobos ou os mantemos entre nós como livres cidadãos? **É inútil esconder que a prova de fogo de um regime democrático está no tipo de resposta que consegue dar a estas perguntas. Com isto não quero dizer que a democracia seja um sistema baseado no dissenso e não no consenso. Quero dizer que, num regime que se apoia no consenso não imposto de cima para baixo, alguma forma de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrático. Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que democracia significa consenso real e não fictício, a única possibilidade que temos de nos certificar de que o consenso é real é nos certificando do contrário.”** (BOBBIO, 2017, pp. 101-103, destacou-se)

Sendo assim, com uma breve noção acerca do que se entende por democracia, deve-se destacar outro aspecto importante sobre esse regime, um elemento caracterizador que se trata da transparência dos agentes políticos para com a população. Isto porque, em uma democracia, o consenso dos cidadãos deve fazer parte das decisões, uma vez que não participam na política

do país apenas nas eleições, sua atuação deve continuar para além do período eleitoral, legitimando-se assim o poder concedido aos candidatos eleitos.

Contudo, é importante salientar que, para isso acontecer, para que os cidadãos possam participar das razões de decidir do governo, é imprescindível que este seja totalmente transparente em todos os seus movimentos, em relação aos seus agentes, plano de governo, modo de pensar e se posicionar etc. Por isso, fica evidente que a transparência é um elemento essencial e caracterizador do regime democrático, uma vez que valida o poder emprestado aos governantes eleitos por uma maioria consensual, a fim de que tomem decisões em prol do interesse do coletivo.

Neste contexto, há que se salientar o respeito às normas do jogo, por esse motivo, Norberto Bobbio (2017, p. 106, grifo apostro) destaca que: “[...] a luta política é conduzida segundo certas regras e o respeito a estas constitui o **fundamento da legitimidade [...] de todo sistema**”. Isto se justifica na base e fundamento de nosso ordenamento jurídico e forma de Estado, que podem ser rompidos caso os agentes políticos não observem certos posicionamentos próprios para manutenção do regime político, o que será objeto de debate posteriormente.

Outrossim, há que se ressaltar que, conforme Roberto A. Dahl (2016), entende-se que existem certos critérios para que um processo seja considerado democrático, entre eles, para a presente discussão merecem destaque: (1) a participação efetiva, (2) a igualdade de voto e (3) o entendimento esclarecido. O primeiro critério esclarece que: “antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política” (DAHL, 2016, p. 49).

O segundo defende que quando do momento da tomada de decisão política, os integrantes devem ter chances iguais e efetivas de votos, e estes devem ser contados com o mesmo valor para todos, sem distinção. Por fim, o último critério destacado argumenta que “dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências” (DAHL, 2016, p. 49).

Ademais, Roberto A. Dahl (2016) também reforça a necessidade de transparência e abrangência para um governo democrático, uma vez que: “a operação do governo deve ser suficientemente aberta para a visão do público e simples o bastante em sua essência para que os cidadãos entendam prontamente o que ele faz e como está agindo” pelo simples fato de que “se eles não entenderem seu governo, não poderão atribuir responsabilidades a seus líderes, especialmente nas eleições”. (DAHL, 2016, p. 143)

Por esse motivo, entende-se também que, consoante Roberto A. Dahl (2016), uma democracia exige (1) funcionários eleitos (assim é possível assegurar o controle das decisões do governo pelos seus cidadãos); (2) eleições livres, justas e frequentes (a fim de assegurar que o poder esteja ainda com o povo); (3) liberdade de expressão (sem repressões às críticas destinadas aos funcionários eleitos, ao regime, à ordem socioeconômica ou às ideologias); (4) fontes de informação diversificadas e independentes (com o intuito da busca da informação cada vez mais minuciosa e verdadeira, seja de jornais, revistas, outros cidadãos, livros, etc.); (5) uma cidadania inclusiva, isto é, sem serem negados direitos necessários à manutenção das instituições políticas listadas acima para resguardar o funcionamento das instituições jurídicas e democráticas.

Dado todo o exposto, apesar da abrangência do tema, acredita-se que restou delineado um breve conceito sobre o regime político tão complexo da democracia, em que o princípio democrático pressupõe a existência de transparência nos atos públicos, bem como, salvaguardar a liberdade de dissenso, ou seja, a possibilidade de discordar, sendo, entre os elementos vistos, os que despontam com maior destaque para esta pesquisa.

A seguir, pretende-se debater se os fundamentos que compõem o Estado brasileiro estão em desmoronamento ou não por novos meios (mídias sociais), seja em relação à Carta Política, norma fundamental e preliminar que determina o desenrolar do jogo, ou ao regime político da democracia, que garante e disciplina as liberdades individuais, a segurança, a justiça social e pretende um governo de si para si.

A CENTRALIDADE DAS MÍDIAS SOCIAIS NA FORMAÇÃO DA VONTADE POLÍTICA E DA COMUNICAÇÃO “OFICIAL”

Inicialmente, antes de problematizar certas questões, é imprescindível caracterizar e contextualizar como se deu o enfoque às mídias sociais como uma forma de viabilizar a comunicação oficial do governo brasileiro. Neste sentido, é oportuno destacar que tal foco já surgiu no segundo mandato do governo de Luis Inácio Lula da Silva (2003 - 2010) com a criação do canal “Planalto” no Youtube em 20/02/2009, em que se pode observar inúmeros outros vídeos com pronunciamentos do antigo Presidente da República Federativa do Brasil e demais membros de sua gestão.

Vale constar que o canal mencionado continuou a ser utilizado depois por Dilma Vana Rousseff (2011 - 2016) em seus dois mandatos, bem como por Michel Miguel Elias Temer Lulia (2016 - 2017), seu vice, quando este assumiu a gestão em seu lugar. Posteriormente, após as eleições presidenciais diretas em outubro de 2018, o atual presidente Jair Messias Bolsonaro também se aproveitou da mesma plataforma e, inclusive, passou a se utilizar da rede social do Twitter e do Facebook para comunicar quem seriam seus ministros e demais notícias, decisões, razões de decidir referentes ao seu governo.

Há que se ressaltar que até mesmo antes, durante o período eleitoral, as mídias sociais já estavam significativamente presentes para a realização da campanha dos candidatos. Isto porque, com os arts. 57-A, 57-B e 57-C da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009 ficou devidamente permitida e regulamentada a propaganda eleitoral na internet, posto que se estabeleceu regras de procedimentos nos diversos sítios da internet, aplicando-se multa para o caso de descumprimento, tudo a fim de que houvesse certo controle pela Justiça Eleitoral. Veja-se:

Art. 4º A Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“[...] Art. 57-A. É permitida a propaganda eleitoral na internet, nos termos desta Lei, após o dia 5 de julho do ano da eleição.

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Art. 57-C. Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga.

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios:

I - de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos;

II - oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) [...]”. (BRASIL, 2009, destacou-se)

Contudo, enquanto tais regularizações aconteciam, já havia significativa utilização das redes sociais para interação popular, o que ocasionava em certos problemas jurídicos pelo uso inadequado dessas ferramentas. Neste sentido, busca-se interagir fato, valor e norma dialeticamente, consoante Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale (2000, p. 28), “segundo a qual em todo fato jurídico se verifica uma integração de elementos sociais em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência” - isto é, busca-se um diálogo (como se entendia pela acepção da Grécia antiga), um modo de pensar as contradições da realidade, uma forma de compreendê-la como essencialmente contraditória e em permanente transformação (KONDER, Leandro, 2005).

Entretanto, dentre todas as contradições possíveis existentes, este artigo científico se propõe a analisar apenas um desses casos em específico, que poderia ser resumido na seguinte problemática, qual seja: o Presidente da República pode ou não bloquear usuários nas suas redes sociais?

Para que ocorra referida análise, é prudente, porém, destacar quando e como surgiu essa problemática no Brasil. Segundo o Jornal Nexo¹, antes de assumir o governo do país, em 22/12/2018, Jair Messias Bolsonaro alterou as configurações de sua conta no *Twitter* com o intuito de obstar a visualização de seu perfil de cerca de oito jornalistas da empresa de comunicação *The Intercept Brasil*, isto é, bloqueou tais internautas para que não tivessem mais acesso ao conteúdo de suas publicações, os “tweets”, assim como evitou que esses usuários interajam com sua conta pelas mensagens.

Em outra oportunidade, Jair Bolsonaro também bloqueou o jornalista William De Lucca Martinez durante uma discussão a respeito da crise de queimadas na Amazônia, o que ocasionou na impetração do mandado de segurança de nº 36.666 no Supremo Tribunal Federal (STF)²,

¹ Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/27/Bolsonaro-pode-bloquear-jornalistas-no-Twitter>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

² Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5766575>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

com o objetivo de determinar que o Presidente da República efetue o desbloqueio do impetrante na rede social do Twitter. Segundo o jornalista impetrante, este afirmou que não faltou com o devido respeito para com a autoridade coatora em nenhum momento.

Em 25/08/2019, Bolsonaro também bloqueou no Twitter a deputada federal Natália Bastos Bonavides (PT-RN), em razão de interação virtual com embates de posições políticas - o que ensejou a impetração de outro mandado de segurança sob o nº 36.648, com o mesmo intuito, perante o STF³. Inicialmente, a impetrante Natália asseverou que “a conta do Sr. Presidente da República é administrada por órgão do Executivo, qual seja, a Secretaria Especial de Comunicação, titularizada pelo Sr. Fábio Wajngarten, também impetrado, e utilizada para a publicação de ações de natureza institucional”⁴ - outra razão pela qual descaracterizou a conta pessoal do então presidente para uma conta profissional.

O posicionamento do Procurador-Geral da República nos dois mandados de segurança mencionados foi em defesa do caráter pessoal da conta do Sr. Presidente da República, com base na garantia fundamental da privacidade. Entretanto, tal postura não merece prosperar, dado que, como se verá adiante, o princípio democrático da transparência e outras garantias constitucionalmente previstas ganham mais força na interpretação da Constituição em sua unidade. Além disso, não se pode esquecer também que o cargo de Procurador é nomeado pelo Presidente, conforme art. 84, inc. XIV da CF/88 (BRASIL, 1988).

Apesar de que a atitude do bloqueio seja considerada válida, comum e coerente nas demais redes sociais, quando alguém se sente desconfortável com certas comunicações indesejadas, agressivas, ameaçadoras e etc., o fato de ser uma autoridade da administração pública - a qual é norteadada pelos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência previstos no caput do art. 37 da CF/88 (BRASIL, 1988) - gerou uma expressiva discussão sobre o assunto, que engloba não somente o âmbito jurídico, como político, filosófico e sociológico.

Ademais, as polêmicas também surgiram com base nos conflitos das perspectivas constitucionais atinentes à liberdade de expressão, ao direito à informação, ao princípio democrático, que pressupõe transparência por parte dos governos, em contrapartida com as garantias fundamentais referentes ao direito à intimidade, privacidade, honra e imagem, que constam, respectivamente no art. 5º, inc. IV, IX, XIV e X da Constituição Federal de 88 (BRASIL, 1988).

Contudo, como se sabe, o texto constitucional deve ser interpretado como uma unidade para que seja coerente e não contraditório entre si, em conformidade com o princípio da unidade da Constituição. Assim, evita-se conflitos e antinomias, dado que as normas constitucionais possuem o mesmo valor e hierarquia. Neste sentido, frisam-se as palavras de José Afonso da Silva:

[...] as constituições contemporâneas apresentam-se recheadas de normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidades as mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade estatal. (SILVA, José Afonso da., 2014, p. 46, destacou-se).

Considerando mencionadas premissas, existe uma leitura que possa atender a essa visão, que será abordada mais especificamente adiante. No momento, é importante salientar como a mídia social do twitter de Bolsonaro se apresentou durante e após a campanha, a fim de caracterizar se sua conta foi e é pessoal ou profissional, assim conseguir-se-ia elucidar o cenário

³ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759564>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁴ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759564>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

objeto da análise em pauta e esclarecer alguns pontos cruciais para resolver, no caso concreto, o conflito de garantias fundamentais e o princípio democrático da transparência, apontando qual interpretação seria a mais adequada.

Consoante o jornal Nexo, Bolsonaro adotou o Twitter e o Facebook como os principais meios para se relacionar com a população brasileira durante o período eleitoral, assim como depois de eleito. É relevante destacar, pelas próprias palavras do atual Presidente da República em uma de suas redes sociais, que este atribuía acentuado valor às suas contas, meio pelo qual assumiu a responsabilidade de comunicar os ministros a quem indicaria aos ministérios, assim como frisou que “qualquer informação além [desse canal e dessa conta] é mera especulação maldosa e sem credibilidade”⁵ - ou seja, ficou evidente que desde o início o chefe de Estado já delimitou que utilizaria esses meios como uma forma de comunicação oficial, deslegitimando qualquer outro meio.

Dessarte, tornou-se inevitável que repórteres conferissem as mídias sociais dos representantes eleitos, dado que a era “Fake News” estava em alta. Aliás, descredibilizar a imprensa foi uma das características elencadas por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) que fazem com que o regime democrático se desmorone, além de profanar mentiras e plantar uma desconfiança nos eleitores em relação ao processo eleitoral - o que foi caracterizado não somente no governo Bolsonaro, como também no caso análogo dos Estados Unidos, em relação ao então presidente Donald Trump.

Sendo assim, neste sentido, deve-se destacar a importância que as mídias possuem em uma democracia, em que se deve reger pela liberdade de pensamento, de imprensa, de opinião etc. Neste contexto, frisam-se as seguintes palavras: “Uma imprensa independente é um bastião das instituições democráticas; nenhuma democracia pode viver sem ela.” (LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D., 2018, p. 189).

Portanto, como destacado no tópico anterior, a transparência e abrangência são fundamentais para o exercício da democracia e da participação política (DAHL, 2016), até mesmo porque não pode o governante governar como entender, este deve respeitar o texto constitucional e os princípios democráticos, posto que tal regime político deve respeitar uma identidade entre governante e governado (KELSEN, 2019), além de dever respeitar o pacto social existente e o compromisso que o “soberano” e o povo têm entre si (ROUSSEAU, 2013).

O CONFLITO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

Como Lei Máxima do país, toda interpretação deve ser conforme a Constituição, diante do princípio da sua supremacia e, também, do princípio de sua unidade (SILVA, José Afonso da., 2014). Neste sentido destaca-se:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem o governo dos Estados, nem o dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da

⁵ Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/27/Bolsonaro-pode-bloquear-jornalistas-no-Twitter>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

Para tanto, deve-se evidenciar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu art. 5º, inc. X e XIV, respectivamente, a inviolabilidade da intimidade e privacidade, bem como o direito de todos de acesso à informação, preservado o sigilo da fonte quando imprescindível ao exercício da atividade profissional.

Neste sentido, é oportuno mencionar que, apesar de constar no caput do art. 5º da referida Carta Magna brasileira de que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, para que a própria Constituição seja interpretada como uma unidade, não se pode esquecer do princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública, disposto no caput do art. 37 da CF/88.

Assim, como presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, enquanto se utiliza de suas redes sociais como meio de comunicação oficial no exercício de seu governo, precisa ter responsabilidade com o que e para quem noticia, posto que restou caracterizado no tópico anterior o caráter profissional de sua conta. Ademais, é importante frisar que a Constituição Federal não pode ser aplicada e interpretada de forma desconexa e segmentada, o texto constitucional deve ser lido de forma harmônica para que faça sentido à sociedade e aos seus intérpretes e em consonância ao princípio da unidade da Constituição. Além do mais, é preciso dizer que a interpretação jurídica da constituição deve ser feita a partir de uma análise de textos e contextos, conforme ensina Milena Petters Melo (2013, p. 82).

Desta forma, quando há um conflito entre certos dispositivos, deve-se considerar a eficácia desses ao caso concreto, a fim de se obter uma coerência na funcionalidade dessas normas, com a realidade vivenciada. A problemática, portanto, é significativamente complexa e demanda ainda mais discussões doutrinárias dado seu recente surgimento. Contudo, é evidente o conflito que há, com base em doutrinas já existentes é possível traçar uma perspectiva jurídica a respeito de tal problema.

Uma possível tese sobre o caso em tela é de que, a partir do momento em que o Presidente da República se utiliza de suas redes sociais como ferramenta de trabalho e noticia em primeira mão assuntos governamentais, bem como suas decisões políticas acerca de sua gestão, acredita-se que seja razoável possibilitar o acesso a todos os internautas, desta forma, sendo incabível o bloqueio de usuários. Isto porque, o direito de acesso à informação e a obrigação de publicidade dos atos da administração pública direta e indireta, ambos constitucionalmente assegurados, restariam infringidos se houvesse uma postura contrária por parte da figura pública.

Entretanto, há outro ponto de vista, qual seja: caso o Poder Executivo viabilize ao mesmo tempo por outros meios oficiais as mesmas ideias advindas por seus representantes, verifica-se que não há uma restrição ao direito de acesso à informação e ao princípio da publicidade da administração pública, uma vez que resguardados aos cidadãos brasileiros o acesso ao modo de pensar e agir governamental.

Todavia, entende-se que esse último posicionamento não merece vigorar, dado que os bloqueios realizados pelo então presidente da República dirigiram-se a jornalistas, cuja função é explanar e disponibilizar a informação a todos os brasileiros, inclusive a grande maioria desprovida da rede social do Twitter, ou até mesmo de internet. Ademais, vale destacar que um dos aspectos que muitos brasileiros levam em conta para eleger certos candidatos, além do plano

de governo e da ideologia do partido ao qual o candidato é filiado, é o perfil, a personalidade do referido candidato.

É prudente destacar que a referida rede social deixou de ser pessoal, como analisado no item 2 deste artigo, tendo em vista que o seu usuário, Jair Messias Bolsonaro, passou a utilizá-la como uma ferramenta pública, isto é, como uma forma de explicitar suas ideias e pensamentos enquanto figura pública voltados à sua administração. Além disso, é oportuno mensurar que a partir do momento em que se exerce uma função pública, cuja postura é milimetricamente analisada pelo povo, ainda mais quando se trata de um cargo elegível, nada mais justo que proporcionar uma transparência popular a respeito de toda a conjuntura governamental hodierna.

Em relação a vinculação do poder público aos direitos fundamentais, há que se destacar as sábias palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015), veja-se:

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, §1º, da CF decorre, num sentido negativo, que **os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos**, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, **os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais**. (SARLET, 2015, p. 384, grifo apostro).

Portanto, deve-se lembrar que a administração pública direta e indireta não possui a autonomia e o livre arbítrio para se apoderar do rol de garantias fundamentais constitucionalmente constituídos e realizar qualquer coisa que entender. Deve-se, em contrapartida, certificar que tudo o possível foi feito a fim de proporcionar a eficácia desses direitos aos seus respectivos titulares.

Neste mesmo sentido, o autor Sarlet (2015) continua e abrange em sua doutrina a perspectiva de vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais no intuito de evitar que tais órgãos administrativos fujam à esfera privada e resgatem as garantias fundamentais previstas na Constituição para defesa de sua atuação. Para tanto, Sarlet explicitou que:

O que importa é a constatação de que **os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público**, no sentido de um guardião e gestor da coletividade. (SARLET, 2015, p. 387, destacou-se).

Assim, não se pode esquecer também que na questão do caso em análise há a incidência do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, uma vez que o Presidente da República deixou de utilizar sua rede social apenas para questões pessoais, conforme já discutido e mencionado neste artigo, ganhando aspectos e características públicas quando usado para noticiar decisões oficiais.

Ademais, como destacado no primeiro tópico deste artigo, é imprescindível que em uma democracia haja a transparência e abrangência, consoante doutrina de Roberto A. Dahl (2016), dado que, se a democracia é o governo do povo sobre o povo (KELSEN, 2019), cujo intuito é se governar (apesar de conferidas certas responsabilidades a funcionários eleitos para fins de organização desse poder), existe a necessidade de que o grupo seletivo a tomar decisões em prol do coletivo (BOBBIO, 2017) seja transparente em relação às suas razões de decidir, suas posturas, pensamentos, planos de governo etc.; até porque se não for, o poder pode ser retomado por quem realmente o detém.

Esta postura extremamente relevante deve ser resguardada sob pena de ruína da Cons-

tituição e do regime democrático, posto que, como se observou no primeiro tópico deste artigo, as características fundamentais da constituição do Estado Democrático de Direito podem entrar em colapso. Outrossim, já até se verifica que as democracias hodiernas estão no início de sua decadência em razão de determinados fatores que verificaram Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018).

Como destacado no segundo tópico, a mentira, a trapaça, o ataque à mídia e aos oponentes, a descredibilização da imprensa e do processo eleitoral, o desrespeito às normas de civilidade política e exclusão de repórteres a certos eventos são alguns dos elementos que desconstroem a democracia aos poucos sem que a população perceba de pronto (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Ademais, outros aspectos de como as democracias morrem são elencados pelos autores como três estratégias, entre elas: (1) capturar os árbitros; (2) tirar da partida importantes jogadores do time adversário; (3) reescrever as regras para inverter a situação do jogo contra os oponentes (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Consoante Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), uma imprensa independente é um pilar essencial para a manutenção de um regime democrático, até porque outros fatores também estão em jogo neste contexto, tais como a liberdade de expressão, opinião, de imprensa, liberdades individuais e demais direitos que são constituintes do Estado Liberal, assim como do Estado Democrático de Direito, que herdou tais características provenientes de estudo e história do constitucionalismo democrático.

Sendo assim, conforme se percebe, a violação expressa de normas constitucionais, do princípio democrático da transparência, além da inobservância de elementos essenciais do Estado Democrático de Direito colocam em xeque não somente as instituições democráticas como todas as liberdades garantidas e conquistadas na Lei Maior deste país, um verdadeiro retrocesso à corrente de estudo histórico do constitucionalismo e à ordem democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, com as pesquisas realizadas até então verifica-se que o tema é de significativa abrangência e profundidade, o que levaria ainda mais debates acerca desta problemática tão complexa. Contudo, uma consideração que se pode fazer a partir deste trabalho é de que a hipótese que se tinha anteriormente foi confirmada, isto é, o bloqueio de internautas no Twitter pelo Presidente da República Federativa do Brasil não é razoável, posto que ficou evidentemente configurado o interesse público nas publicações de Bolsonaro que passaram a caracterizar uma forma de comunicação oficial.

Dentre as diversas razões elencadas e discutidas acima, é importante mencionar que o bloqueio de usuários - em especial jornalistas, que veiculam a informação, o que seria ainda mais antidemocrático - na referida rede social atenta não somente contra as garantias constitucionais como contra o regime político democrático, o Estado Social e Democrático de Direito e o constitucionalismo histórico construído até então, tendo em vista o desrespeito aos seus elementos caracterizadores de liberdade, opinião, imprensa, informação, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Segundo Luis Felipe Miguel (2014, p. 137), em uma visão mais ampliada acerca da re-

apresentação política, verifica-se que existe um enfoque aos meios de comunicação de massa, os quais são utilizados como “intermediários cruciais do debate público e da produção da agenda política”. Nesta linha de raciocínio, o autor continua e converge com o que menciona Roberto A. Dahl (2016) sobre transparência e abrangência:

De fato, a mídia de massa modifica em profundidade nossa experiência no mundo, tornando-nos participantes de uma ‘realidade ampliada’, incorporando um fluxo permanente de vivências vicárias e conectando nossas circunstâncias locais a processos de abrangência muito mais ampla. (MIGUEL, Luis Felipe, 2014, p. 137)

Não se pode ignorar que existe um lado positivo das redes sociais que consistem na representação de uma nova ferramenta ao processo de participação político-social, com uma redefinição do que se entende pela vida em comum (BITTAR; ALMEIDA, 2019). O processo democrático se traduz em diversas maneiras, e não se pode abandonar os métodos antigos de produção política, porém devemos compartilhar desses novos espaços que caracterizam o novo modelo democrático do século XXI do qual o Brasil é um de seus protagonistas (BITTAR; ALMEIDA, 2019).

Contudo, não se pode esquecer os riscos que esses novos meios trouxeram consigo, conforme ponderam Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2019, p. 843), os quais são “[...] dados pelos extremos políticos, pela fragilidade dos processos massivos de opinião pública, pela disseminação de fake news e os riscos daí derivados, em face do que os(as) cidadã(o)s da era digital devem se acautelar”. São considerados riscos uma vez que podem acabar com o regime político democrático, dado que influenciam negativa e diretamente na formação da opinião política, na liberdade de expressão, imprensa, ocasionando em uma crise generalizada que não se confia em mais nada, posto que tudo foi descredibilizado, já que foi plantada tal dúvida (LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D., 2018).

Assim, para o exercício da “cidadania virtual” por meio de uma “democracia virtual”, conceitos debatidos na obra de Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2019), é imprescindível que o Direito regule tais relações, proporcionando uma resposta eficaz da justiça quando houver alguma lesão ou ameaça a direito, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim, o uso egocêntrico da rede deve ceder mais espaço para um novo uso com sentido coletivo e político (BITTAR; ALMEIDA, 2019), ante o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a ordem democrática vigente como regime político, a transparência e abrangência como pilar democrático (DAHL, 2016), o respeito ao pacto social pelos seus membros (ROUSSEAU, 2013), bem como à Constituição, uma vez que sua essência se caracteriza pela “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (LASSALLE, p. 17), contudo, não considerada apenas como um pedaço de papel, mas sim que possui pressupostos realizáveis que em um conflito permitem assegurar sua força normativa (HESSE, 1991).

Isto significa dizer que a vigência da Constituição também faz parte de sua essência, uma vez que tal lei fundamental pretende ser concretizada na prática, em uma relação dialética (KONDER, 2005) entre Ser e Dever Ser (HESSE, 1991). Nesses tempos difíceis em que a democracia está sendo testada, cujos elementos depreciadores já foram elencados acima (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), é que se verifica também essa força normativa da Constituição se esta conseguir resguardar a vida do Estado “contra as desmedidas investidas do arbítrio” (HESSE,

1991, p. 25). Sendo assim, faz-se mister a defesa da ordem jurídico-democrática, do Estado Democrático de Direito, das prerrogativas constitucionais e do constitucionalismo em casos como este para a não realização do bloqueio de jornalistas pelo presidente da República, ou qualquer outro agente público, que utilize suas redes sociais para divulgação de informações de caráter público e oficial.

Para finalizar, é relevante mencionar que, consoante entende Enio Waldir da Silva (2017), a discussão a respeito do direito à comunicação na sociedade da informação em que nos encontramos é ainda um significativo desafio, dado que os integrantes deste contexto social ainda consideram tais questões como meramente técnicas e não como político-estratégicas. Assim, quando se pensa na comunicação enquanto um direito humano, é, preliminarmente, imaginar que todos tenham alcance a essas ferramentas, dado que o atraso da universalização no Brasil aponta diretamente ao pensamento de abolir as distâncias existentes entre os excluídos e incluídos (SILVA, 2017), garantindo a eficácia do princípio democrático e tudo o que foi construído científica, histórica e juridicamente até então.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A propaganda eleitoral na Internet. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3472>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. Curso de Filosofia do Direito. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2017. 304 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Brasília: DOU, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BRASIL. Canal Planalto. Youtube, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/PalaciodoPlanalto/videos>>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 09 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.666/DF – Distrito Federal. Impetrante: William De Lucca Martinez. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5766575>>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.648/DF – Distrito Federal. Impetrante: Natalia Bastos Bonavides. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759564>>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- COSTA ALMEIDA, André Augusto Lins da. A Internet e o Direito, Revista Consulex, Ano II, nº. 24,

Dez/1998, pp. 52-53.

DAHL, Roberto A. Sobre a Democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. 230 p.

FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. A Democracia. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. 392 p.

KONDER, Leandro. O que é Dialética? 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005. 87 p.

CHARLEAUX, João Paulo. Bolsonaro pode bloquear jornalistas no Twitter? Nexo Jornal, 28 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/27/Bolsonaro-pode-bloquear-jornalistas-no-Twitter>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 270 p.

LUNA FILHO, Eury Pereira. Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1773>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. Revista NEJ – Eletrônica, v. 18 – nº 1, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4485/2478>. Acesso em 21 de set. de 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e Representação: Territórios em Disputa. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2014. 331 p.

RANIERI, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2.ed. Barueri [SP]: Manole, 2019. 448 p.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 415 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 512 p.

SILVA, Enio Waldir da. Sociologia Jurídica. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2017. 312 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 934 p.

10

Assédio moral verticalizado descendente no ambiente de teletrabalho: os impactos da pandemia de Coronavírus no agravamento desta prática

Descending vertical moral harassment in the telework environment: the impacts of the corona virus pandemic on the aggravation of this practice

Silas Ferreira Cruz

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.10

RESUMO

O presente estudo expõe o cenário de assédio moral praticado pelos empregadores contra os teletrabalhadores agravado pela pandemia de Covid-19. O objetivo deste trabalho é, a partir da definição dos tipos de assédio moral com foco na espécie mais comum (assédio moral vertical descendente), demonstrar a intensificação desta prática, especificamente, em tempos pandêmicos, bem como apresentar os novos fatores e mudanças motivadas pelo período de exceção que contribuíram para esse quadro e as diversas consequências negativas de ordem física, psíquica e relacional que podem surgir no contexto descrito. Utilizou-se como método a revisão de literatura, ora aparecendo como revisão empírica, fazendo uso de pesquisas que demonstraram o avanço do problema em questão, ora aparecendo como revisão teórica, por meio de autores importantes que estudaram e discutiram o assunto. A partir dessa abordagem, verificou-se que o tema carece de mais atenção por parte do poder público mediante implementação de leis mais específicas e eficientes, como também deve-se buscar meios de incentivar a iniciativa privada a cuidar melhor, em todos os sentidos, do seu teletrabalhador, a fim de que não resulte em uma crise de saúde pública. Nesse sentido, é mister trazer luz à temática com o intuito de transformar essa cultura de assédio em um ambiente laboral saudável para todos os atores envolvidos, principalmente para quem trabalha ou passou a trabalhar remotamente pós crise sanitária.

Palavras-chave: teletrabalho. assédio moral. pandemia. empregado.

ABSTRACT

This study exposes the scenario of moral harassment practiced by employers against teleworkers aggravated by the Covid-19 pandemic. The objective of this work is, from the definition of the types of moral harassment with focus on the most common species (descending vertical moral harassment), to demonstrate the intensification of this practice, specifically, in pandemic times, as well as to present the new factors and changes motivated by the period of exception that contributed to this picture and the various negative consequences of physical, psychological and relational order that may arise in the context described. The literature review was used as a method, sometimes appearing as an empirical review, making use of research that has demonstrated the advance of the problem in question, sometimes appearing as a theoretical review, by means of important authors who have studied and discussed the subject. From this approach, it was found that the theme needs more attention from the government by implementing more specific and efficient laws, as well as through the search for ways to encourage private enterprise to take better care, in all senses, of their teleworkers, so that it does not result in a public health crisis. In this sense, it is necessary to bring light to the theme in order to transform this culture of harassment into a healthy working environment for all actors involved, especially for those who work or started working remotely after the health crisis.

Keywords: telework. moral harassment. pandemic. employee.

INTRODUÇÃO

Com o avanço das tecnologias da informação ao longo do século XX invadindo o século atual, novas formas de trabalho foram surgindo, dentre elas o trabalho remoto, ou seja, o homem não mais precisava estar na empresa, in loco, para executar um determinado serviço. Para que essa complexa mudança se tornasse viável, foi necessário o desenvolvimento de várias ferramentas que serviram de suporte para os empregadores e empregados, como é o caso da internet de banda larga, dos softwares de interação entre pessoas - seja por troca de mensagens escritas, faladas ou por chamadas de vídeo, facilitando e barateando demais a comunicação entre indivíduos de cidades, estados e até de países diferentes - e dos softwares corporativos que podem ser acessados de qualquer parte do planeta, mitigando praticamente toda perda de produtividade causada pela ausência do trabalhador na sede da empresa, sem contar na economia de custos que os empreendedores tiveram ao retirar o funcionário do estabelecimento físico. Porém, apesar de todas essas vantagens, houve um fator mundial que acelerou essa transposição em massa para o regime de teletrabalho: A PANDEMIA. Com o fechamento das cidades no mundo todo por conta da disseminação do coronavírus (lockdown), a iniciativa privada, para minimizar os prejuízos, teve que às pressas migrar e “acomodar” os seus colaboradores em um ambiente de trabalho remoto (os seus respectivos lares ou afins) no qual cada um possuía a sua peculiaridade, quer seja de ordem familiar, quer seja de ordem de espaço/ergonomia ou de ordem de infraestrutura de equipamentos digitais, o certo é que a maioria dos teletrabalhadores sofreu intensamente com essa transformação abrupta, incluindo a permanência ou até o recrudescimento da pressão por metas vinda dos superiores sem levar em consideração o período de exceção no qual vivemos, configurando muitas vezes o assédio moral contra os empregados remotos. Outrossim, um dos institutos mais desrespeitados nesse contexto - e merecedor de um olhar mais atento - é o direito à desconexão, o qual resguarda a legitimidade de qualquer funcionário permanecer “offline” fora do seu horário de expediente.

O assédio moral envolvendo o teletrabalho, principalmente em tempos pandêmicos, é muito difícil de ser combatido por inúmeros fatores como o medo do assediado de perder o emprego em um país como o Brasil com altos índices de desempregados, dificuldades financeiras na família, falta de oportunidades profissionais, entre outros. Em decorrência dessa geração de desequilíbrios em cadeia, os teletrabalhadores foram, exponencialmente, somatizando problemas de relacionamento e de saúde (estresse, síndrome de Burnout e, em último caso, tendências suicidas).

O propósito desse artigo é entender as consequências negativas causadas nos empregados por conta da mudança do regime presencial de trabalho para o remoto provocada pela disseminação da pandemia de Covid-19 e se realmente esse foi o motivo para o aumento de casos de assédio moral praticado pelos patrões ou superiores em face dos teletrabalhadores subordinados.

Ademais, este trabalho metodologicamente é, em sua essência, uma pesquisa teórica fundamentada em artigos científicos e livros acadêmicos voltados, conjunto ou separadamente, para os temas teletrabalho e assédio moral, contextualizando com o período de pandemia (todos referenciados ao longo do escrito), bem como é respaldado por leis, doutrinas e jurisprudências.

Por fim, este artigo se propõe objetivamente a, além de conscientizar a população da existência do crescente mal chamado assédio moral no teletrabalho, sugerir caminhos a serem percorridos para que essa prática seja reduzida gradativamente.

TELETRABALHO: DEFINIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Principalmente nos últimos anos, o teletrabalho tem sido uma ferramenta muito utilizada pelos empregadores para tornar o labor mais dinâmico e produtivo, tendo em vista o exponencial avanço das tecnologias de informação e de comunicação. Mas, afinal, a priori, o que seria exatamente o teletrabalho e como se desenvolve essa modalidade? Segundo o professor Martinez (2020, p. 387), o teletrabalho é um

conceito de organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento.

A partir dessa definição percebemos que existem alguns pré-requisitos para se utilizar de fato a modalidade do teletrabalho como, por exemplo: o serviço deve ser realizado fora do local habitual de trabalho (sede), a fiscalização por parte do empregador deve ser remota e por meio de ferramentas que permitam a métrica do resultado laboral à distância.

Legislação brasileira envolvendo o teletrabalho

Apesar de ser uma modalidade relativamente recente, o Brasil já conta com alguns dispositivos legais para regulamentar a questão, porém ainda há muito o que se fazer do ponto de vista de proteção do teletrabalhador, que muitas vezes se encontra vulnerável com a situação estrutural do ambiente de trabalho por envolver variáveis diversas e complexas como a adequação do ambiente físico, do ambiente tecnológico, além das dificuldades em conciliar a efetiva produtividade laboral com os outros afazeres do cotidiano. A primeira alteração mais significativa foi através da promulgação da Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011 que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), passando a ter a seguinte redação:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Esse foi o primeiro sinal evidente de proteção, legalmente falando, que o trabalhador remoto teve, porém, com o passar dos anos, essa emenda na lei trabalhista se mostrou incipiente e logo surgiu a necessidade de aprofundar mais o assunto e inserir mecanismos mais eficazes de apoio ao teletrabalhador no ordenamento jurídico. Dessa forma, em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei 13.467 (a chamada reforma trabalhista), incluindo na CLT, dentre outras mudanças, os artigos 75-A a 75-F, abarcados pelo capítulo II-A no qual trata especificamente da modalidade de Teletrabalho. Em resumo, esse capítulo supramencionado conceitua o teletrabalho, discrimina as hipóteses de prestação de serviço do trabalho remoto (“por jornada ou por produção ou tarefa”), as disposições quanto às alterações de regime e o que deve estar expres-

samente previsto em contrato.

ASSÉDIO MORAL E SUAS NUANCES

Sempre que esse tema vem à tona, existe muita controvérsia em definir na prática o que seria assédio moral e quais os limites entre as cobranças pertinentes envolvendo os atores de uma corporação e os comportamentos dignos de repreensão e controle jurisdicional. Nesse diapasão, devemos entender primeiramente a delimitação do que seja assédio moral. De acordo com Marie France Hirigoyen, uma grande estudiosa do assunto,

O assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.¹

Tomando como base essa definição, podemos apontar que para se configurar o assédio moral deve haver recorrência, abusividade nas abordagens contra outrem, ameaça, geralmente, ao empregado atentando contra a sua dignidade, bem como contra a sua integridade física ou psíquica. Apesar do conceito claro, infelizmente, nos casos concretos, não se verifica ser tão simples assim tipificar a conduta ilícita, tendo em vista que o assediador, além de, muitas vezes, realizar os atos de forma discreta, utiliza a pressão ou a ameaça psicológica contra o assediado como ferramenta intimidatória, a fim de manter silenciosa e perpetuamente o ciclo de abusos. Outrossim, o assédio moral, apesar de parecer algo sutil, pode ser tão devastador que é considerado por muitos especialistas do assunto como um dos piores reveses que um ser humano pode ter em seu ambiente de trabalho. Corroborando esse pensamento, Hirigoyen vai dizer:

Em todas as outras formas de sofrimento no trabalho e, em particular, no caso de uma pressão profissional excessivamente forte, quando cessa o estímulo, cessa também o sofrimento, e a pessoa consegue recuperar o estado normal. O assédio moral, ao contrário, deixa sequelas marcantes que podem evoluir do estresse pós-traumático até uma sensação de vergonha recorrente ou mesmo modificações duradouras de personalidade. A desvalorização persiste, mesmo que a pessoa esteja afastada de seu agressor. Ela é refém de uma cicatriz psicológica que a torna frágil, medrosa e descrente de tudo e de todos.²

Nessa linha, aferimos que a situação é muito mais séria do que imaginamos, porque pior do que uma agressão física ou uma agressão moral explícita, na qual a pessoa pode repelir ou comprovar mais facilmente, o assédio moral é caracterizado por um comportamento que combina a agressividade, a ofensa, a humilhação com a atitude sorrateira, sutil e dissimulada. E as consequências desse conjunto de abusos podem refletir em doenças físicas ou psicossomáticas, traumas irreversíveis e, inclusive, podem levar até mesmo ao suicídio, como declara, em seu livro, Regina Célia Pezzuto Rufino:

Com efeito, denota-se que a ocorrência do assédio moral provoca diversas consequências negativas, como na relação social da vítima, na relação familiar, na relação profissional, porém, mais gravemente, provoca doenças no assediado, o qual, dependendo do grau do assédio e de sua estrutura emocional, poderá ter que passar por um tratamento médico e psicológico para cura da doença ou afecção, psicossomática ou não, as quais se, levadas ao extremo, podem ensejar no suicídio da vítima.³

¹ HIRIGOYEN, Marie France. *A violência perversa do cotidiano*. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 65.

² HIRIGOYEN, Marie France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Jamowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 164.

³ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 55.

Tipos de assédio moral

Analisando o conhecimento popular, observamos a existência de um único tipo de assédio moral, aquele abuso praticado pelo patrão contra o seu empregado, porém quando estudamos o tema compreendemos que há outras formas de se praticar tal ilícito. Vejamos as espécies:

- Primeiro e mais comum, pode ser vertical e descendente - É aquele abuso que o empregador ou superior pratica contra o empregado ou subordinado;
- Segundo e menos comum, pode ser vertical e ascendente - É aquele abuso praticado pelo empregado ou subordinado contra o empregador ou superior (muitas vezes é visto como chantagem);
- Terceiro, pode ser horizontal - É aquele abuso que acontece entre empregados de mesmo nível hierárquico;
- Quarto, pode ser misto - É o abuso que mistura a relação vertical com a horizontal.

Essas classificações podem ser testificadas através de obras de autoria de CandyFlorencio Thome⁴ e Regina Célia Pezzuto Rufino⁵.

Ademais, após os esclarecimentos sobre as distintas formas de assédio moral, destaco que o foco será no tipo vertical e descendente por se tratar da modalidade mais recorrente e, com certeza, de longe, a mais problemática na relação de emprego englobando patrão e empregado.

RELAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO COM O ASSÉDIO MORAL

Já vimos que o assédio moral é uma problemática muito grave incutida em muitas relações de emprego, porém com o crescimento da globalização essa prática maléfica tem se utilizado de ferramentas virtuais cada vez mais presentes e indispensáveis na vida de qualquer pessoa minimamente socializável. É o caso, por exemplo, dos avançados smartphones, das redes sociais e dos aplicativos de interação humana que têm encurtado progressivamente o gap entre a realidade virtual e o mundo real, sem contar na qualidade da internet que vem crescendo com o passar dos dias. Consequentemente, a humanidade vem aumentando assustadoramente o tempo de conexão a essas tecnologias e se tornando severamente dependente delas, a ponto de uma pesquisa realizada pelo Laboratório Delete-Detox e Uso Consciente de Tecnologias, no período de 1º de novembro de 2020 a 1º de janeiro de 2021, apontar que 62,5% dos brasileiros utilizaram tecnologias por mais de três horas todos os dias⁶, ou seja, a população, de um modo geral, não vive mais sem esses instrumentos e recursos digitais. Como tudo na vida, essa constatação tem o seu lado bom e o seu lado ruim. E essas ferramentas nas mãos do assediador moral pode se tornar um tormento maior para o assediado. Também por conta disso, há uma crescente preocupação e um convergente entendimento da sociedade no que tange à essencialidade do direito à desconexão, sendo, inclusive, tratado como um direito fundamental. De acordo com Rosane Gauriau (2020, p. 154), o direito à desconexão é “o direito de não receber chamadas telefônicas, e-mails ou mensagens instantâneas fora do horário de trabalho, em res-

4 THOME, CandyFlorencio. O assédio moral nas relações de emprego. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre, n. 230, v.19, 2008. p. 35.

5 RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. São Paulo: LTr, 2006 p. 52.

6 Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/revista-do-correio/2021/02/4905199-isolamento-social-potencializa-dependencia-tecnologica.html>> Acesso em: 26 jun, 2022.

peito ao direito à saúde, ao repouso, ao lazer, à vida em família e em sociedade do trabalhador”⁷. Ainda nessa toada e corroborando com o pensamento supra exposto, Roberta Scalzilli (2020, p. 655) vai afirmar que o direito à desconexão é

um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico, o qual deriva do direito à privacidade e ao lazer, da limitação da jornada de trabalho, dos períodos de descanso (intervalos intra e interjornada, repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas) e também do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa a preservar o direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, preservando a cidadania.⁸

Sendo assim, um dos fortes indícios da existência de assédio moral em uma relação de trabalho ou de teletrabalho pode ser a violação e o desrespeito ao direito fundamental à desconexão, deixando o empregado vulnerável a possíveis danos mentais, físicos e até relacionais, interpretado também como danos existenciais. Com base na Constituição Federal (Brasil, 1988) no artigo 5º inciso X⁹, no artigo 223-B da CLT¹⁰ e comprovado judicialmente o comportamento ilícito por parte do empregador, a vítima poderá pleitear o direito à indenização por danos materiais e morais, utilizando como um dos argumentos jurídicos a inobservância reiterada do direito à desconexão que, inclusive, tem em trâmite no Senado o projeto de lei nº 4.044 de 2020, dispondo sobre o direito à desconexão do trabalho e criando um regulamento legal para tratar especificamente dessa celeuma.

MUDANÇAS E REORGANIZAÇÃO TRABALHISTA EM DECORRÊNCIA DO PERÍODO PANDÊMICO

Com o surgimento da crise mundial de saúde pública ocasionada pela pandemia de Covid-19 e, conseqüentemente, com a necessidade do isolamento e distanciamento social, muitas empresas, para minimizar os prejuízos de produção, se viram na necessidade de implantar, com extrema urgência, o regime de teletrabalho para os seus funcionários, entretanto, apesar da aparente comodidade, conforto e praticidade de se trabalhar em casa ou em qualquer outro lugar basicamente equipado, essa modalidade trouxe na bagagem inúmeros problemas que precisaram e ainda precisam ser resolvidos no transcurso do tempo. No intuito de facilitar essa reorganização trabalhista, o Governo Federal publicou em 22 de março de 2020 a Medida Provisória nº 927 que “dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública”¹¹, dentre elas a adoção sistemática do teletrabalho a fim de mitigar os danos causados pela disseminação do coronavírus.

Inegável é que o home office, mesmo a sua implementação tendo sido acelerada por razões pandêmicas, trouxe algumas vantagens para o trabalhador, como, por exemplo, a economia de tempo, dinheiro e energia alcançados pela supressão do deslocamento de casa para o trabalho e vice-versa, a flexibilização (a depender da empresa) dos horários dedicados ao trabalho, além do potencial recrudescimento do convívio com familiares e afins. Não obstante essas

7 GAURIAU, Rosane. *Direito à desconexão e teletrabalho: Contribuição do direito do trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro*. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 24, n. 2, 2020.

8 SCALZILLI, Roberta. *O direito à desconexão: Uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, t. II, jul. 2020.

9 “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

10 “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

11 A MP 927/2020 perdeu a sua validade em 19 de julho de 2020.

vantagens consideráveis, muitas questões desagradáveis de ordem física, mental e relacional vieram à tona causando incontáveis estragos, principalmente, ao teletrabalhador. A verdade é que essa mudança repentina de rotina pegou bastante gente de surpresa e, por conta disso, sem nenhum preparo ou apoio para desempenhar satisfatoriamente o serviço, assim como era exercido em regime presencial. Primeiramente, se formos observar, a maioria das pessoas não possuía uma estrutura física em casa apropriada para executar as atividades laborais de forma otimizada, ou seja, muitas vezes tinham que trabalhar em ambientes desqualificados para o serviço e sem nenhum tipo de ergonomia, sem contar na falta de internet e equipamentos de qualidade. Segundo, observamos na parte relacional que o teletrabalhador passou, no geral, a dividir o seu tempo de produção, espaço laboral e a sua atenção com a(o) esposa(o), filhos e outros parentes moradores do mesmo lar, o que acaba influenciando e atrapalhando a produtividade. Em terceiro e não menos importante, apesar das dificuldades retromencionadas enfrentadas pelo empregado nesse período de exceção, os patrões começaram a pressioná-lo exageradamente por resultados positivos pelo fato de, na visão deles, o seu subordinado estar trabalhando no “conforto” do seu lar e isso lhe daria condições de produzir ainda mais. Com a escalada de desempregados provocada pela pandemia, essa precariedade no ambiente laboral, aliada à crescente pressão por metas, em alguns casos, inatingíveis, tornou-se cada vez mais constante no cotidiano do teletrabalhador.

A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA NO AGRAVAMENTO DO ASSÉDIO MORAL SOFRIDO PELOS TELETRABALHADORES

Já discorremos sobre o teletrabalho, já discorremos sobre o assédio moral e já discorremos sobre as mudanças envolvendo o teletrabalho por conta da pandemia, chegou a hora de discorrermos sobre a considerável influência da pandemia no aumento de casos de assédio moral sofrido pelos teletrabalhadores nesse cenário intitulado por alguns como “novo normal”.

Isto posto, podemos deduzir que alguns pontos sensíveis oriundos da prática operacional do teletrabalho contribuem para o crescimento dos casos de assédio moral. Essa situação acontece, dentre outros motivos, porque o patrão não tem o controle presencial do empregado e busca de todas as formas manter à distância o foco e a fiscalização do empregado através de reuniões constantes, enxurrada de e-mails com demandas intermináveis, envio de mensagens durante todo o expediente e até fora dele, além de praticamente “coagir” o colaborador a ficar quase que 24 horas por dia atento aos aplicativos corporativos de mensagens, sistemas e afins. Com todo esse bombardeio o empregado se sente na obrigação de alcançar todas as metas estabelecidas pelo empregador, muito por conta do medo de ser demitido e ficar sem uma renda consistente em um país onde o desemprego só cresce. Corroborando essa análise, os Juízes do Trabalho Rodolfo Pamplona Filho e Clarissa Nilo de Magaldi Sabino concluíram em um artigo publicado em conjunto que

a crise de saúde pública promoveu rápidas ingerências sobre os hábitos e estilos de vida, com o achatamento do setor produtivo e dos serviços de economia, a precarização das relações de trabalho e aumento do desemprego. No ambiente de calamidade pública, as desigualdades sociais se aprofundam e, com isso, recrudescem os conflitos nas relações de trabalho e se amplia o espaço para a perpetração de assédio moral.¹²

¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SABINO, Clarissa Nilo de Magaldi. *Assédio moral em tempos de pandemia. Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, v. 84, n. 12, p. 1524, dez. 2020.

Nesse sentido, apesar dos diplomas legais já disponíveis sobre o tema, observamos que a problemática está longe de se vislumbrar um horizonte mais otimista, tendo em vista que o empregado é (como sempre) o elo mais fraco da relação e acaba se submetendo à opressão do superior, evitando, na maioria dos casos, confrontar a inadmissível situação que afeta a sua dignidade com receio de sofrer severas represálias, como perda de função, perda de benefícios e até mesmo a perda do emprego, o que na atual conjuntura caótica da nação brasileira seria algo catastrófico para qualquer cidadão que depende da sua força de trabalho para sobreviver.

Em pesquisa publicada pelo site de notícias G1.GLOBO.COM, o Ministério Público do Trabalho - só tomando como base a Grande São Paulo, a Baixada Santista e Mogi das Cruzes - registrou nos dois primeiros anos da pandemia de covid-19 um aumento de 51,4% em denúncias por assédio moral¹³, o que comprova mais uma vez a relação diretamente proporcional entre a explosão exponencial da implantação do regime de teletrabalho pelas empresas no período de crise e o aumento considerável de casos de assédio moral envolvendo patrões e empregados.

Os efeitos do assédio moral para a saúde do teletrabalhador

Como corolário desse ciclo de abuso, o colaborador explorado e assediado tende a apresentar diversas alterações na saúde mental e física, separadamente ou em conjunto, replicando as consequências negativas desses comportamentos nos familiares e amigos do indivíduo que sofrem junto com ele. Essas alterações podem começar com um simples estado de estresse, passando pela Síndrome de Burnout e chegando, em casos extremos, até ao suicídio. Só para ilustrar esse diagnóstico comportamental, a saudosa professora e psicóloga Ana Maria Benevides Pereira (2002, p.173) definiu que a Síndrome de Burnout tem como sintomas mais característicos:

1) físicos: fadiga constante e progressiva, dores musculares ou osteomusculares, distúrbios do sono, cefaleias, enxaquecas, perturbações gastrointestinais, imunodeficiência, transtornos cardiovasculares, distúrbios do sistema respiratório, disfunções sexuais e alterações menstruais nas mulheres; 2) psíquicos: falta de atenção, de concentração, alterações de memória, lentificação do pensamento, sentimento de alienação, sentimento de solidão, impaciência, sentimento de impotência, dificuldade de autoaceitação, baixa autoestima, astenia, desânimo, disforia, depressão, desconfiança e paranoia; 3) comportamentais: negligência ou escrúpulo excessivo, irritabilidade, incremento da agressividade, incapacidade para relaxar, dificuldade na aceitação de mudanças, perda de iniciativa, aumento do consumo de substâncias psicotrópicas, comportamento de alto risco e suicídio; e 4) defensivos: tendência ao isolamento, sentimento de onipotência, perda do interesse pelo trabalho ou pelo lazer, absenteísmo, ímpetos de abandonar o trabalho, ironia e cinismo.¹⁴

Tendo a consciência que essa síndrome é só um problema em um universo de reverses os quais o teletrabalhador está sujeito, podemos inferir que as sequelas do assédio moral na vida do assediado podem ser devastadores e irreversíveis, por isso se faz necessário não só criar mecanismos normativamente proibitivos para coibir a prática, como também desenvolver políticas públicas de conscientização e incentivar a iniciativa privada, seja através de benefícios fiscais ou legais, a implantar em suas corporações procedimentos que promovam o bem-estar físico, mental e social de todos os seus colaboradores, inclusive, de forma especial, os que fazem uso do regime de teletrabalho.

¹³ Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/02/16/denuncias-por-assedio-moral-crescem-514percent-na-pandemia-na-grande-sp-e-na-baixada-santista-segundo-mpt.ghtml>> Acesso em: 26 jun, 2022.

¹⁴ PEREIRA, Ana Maria Benevides (Org.). *Burnout: quando o trabalho ameaça o bem estar do trabalhador*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi verificar a relação de influência que a pandemia teve no aumento de casos de assédio moral praticado pelo empregador ou superior contra o empregado ou subordinado em trabalho remoto. A priori, para um melhor entendimento, foi definido o que viria a ser o TELETRABALHO, bem como o seu contexto nesse período pandêmico tão conturbado. A partir desse cenário caótico de disseminação do vírus, de *lockdown*, de crise sanitária global, pudemos observar que muitas empresas migraram urgentemente os seus colaboradores para o regime de teletrabalho a fim de minimizar os prejuízos, porém, apesar desse tempo de exceção vivido por todos e da falta de estrutura adequada no *home office* no que diz respeito à ergonomia, tecnologia e ambiente propício, as sociedades empresárias continuaram pressionando os seus funcionários da mesma forma que antes (ou até pior) para o atingimento das metas estabelecidas, sem contar no desrespeito ao direito de desconexão que assiste a todo trabalhador. Por conseguinte, os teletrabalhadores começaram a adoecer física e psicologicamente, além de terem as suas relações pessoais afetadas pelo estresse e carga abusiva de serviço. Constatamos que essa problemática é tão grave que nem mesmo os diplomas legais vigentes estão suprimindo as necessidades de quem tem sofrido com esse ciclo maléfico.

Discorremos sobre as dificuldades experimentadas pelo profissional remoto em uma época totalmente atípica da nossa história, na qual a pessoa precisa adaptar um espaço para desempenhar suas atividades e, na maioria dos casos, divide o ambiente com toda a família (filhos, cônjuges/companheiros, agregados) que se encontra em casa devido o isolamento social, sem falar no aumento de responsabilidades e tarefas extra-laborais que esse indivíduo passou a ter na atual conjuntura.

Abordamos e diferenciamos também os tipos de assédio moral existentes com foco no vertical descendente por ser o mais frequente. Ademais, analisamos as consequências nefastas deste problema social na vida do assediado, tendo como exemplo de potencial resultado, a Síndrome de Burnout e o suicídio. Chegamos a essas conclusões a partir de autores que tratam do tema e de dados levantados por pesquisas ilustradas ao longo do corpo do texto.

Por fim, chegamos à conclusão de que é preciso, além de regulamentar mais normas legais para conter os abusadores, elaborar - juntamente com a iniciativa privada - políticas públicas incentivando o combate ao assédio moral, especificamente, no teletrabalho, através de campanhas sociais e, com o fim de ter mais efetividade, criar benefícios fiscais em prol das companhias que se juntarem a essa causa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 de junho de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Consolidação das Leis de Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 25 de junho de 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

2022.

GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: Contribuição do direito do trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 24, n. 2, 2020.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SABINO, Clarissa Nilo de Magaldi. Assédio moral em tempos de pandemia. Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 84, n. 12, p. 1524, dez. 2020. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=_MMrEAAAQBAJ&lpg=PA10&ots=o52MXr7IWV&dq=Ass%C3%A9dio%20Moral%20em%20tempos%20de%20pandemia&lr&hl=pt-BR&pg=PA18#v=onepage&q&f=true. Acesso em 26 de junho. 2022.

PEREIRA, Ana Maria Benevides (Org.). Burnout: quando o trabalho ameaça o bem estar do trabalhador. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

RIBEIRO, Raquel; SILVA, Tayanne. Isolamento social potencializa dependência tecnológica. In.: Correio Braziliense. 07/02/2021. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/revista-do-correio/2021/02/4905199-isolamento-social-potencializa-dependencia-tecnologica.html>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

SCALZILLI, Roberta. O direito à desconexão: Uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020.

A ineficácia do direito penal brasileiro frente às teorias que o sustentam

Marina Della Mía Vieira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.11

RESUMO

O presente estudo pretende realizar uma abordagem teórica, baseada nos pressupostos e ensinamentos da criminologia crítica, do sistema penal moderno. Para tanto, será realizada uma análise da estrutura do sistema de justiça criminal, identificando quais as teorias que objetivaram legitimar historicamente sua existência e atuação, com especial enfoque nas teorias da prevenção especial, as quais que atribuem à pena a função de evitar a reincidência pela via da ressocialização e da reintegração social do apenado. Nesse viés, serão questionados os fundamentos que conferem ao sistema de justiça criminal um caráter utilitarista, preventivo e educacional, de modo a demonstrar os prejuízos e violações advindos da forma punitivista através da qual o Estado responde a atos delituosos. Diante disso, busca-se questionar a estrutura do direito penal, apontando para sua seletividade e para a violência exercida sobre sua clientela.

Palavras-chave: direito penal. violência. seletividade.

ABSTRACT

This study aims to conduct a theoretical approach, based on the assumptions and teachings of critical criminology, of the modern criminal justice system. To this end, an analysis of the structure of the criminal justice system will be carried out, identifying which theories have historically legitimized its existence and performance, with special focus on the theories of special prevention, which attribute to the penalty the function of avoiding recidivism through resocialization and social reintegration of the convicted. In this vein, the foundations that give the criminal justice system a utilitarian, preventive and educational character will be questioned, in order to demonstrate the damage and violations arising from the punitive way in which the State responds to criminal acts. In light of this, we seek to question the structure of criminal law, pointing to its selectivity and the violence exerted on its clientele.

Keywords: criminal law. violence. selectivity.

INTRODUÇÃO

A partir do surgimento dos ideais iluministas e da Revolução Francesa, a concepção acerca do indivíduo é modificada, ou seja, o sujeito passa a ser visto como ser dotado de dignidade e o Estado torna-se garantidor de direitos inerentes ao ser humano. Desse modo, o sistema penal, que anteriormente destinava-se ao castigo e ao suplício, agindo sobre o corpo do sujeito, passa a incidir sobre o tempo e o espaço, objetivando afastar do convívio social aqueles que são capazes de desestabilizar a ordem vigente (STEINER, 2003).

Tal mudança representou uma tentativa de racionalização e limitação do Direito Penal, considerando a nova finalidade que passou a ser atribuída à pena, a qual, além de punir aqueles que transgrediram a lei, seria instrumento de transformação, promovendo a ressocialização e permitindo o retorno dos indivíduos ao convívio social. Nesse aspecto, a disciplina e o controle tornam-se parte do sistema penal, sendo colocadas como principais ferramentas para o processo de reeducação e reinserção do apenado. Com visível inspiração no Direito Canônico, o Sis-

tema Penal passa a operar com penas que deixam, conforme aponta Michel Foucault (2010), de incidir sobre o corpo do condenado, para atingi-lo em sua alma, visando sua regeneração, sendo respaldadas por discursos de minimização e humanização das punições.

Paralelamente a isso, com o desenvolvimento dos Estados Contemporâneos, estruturados como Estados democráticos de direito, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos e garantias fundamentais, tem-se a criação de inúmeros instrumentos destinados à proteção dos sujeitos submetidos ao sistema de justiça penal, visando o controle dos eventuais excessos punitivos estatais e assegurando, ao menos no plano normativo, a dignidade do apenado. Para tanto, normas cujo objetivo seria resguardar o indivíduo de sanções arbitrárias e desumanas, impondo limites ao poder de penar do Estado, foram concretizadas através de tratados internacionais e inseridas no ordenamento jurídico de cada país, de forma a assegurar o respeito aos direitos humanos.

Nesse viés, será realizada, a partir da criminologia crítica, uma abordagem do sistema penal, observando-se os fundamentos discursivos que o regem. Em um segundo momento, a partir de sua evolução histórica, serão analisadas as forças visíveis e invisíveis que sustentam o sistema criminal, assim como o papel exercido pela prisão em uma perspectiva de relações de poder. A história que envolve o nascimento do poder punitivo moderno é composta por diversos fatores que redimensionaram a forma através da qual os conflitos cotidianos são encarados. A própria definição de crime, por exemplo, está vinculada a uma construção social, ou seja, existem inúmeras condutas sociais que geram conflitos, todavia, somente algumas delas são enfrentadas com uma solução punitiva.

PODER PUNITIVO ESTATAL E SUA (IN)EFICÁCIA

A história que envolve o nascimento do poder punitivo moderno é composta por diversos fatores que redimensionaram a forma através da qual os conflitos cotidianos são encarados. A própria definição de crime, por exemplo, está vinculada a uma construção social, ou seja, existem inúmeras condutas sociais que geram conflitos, todavia, somente algumas delas são enfrentadas com uma solução punitiva.

A utilização do sistema penal como instrumento para lidar com os conflitos é apenas uma das alternativas possíveis. Nesse viés, argumenta Zaffaroni (1999), nem sempre as situações conflitivas são encaradas de uma única maneira. Como exemplos, o autor cita o concubinato e a homossexualidade, os quais já foram considerados crimes e, atualmente, não são submetidos a qualquer punição estatal. Além desta primeira escolha sobre quais os conflitos serão submetidos ao poder punitivo estatal, há também um processo de seleção daqueles que serão destinatários das punições, os quais, geralmente, ocupam uma posição não privilegiada na sociedade.

A partir disso, o sistema penal torna-se um instrumento a serviço do controle social, uma vez que é institucionalizado, com forma e discurso punitivo. O controle social, por sua vez, se desenvolve por diferentes instrumentos que influenciam as escolhas e os comportamentos dos indivíduos, e não é exercido somente através das instituições penais, mas por intermédio de meios de comunicação de massa, instituições sociais, famílias, escolas, manicômios, etc. Tais formas de controle se encontram difundidas por toda a sociedade (ZAFFARONI, 1999) e, embora o sistema penal esteja imbricado, retroalimentando-se das demais formas de controle, este

representa a estratégia mais radical de poder e de limitação das liberdades, pois atua mediante o poder coercitivo e disciplinar do estado.

O sistema penal, segundo Zaffaroni (1999, p. 70) “abarcas desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena”. Ainda, em um sentido mais amplo, é considerado pelo autor como sendo um “controle social punitivo institucionalizado”, sendo a punição uma ação em resposta a uma conduta. Também constituem o sistema penal, além do público e dos legisladores, o aparato de normas, instituições, saberes e decisões relacionadas ao fenômeno criminal, o setor policial, judicial e executivo, os quais não desempenham suas funções de maneira estritamente independente, mas se sobressaem em cada uma de suas etapas.

Nesse viés, destaca Vera de Andrade (2012) a bidimensionalidade do sistema criminal, o qual é formado, de um lado, por normas e saberes (dimensão programadora), e, de outro, por ações e decisões (dimensão operacional). A primeira estabelece quais as condutas serão definidas como crime, bem como determina os procedimentos para o exercício do jus puniendi. A segunda, por sua vez, se utiliza dos fundamentos da primeira para aplicá-los às práticas delituosas. O Direito Penal vincula-se à dimensão programadora, pois é composto de normas gerais orientadoras.

O sistema penal caracteriza uma das formas de controle daquelas condutas consideradas negativas à sociedade, as quais violam os bens jurídicos tidos como relevantes (PINTO, 2002). Nesse sentido, o sistema penal é composto por um grupo de agências de poder que atuam em um “continuum no qual é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarregados do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional”. (ANDRADE, 2012, p. 210)

Desse modo, há uma atuação integrada entre os setores que compõem o sistema, desde o legislador até o aparato penitenciário. Tal atuação é pautada pela ideia de defesa social como fundamento no combate da criminalidade. Ainda, conforme aponta Vera Andrade (2012), a ideologia da defesa social, a qual divide o mundo entre o bem (sociedade) e o mal (criminoso), é predominante no sistema penal. Em razão disso, ao combater a criminalidade, o sistema penal estaria protegendo as pessoas de bem daqueles que colocam em risco a segurança pública. O sistema, por sua vez, tanto influencia o meio social, como é por este influenciado.

Para cumprir tal função, o sistema penal é constituído por processos de criminalização primária e secundária. A primeira define as condutas como criminosas, criando a figura legal do crime, enquanto a segunda, ao criar a imagem do criminoso, seleciona e atribui a determinadas pessoas a condição ou etiqueta de criminosas, gerando estigmas. Isso ocorre, pois, tal sistema opera a partir da seletividade, de modo a imunizar determinadas camadas sociais em detrimento daquelas previamente selecionadas como alvos do sistema penal. Desse modo, “enquanto seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei”. (PINTO, 2002, p. 182)

Por conseguinte, somente aqueles sujeitos que não fazem parte de determinados grupos sociais privilegiados são escolhidos para serem submetidos à repressão do sistema penal, na medida em que praticarem condutas consideradas ilícitas pela legislação. Para justificar sua

atuação, o sistema penal se utiliza de ideologias orientadoras. O discurso da dogmática jurídica penal, por exemplo, possui uma ideologia liberal. A pena, por sua vez, orienta-se pela ideologia da defesa social. Esta última se faz presente não somente no âmbito prisional, mas no senso comum. Tal ideologia está na origem de discursos como “bandido bom é bandido morto”.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, Alessandro Baratta (2011) explica a ideologia da defesa social a partir de seis princípios, quais sejam: a) princípio do bem e do mal: percepção de que a sociedade é dividida entre cidadãos de bem de um lado e transgressores de outro; b) princípio da culpabilidade: o autor de um ato delituoso, quando consciente de sua prática, viola a estabilidade social e, por isso, deve ser punido; c) princípio da legitimidade: o Estado, a partir do contrato social, tomou para si o exercício do jus puniendi, sendo o responsável pela paz e segurança social; d) princípio da igualdade: a lei penal será aplicada a todos, sem distinção, observadas as exceções previstas no ordenamento jurídico; e) princípio do interesse social e do delito natural: os bens tutelados pela norma penal são de interesse comum, ou seja, suas violações atingem a coletividade; f) princípio do fim ou da prevenção: a pena, para além de retribuir o mal causado àquele que infringiu a lei, exerce a função de prevenção, uma vez que pretende intimidar a sociedade e transformar o sujeito que praticou um crime.

A ideologia liberal compõe o discurso dogmático, o qual faz parte dos saberes do sistema penal. Já o saber encarregado de interpretar a lei vigente é a dogmática jurídica, ciência prática que tem como objeto a norma vigente. As ideologias, nesse sentido, orientam a criação e aplicação da lei penal. Nesse diapasão, com o escopo de preservar o indivíduo do arbítrio proveniente do poder estatal, bem como promover a racionalização do poder punitivo, foram recepcionados no ordenamento jurídico diversos princípios de caráter garantista, dentre os quais destaca-se: o princípio da isonomia; o princípio da legalidade; o princípio da humanidade das penas; o princípio do devido processo legal; o princípio do contraditório e da ampla defesa; o princípio da presunção de inocência, dentre outros (BARATTA, 2011).

Nesse aspecto, tendo por base os limites ao exercício do jus puniendi estatal, o aparato punitivo cujo surgimento se deu nos séculos XVIII e XIX apresenta algumas funções declaradas. A primeira delas é a ideia de que o sujeito somente poderá ser incriminado pela prática de um ato se este possuir caráter típico, antijurídico e culpável, o que impede a discricionariedade do julgador e resguarda os direitos individuais do acusado. Além disso, aqueles que desrespeitarem a norma serão submetidos ao processamento penal e, ao final, a uma pena que terá por fim não somente a punição, mas a prevenção e a ressocialização do sujeito desviante.

Outra função declarada do sistema penal é a capacidade de transformação atribuída à pena. Isso porque, o crime representa um mal social e o criminoso um instrumento de disseminação, o qual será submetido a uma transformação através da pena, de modo a garantir a segurança de todos os “cidadãos de bem” (PINTO, 2002).

Para além destas funções, há a ideia de que, diante do aumento nas estatísticas relacionadas à criminalidade, a solução é investir cada vez mais em uma política criminal repressiva, bem como aumentar os gastos com a segurança pública. Tais medidas são eficazes apenas para oferecer uma resposta simbólica à população, o que leva a uma outra problemática: as funções não declaradas do sistema penal. Se, por um lado, acredita-se no fracasso do sistema penal, por outro, tal sistema parece funcionar perfeitamente no plano de sua eficácia, visto que o número de pessoas que praticam atos considerados ilícitos e são submetidas às sanções penais cresce

cada vez mais (PINTO, 2002).

Ocorre que, as condutas pelas quais as pessoas são processadas e apenadas relacionam-se, majoritariamente, a crimes contra o patrimônio e à saúde pública. Tal informação conduz à ideia de que outros tipos de delitos não são praticados na mesma proporção daqueles mencionados anteriormente. Significa que existe a criminalidade visível e a invisível, ou seja, ambas ocorrem, entretanto, o foco do sistema penal voltasse às condutas praticadas pelas camadas sociais mais vulneráveis, enquanto os demais crimes restam impunes (ANDRADE, 2012).

A partir de uma análise crítica do fenômeno criminal, especialmente da desigualdade presente nos processos de criminalização primária e secundária, o crime e o criminoso são vistos como uma construção do sistema penal. É nesse sentido que uma das correntes desconstrutoras do sistema penal moderno, conhecida como labelling approach ou paradigma da reação social, demonstra que é o sistema quem define o crime e cria o criminoso.

Desse modo,

Parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de processos complexos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1997, p. 205)

A pessoa que comete um crime somente é considerada desviada porque este rótulo (ou etiqueta) lhe foi aplicado segundo a própria legislação. O desvio, por conseguinte, é construído por “grupos sociais que o produzem ao criar as regras (criminalização primária) e ao aplicá-las às pessoas particulares, classificando-as como “estranhas” (criminalização secundária)” (BISSOLI FILHO, 1998, p. 171).

A Teoria do Labelling Approach pretende desvendar a criminalidade apontando ao fato de que o delito não ocorre somente em razão de questões etiológicas, mas, sobretudo, sim pelas formas de controle responsáveis pelo etiquetamento e classificação das condutas sociais como sendo criminosas. Nessa senda, o sistema penal é responsável pela realização de uma escolha e seleção, uma vez que somente alguns delitos são perseguidos pela sociedade e pelo Estado, de modo que a punição somente incide sobre uma parcela de crimes e indivíduos, estes, por sua vez, estigmatizados e condenados ao mundo do crime. Tal fenômeno é tido como “a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes” (ZAFFARONI, 1991, p. 88).

Desse modo, ao negar o princípio da igualdade, o labelling encara a criminalidade a partir dos processos sociais de seleção, refutando a ideia de que a criminalidade seria atributo de uma minoria desviante. Por conseguinte, põe em dúvida a função preventiva da pena, especialmente a sua concepção transformadora. Diante de tal concepção, tem-se que a intervenção do sistema penal não é capaz de produzir qualquer efeito ressocializador sobre o sujeito; pelo contrário, provoca a “consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminoso” (BARATTA, 2011, p. 90). O sistema penal, portanto, realiza a função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade.

Além disso, há um processo de seleção que criminaliza (primariamente e secundaria-

mente) as camadas sociais vulneráveis. De modo distinto, aqueles sujeitos que detêm poder econômico, em que pese praticar atos delituosos, compõem a denominada criminalidade oculta. Isto explica a seletividade do sistema, uma vez que

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por vezes, criminalizado (ZAFFARONI, 1999, p. 26)

As estatísticas apontam para os negros, pobres e sujeitos com baixa instrução escolar como sendo a principal clientela do sistema penal, mas não porque estes são mais propensos ao crime, e sim porque o sistema penal moderno está “estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis” (ZAFFARONI, 1999, p. 27). Desse modo, reproduzir a desigualdade torna-se uma das principais funções (não declaradas) do sistema criminal.

A lei penal, enquanto instrumento do sistema penal, delimita abstratamente a forma através da qual se pode selecionar e criminalizar indivíduos. Outrossim, exerce uma pequena parcela do controle social, uma vez que

O sistema penal opera em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena. (ZAFFARONI, 1999, p. 81)

Isso porque, existe o que o autor chama de “sistema penal subterrâneo”, vinculado ao Estado e caracterizado por atuar à margem da legalidade, possuindo como principais características violência e a opressão. Em razão disso, o direito penal não pode ser visto como um “objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um objeto que se realiza, com caráter programático” (ZAFFARONI, 1999, p. 82).

Por intermédio do encarceramento, o sistema penal exclui da sociedade aqueles que são partes dos setores sociais mais vulneráveis. Estes, por sua vez, levarão consigo o estigma e terão alta probabilidade de seguir uma carreira criminosa. Desse modo, o sistema de justiça criminal perpetua o próprio delito, na medida em que objetiva combater a violência através da violência, tudo sob uma falsa aparência de legalidade. Todas estas disposições confirmam o êxito do sistema penal não em reduzir a criminalidade, mas, sobretudo, produzir e reproduzir violências e estigmas (ANDRADE, 2012). Assim entende Michel Foucault:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar” não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irreduzível a um certo nível secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo, ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva de ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é ante um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades). Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. **O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracassos”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos**

efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la. (2010, p. 243, grifo próprio)

Os discursos jurídicos tradicionais que sustentam a eficácia do sistema penal são pautados por duas concepções: a ideia de que o sistema penal exerce uma função de prevenção, ou seja, atua para afirmar valores sociais e dissuadir a coletividade da prática de crimes; e a noção de que a pena ressocializará o sujeito e o impedirá de delinquir novamente. Em que pese tais fundamentos, o sistema penal moderno fracassa tanto no aspecto da prevenção geral quanto da prevenção especial.

TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ao exercer sobre os sujeitos uma violência programada, a pena é legitimada por doutrinas que justificam os custos do sistema penal a partir de funções socialmente úteis e, portanto, consideradas irrenunciáveis. Vista como uma forma de defesa da sociedade, a prisão, principal ferramenta do sistema penal, atuaria como estratégia para punir, educar, corrigir ou transformar positivamente o sujeito. Para tanto, os discursos que buscam legitimar o poder punitivo baseiam-se nas funções retributiva e preventiva da pena, as quais serão melhor descritas a seguir.

A partir dos ensinamentos de Ferrajoli (2002), as clássicas doutrinas de justificação da pena são divididas em duas categorias: teorias absolutas e teorias relativas. As primeiras têm em seu bojo a ideia de castigo ou retribuição diante da prática de um crime. De modo distinto, as segundas consideram a pena útil para a prevenção de novos delitos, sendo divididas em teorias da prevenção especial e prevenção geral. Embora os esforços empreendidos, para Ferrajoli (2002), tais teorias não respondem adequadamente à necessidade de justificação do poder de penar do Estado, pois, em regra, focam apenas nos interesses da sociedade, e, mesmo quando olham a pessoa do apenado, o fazem sem superar a lógica de sua instrumentalização ou objetificação, o que afronta diretamente o valor da dignidade humana, inerente às sociedades democráticas.

As clássicas teorias retributivas (absolutas) concebem a pena como um fim em si mesma. A função retributiva possui como fundamento a imposição de um mal a quem lhe deu causa, de forma a restabelecer a ordem moral ou legal violada pela ofensa. Tais teorias negam qualquer outro fim à pena, além da exclusiva retribuição face ao crime. Desse modo, o sofrimento provocado pela privação da liberdade constituiria uma espécie de vingança, eis que o castigo se justifica tão somente pela violação da lei penal (FERRAJOLI, 2002).

Trata-se, pois, de perpetuar a “ideia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo” (FERRAJOLI, 2002, p. 206). Tal corrente é fortemente vinculada ao Estado absolutista e ao Estado burguês, sendo, neste último caso, uma resposta estatal à violação do Contrato Social. De outro modo, a função preventiva, conforme aponta Ferrajoli (2002), busca justificar a pena por esta constituir um meio a serviço de um fim. Nessa senda, a pena deixa de ser considerada um fim em si mesma e assume uma concepção utilitarista. Defendidas por pensadores como Cesare de Beccaria e Jeremy Bentham, a pena deverá ser aplicada de modo a promover a transformação do sujeito ou a defesa social, priorizando-se não o passado, mas os benefícios futuros que sua imposição poderá ocasionar.

Reconhecendo os limites de tais teorias (absolutas e relativas), Ferrajoli (2002) propõe uma nova tese legitimadora da pena, denominada utilitarismo penal reformado, que também

leva em consideração os interesses e necessidades da pessoa do acusado/condenado, modo a evitar sua instrumentalização. Deste modo, o autor atribui dupla função à pena: por um lado, a máxima utilidade possível aos não desviantes, visando, sobretudo, a garantia da segurança social, mediante prevenção geral negativa; por outro, o mínimo sofrimento aos desviantes, uma vez que a pena também deveria ser útil para estabelecer limites ao poder de penar do Estado e proteger o acusado de reações formais/estatais excessivas ou ilimitadas, mediante a consagração de limites legais rígidos, ou, ainda, evitar reações privadas de base vindicativa que, na ausência do Direito e do Sistema Penal, seriam, na sua visão, comuns.

Tendo por base as teorias relativas, são quatro as finalidades comumente atribuídas à pena:

[...] emenda ou correção do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir a todos os outros de imitar-lo (sic) por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o consequente reforço da ordem mediante a reafirmação de valores jurídicos lesados (FERRAJOLI, 2002, p. 212).

Neste âmbito, a pena, enquanto instrumento de proteção social, é justificada a partir da prevenção geral ou especial, sendo a primeira subdividida em prevenção geral positiva e negativa e a última, do mesmo modo, dividida em prevenção especial negativa e positiva. Tais justificativas almejam proteger a sociedade dos sujeitos que infringiram a lei, tanto pela dissuasão dos demais a não produzirem atos criminosos, quanto pelo reforço da importância dos valores estabelecidos juridicamente (FERRAJOLI, 2002). As teorias da prevenção geral consideram como sendo os destinatários da norma penal os sujeitos que não praticaram crimes.

No que tange à prevenção geral negativa, esta busca intimidar a coletividade através das penas previstas na legislação. Já para a prevenção geral positiva, a lei penal se destina a reafirmar valores tidos como importantes para uma sociedade, de modo a gerar uma confiança na aplicação da lei e promover a pacificação social (FERRAJOLI, 2002). A prevenção especial, por sua vez, atribui à pena a função de evitar a reincidência, por meio da realização de duas finalidades, quais sejam, a positiva, voltada à transformação do sujeito, e a negativa, relacionada à neutralização do mesmo. Ambas constituem o fim da pena, atribuindo ao direito penal não apenas a função de prevenir delitos, mas também para transformar os indivíduos desviantes através de técnicas disciplinares de docilização (Ibid).

Já a prevenção especial negativa busca neutralizar o autor do crime, o que ocorre mediante o isolamento ou eliminação, por meio de “técnicas de amputação e de melhoria social” (Ibid, p. 214). Já a chamada prevenção especial positiva, cujo olhar merece um maior destaque, volta-se exclusivamente à transformação positiva do sujeito. Tal teoria encontra respaldo no fato de que o infrator é alguém que deve ser transformado ou regenerado, atribuindo à pena uma função pedagógica.

Nesse diapasão, as doutrinas da emenda atribuem à pena uma finalidade pedagógica, compreendendo-a como uma espécie de tratamento (moral, pedagógico ou médico) ao criminoso, que deve ser, além de punido, também reeducado. Como o estudo de tais teorias representa o principal enfoque do presente trabalho, posto que atribuem à pena uma tarefa de transformação da subjetividade do apenado, afetando-o diretamente na liberdade de ser, as mesmas serão discutidas de modo aprofundado.

Nesse viés, destaca-se o apontamento de Ferrajoli,

As doutrinas de emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior. [...] Em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delinquente, mais do que o fato delituoso – o pecador mais que o pecado, o doente mais que o sintoma -, a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena. Tal fato se reflete na própria forma do julgamento, orientando à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais do que à individualização de sua conduta. (2002, p. 218)

O delito é visto como patologia e o criminoso como um sujeito anormal. Nesse sentido, segundo tais discursos, fatores genéticos, sociais ou psíquicos determinam a prática de um delito, sendo a pena capaz de promover uma transformação do criminoso, seja por meio da reeducação baseada em valores socialmente dominantes, ou, ainda, por intermédio de medicamentos. Tal concepção justifica a aplicação de penas por períodos indefinidos, uma vez que a duração das mesmas estaria condicionada à cura ou arrependimento do indivíduo (Ibid, 2002).

A punição é vista como um tratamento, cujo objetivo é “curar” o sujeito submetido ao cárcere. Ocorre que, tal finalidade da pena representa, indubitavelmente, uma violação aos valores de um Estado Democrático de Direito, uma vez que encara o sujeito como um meio a serviço de um fim, qual seja, transformá-lo em alguém “controlado”. Tais aspectos demonstram como a prisão representa um instrumento de poder.

As críticas direcionadas à teoria da prevenção especial positiva relacionam-se com o fato de que o ideal transformador/ressocializante da pena é inalcançável. Isso porque, o cárcere, antes de se apresentar como um lugar terapêutico, é, sobretudo, um ambiente produtor de sofrimento e fomentador de criminalidade. Ainda, porque educação e punição são ideais diametralmente opostos, assim como cárcere e liberdade.

Nesse diapasão, a ideia de transformação do sujeito através de pena viola, sobretudo, o valor da dignidade humana, sendo incompatível com o princípio da liberdade. Além de violar os principais fundamentos de um estado democrático, a finalidade de prevenção especial positiva encontra outra barreira para sua justificação, qual seja, a liberdade de cada sujeito diante de qualquer circunstância. Para tanto, afirma John Stuart Mill, citado por Ferrajoli (2002, p. 219), “sobre si próprio, sobre sua mente, o indivíduo é soberano”.

Para além disso, em uma análise filosófica e existencial, o princípio da livre determinação do sujeito mostra-se um obstáculo insuperável para a realização de tal função. Isso porque, a partir de concepções libertárias, é possível questionar a teoria da prevenção especial, que propõe uma espécie de “pedagogia” que, inspirada na criminologia positivista lombrosiana do século XIX e em princípios religiosos próprios ao direito canônico medieval (pecado/penitência), concebe o criminoso como um ser anormal, uma espécie de doente, e, como tal, adaptável ou tratável, mediante a adoção de técnicas e mecanismos disciplinares, estruturadas na lógica do prêmio/castigo. Ao fazer deste modo, colocam seres humanos em patamar equivalente ao de animais “adestráveis”, negando-lhes sua dimensão mais fundamental: a liberdade subjetiva.

Além disso, o encarceramento produz um efeito contrário ao da transformação positiva do sujeito. Isso porque, através do estigma e do processo de construção da imagem do preso como inimigo da sociedade, o apenado acaba assumindo a identidade desviante, uma vez que este se torna um lugar de reconhecimento. Nesse viés, conforme aponta Alvin Augustus de Sá (2012), o processo de construção da imagem do inimigo se inicia a partir da identificação da co-

letividade com a vítima, o que origina uma relação pautada por sentimentos de ódio e vingança entre a sociedade e o acusado. Diante disso, o inimigo da vítima passa a ser considerado inimigo coletivo, o qual, ao ser visto como uma espécie de adversário, precisa ser combatido e anulado. A reintegração do sujeito ao corpo social não é almejada, visto que a união da sociedade na luta pela exclusão do sujeito é intensa e reflete, inevitavelmente, no sistema penal, que reage com a adoção de medidas invasivas e repressivas ao condenado.

O processo subsequente de criação da imagem do inimigo é instituído a partir do momento em que o sujeito condenado pela prática de um ato criminoso tem o vínculo social rompido, passando a ser visto como anormal, estranho, distinto dos demais e, conseqüentemente, não pertencente à sociedade. O ato criminoso acaba definindo integralmente o indivíduo, que passa da esfera de um sujeito dotado de inúmeras particularidades para alguém que é culpado de um crime e responsável por todo o mal causado. O processo final desta construção está relacionado com a adoção dos papéis atribuídos ao sujeito que praticou o ato danoso. A autoimagem do inimigo faz com que o indivíduo assuma o papel de estranho que lhe foi atribuído e, a partir disso, veja a sociedade também como inimiga. Nesse processo, a possibilidade de reaproximação entre ambos é desfeita, assim como o sentimento de pertencimento. Todos os processos vivenciados pelo condenado, os quais reforçam a ideia de um “ser estranho”, distinto dos demais, estão ligados diretamente na construção da imagem que este possui de si mesmo (SÁ, 2012).

Para reforçar tais reflexões, traz-se aqui a perspectiva de Marilena Chauí (2011) sobre a violência e sua relação com o que se denomina por sujeito ético. Conforme a autora, o sujeito ético é aquele que, dotado de racionalidade e liberdade, possui consciência daquilo que faz. Tal sujeito constitui-se como um ser livre, cuja liberdade se faz presente em cada ação, a partir de escolhas racionais, e é um ser responsável, uma vez que é capaz de assumir responsabilidades diante de seus atos. Em razão disso, somente uma ação consciente, livre e responsável consistirá em uma ação ética.

Nesse viés, CHAUI (2011) observa que o sujeito ético é aquele que tem suas condutas pautadas pelos valores da liberdade, da consciência e da responsabilidade. Além disso suas ações, serão virtuosas se forem pautadas pelos valores do bem e do justo. Ainda, os valores supramencionados pressupõem autonomia, a qual somente é alcançada quando as ações do sujeito resultarem de uma escolha livre do próprio agente, sem a incidência de qualquer tipo de coação externa, de constrangimento ou de uma cultura disciplinar, seja ela estruturada a partir da lógica da coerção, do prêmio ou do castigo.

Ao conceber que uma ação somente será ética se partir de um sujeito dotado de liberdade, racionalidade e responsabilidade, Chauí (2011) propõe um conceito de violência, compreendendo-a como toda forma de agir que se utiliza da força para incidir sobre a subjetividade do ser; todo ato contrário à liberdade e à vontade de alguém. Por isso, a violência se opõe à ética na medida em que viola a condição de racionalidade e autonomia do indivíduo e, nas palavras de Marilena Chauí (2011, p. 1), “na medida em que a ética é inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre e responsável, tratá-lo como se fosse desprovido de razão, vontade, liberdade e responsabilidade é tratá-lo não como humano e sim como coisa, fazendo-lhe violência nos cinco sentidos em que demos a esta palavra”.

Sendo assim, qualquer ato cuja finalidade seja transformar o indivíduo contra a sua vontade (seja pela lógica disciplinar ou pedagógica), como propõe a teoria da prevenção especial,

assume um caráter violento, por tratar o sujeito como alguém desprovido de autonomia. Nesse viés, a ideia de ressocialização do indivíduo privado de liberdade somente seria legítima se condicionada à sua escolha diante das possibilidades que lhes são apresentadas, ou seja, a escolha em aderir ou não a qualquer atividade de cunho educativo ou ressocializador. Além disso, tal condição somente seria possível a partir da ampla garantia aos direitos fundamentais, o que não se verifica como realidade no atual sistema prisional brasileiro (FERRAJOLI, 2002).

Nesse aspecto, conforme aponta Maria Lúcia Karam (2004), atribuir à pena um caráter preventivo especial é legitimar uma política punitiva que já se mostrou ineficaz e cujo fracasso é visível a partir dos dados do sistema penitenciário, os quais demonstram um crescimento exacerbado no número de pessoas privadas de liberdade e, paralelamente a isso, os índices de criminalidade permanecem evoluindo, de forma a provocar o uso exclusivamente simbólico do direito penal. Além disso, a prisão não cumpre com sua função declarada, não reintegra ou socializa o sujeito, somente reproduz relações guiadas pela lógica de “prêmio e castigo”, buscando “educar” através da propagação do medo e da subordinação.

Além disso, possui como principal característica a seletividade, por não possuir capacidade de punir todas as condutas criminosas. Sintetizando o papel exercido pela prisão, Michel Foucault (2010, p. 196) refere que

A pena ainda se dirige à alma, à expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Retirando o tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalência quantitativa delitos-duração. Daí a expressão tão frequente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contraria a teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para ‘pagar a sua dívida’. A prisão é ‘natural’ como é ‘natural’ na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.

O modo de atuação do sistema de justiça penal, cujo objetivo é manter a ordem através da repressão, produz uma falsa percepção sobre o perfil daqueles que praticam atos delituosos, fazendo com que determinadas populações se tornem clientes do aparato penal. Diante do visível fracasso do direito penal, surgem movimentos pautados por ideais opostos àqueles que constituem o sistema punitivo, dentre os quais pode-se citar o abolicionismo penal.

Diante de todo o exposto, refletir sobre a atuação do sistema penal tendo como ponto de partida os valores da liberdade e da dignidade humana, exige colocar em discussão estruturas de poder preestabelecidas e seus discursos de sustentação. Estruturas que, segundo Foucault (2010), por sua característica disciplinar, de vigilância total e de imposição de dor, atuam sobre corpos na tentativa de docilizá-los (pela via da transformação das “almas”), conferindo ao sistema de controle punitivo poderes cada vez maiores e também mais sutis, buscando colocar apenas numa condição de absoluta submissão, o que significa, em última instância, negar também sua autonomia interna e, como consequência, sua própria condição de humanidade e dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto até aqui e conforme aponta Paulo Queiroz (2014), o crime não existe naturalmente, ou seja, uma conduta criminosa somente o é em razão de uma norma que assim a definiu. Além disso, como visto, a lei penal, em que pese sua pretensão de dissuadir

comportamentos delituosos, não cumpre com tal finalidade e, especialmente no que tange à prevenção especial, a prisão não reintegra, não ressocializa, nem transforma positivamente o sujeito, pelo contrário, segrega indivíduos, produz e reproduz violência e pauta-se por relações de dominação em que prevalece a lógica do “prêmio e castigo”, possuindo como regra de atuação a seletividade.

Soma-se a isso o fato de que o Estado retira das partes a oportunidade de resolver de maneira efetiva os conflitos. Ao considerar o crime uma ofensa à sociedade, ignora completamente as necessidades da vítima, a qual ocupa um lugar secundário durante o processo. Ademais, o sistema penal atua de maneira abstrata, sem levar em consideração as particularidades inerentes a cada situação em concreto.

Não havendo justificativa para a manutenção de um sistema que atua desrespeitando os direitos e garantias fundamentais, mostra-se imprescindível, portanto, uma mudança estrutural que proponha uma nova forma de enfrentamento aos atos danosos. A adoção de outras ferramentas para a resolução de conflitos, baseadas em práticas que não instrumentalizam o acusado, fundamentadas na participação e responsabilização dos envolvidos, a fim de respeitá-los em sua dignidade, parece o caminho a ser percorrido para substituir, pouco a pouco, a utilização do cárcere como pena.

O sistema penal moderno, ao estabelecer a pena privativa de liberdade como resposta às condutas criminosas, além de exercer sobre os sujeitos uma violência programada, os instrumentaliza em nome de uma suposta defesa social, contribuindo para a docilização de corpos e para a formação de uma sociedade disciplinar. A prisão, por sua vez, dilacera o indivíduo e impõe sofrimento, sequestrando as possibilidades de vida daqueles que compõem a população carcerária. Nesse sentido, considerando que o sujeito é produto e produtor da modernidade, a justiça penal não pune porque tal técnica é inerente à sociedade. A ideia de que o Estado, ao garantir para si o exercício do jus puniendi, estaria protegendo o autor do delito de uma suposta vingança privada, somente se justifica através de uma visão restrita do sujeito, o que não é aceitável, uma vez que não há um indivíduo punitivo e violento por natureza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

CHAUÍ, M. Contra a Violência, 2011, Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2011/06/contra-a-violenciamarilena-chauai.doc>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 28. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos/direitos-humanos.php>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: parte geral. 10. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

SÁ, Alvino Augusto. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. XX, n. 99, p. 215-238, 2012.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O tribunal penal internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 453 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Direito ao conhecimento da origem genética x violação do direito da personalidade

Rhaquel Tessele

Aluna de pós-graduação em Direito das Famílias e Sucessões na Faculdade Legale

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.12

RESUMO

Com a publicação da Lei nº 14.138, permitindo nos casos de ação de investigação de paternidade, que se realize o exame de pareamento do código genético (DNA) em familiares do suposto pai, na qual trouxe uma significativa alteração a legislação já existente. Neste contexto o presente estudo tem como escopo analisar a ação de investigação de paternidade no contexto dos direitos da personalidade da criança e de seu suposto pai. Para tanto, serão escrutadas as peculiaridades da ação investigatória da paternidade. Abordando-se os direitos de filiação e paternidade. A temática apresenta controvérsias que despertam importantes discussões, especialmente nas hipóteses de negativa de paternidade. O estudo de referidas questões se mostra relevante, pois se discute o direito à dignidade da criança, sobretudo quando da busca da identidade biológica, do mesmo modo que expõe a questão dos direitos assegurados ao suposto pai e aos demais integrantes da família.

Palavras-chave: inovação legislativa. direitos fundamentais. investigação de paternidade

ABSTRACT

With the publication of Law No. 14,138, allowing in cases of paternity investigation action, the genetic code (DNA) pairing test be performed on relatives of the alleged father, in which he brought a significant change to existing legislation. In this context, the present study aims to analyze the action of paternity investigation in the context of the rights of the personality of the child and his/her supposed father. To this end, the peculiarities of the investigative action of paternity will be seceded. Addressing the rights of parenthood. The theme presents controversies that arouse important discussions, especially in the negative hypotheses of paternity. The study of these questions is relevant, because the right to the dignity of the child is discussed, especially when seeking biological identity, in the same way that it exposes the issue of the rights guaranteed to the supposed father and other members of the family.

Keywords: legislative innovation. fundamental rights. paternity investigation.

INTRODUÇÃO

A ascendência biológica sempre teve importância na sociedade, ganhando maior relevância nos tempos modernos, através da regulamentação jurídica do conhecimento da origem genética através da ação de investigação de paternidade. Nesse caminho evolutivo, a descoberta da paternidade biológica permeou diversos planos, partindo de simples presunções da sua existência até as mais modernas técnicas científicas que contribuem para a determinação precisa da ascendência.

É direito de qualquer indivíduo conhecer seus ascendentes biológicos por herança genética, para ter o nome de seus genitores, em seu registro de nascimento. E em hipótese de o possível pai recusar a reconhecer sua filiação biológica, ele poderá ser acionado Judicialmente, em Ação de Investigação de Paternidade.

Esta ação será movida pelo filho, ou caso o mesmo seja menor ou incapaz, representado

por sua mãe, em desfavor do suposto pai que se recusa a reconhecer a paternidade de maneira amigável. Sendo confirmada a filiação, o filho terá direito de que o sobrenome do genitor conste em seu registro de nascimento e o pai passará a arcar com todos os deveres legais relacionados à paternidade.

O reconhecimento da identidade genética, para aqueles indivíduos que não a tiveram por livre e espontânea vontade do seu genitor, é possibilitada desde os tempos romanos. E chegou aos tempos modernos, evoluindo quanto às restrições no tocante à capacidade e ao objeto, culminando, na atualidade, na livre investigação da sua origem e reconhecimento jurídico da relação de parentesco, inclusive isenta de qualquer ato discriminatório. A evolução patente das ações de investigação de paternidade se torna ainda mais evidente quando se pensa nos meios de prova capazes de provar a filiação.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, deixou-se para trás velhas concepções, considerando a família independente de casamento, conferindo aos filhos todos os direitos, proibindo qualquer discriminação que fosse relacionada à filiação. Desta maneira sendo filho de uma relação matrimonial ou extramatrimonial, o pai tem o dever de promover e respeitar o bem de todos

A filiação, conforme aduz o art. 1.603 do Código Civil, é comprovada pelo registro de nascimento. Ausente o nome do genitor, inexistindo o reconhecimento voluntário e sendo a filiação extramatrimonial, poderá o pretense filho ajuizar ação investigatória.

A presunção relativa - *iuris tantum* - de paternidade, em caso de negativa de se realizar o exame de DNA, cuida-se de entendimento Sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade”.

Essa presunção é relativa pois ela pode, a qualquer tempo, ser afastada, seja por exame de DNA, seja por prova inconteste de infertilidade, por exemplo. Saber a identidade pessoal é de suma importância, pois abrangem uma pluralidade de valores que vão além da identidade genética, como a identidade moral, política e cultural, definindo as características subjetivas de cada ser humano, que se manifestam no nome, nas impressões digitais e nos demais traços que lhes são peculiares, individualizando-o perante seus pares.

O DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Atualmente, a família como instituição mater pode ser apontada como o reflexo das transformações pelas quais o ser humano tem forjado a sua existência, temporalmente circunstanciada. Nela evidencia-se uma sorte de perplexidades que o futuro insinua ou apresenta como inexorável, afirmando a emergencial redefinição do humano e de suas produções culturais

O direito, nesse caso, se situa na ponteira da articulação entre o ser humano perplexo e a necessidade de normatização do real para a concretização e o balizamento ético das demandas, dos sonhos e dos desejos. Exatamente pela posição que o direito ocupa, posição de articulação e de expressão da significação dos planos real, imaginário e simbólico, é que ele se coloca atualmente em algumas situações específicas como se estivesse operando em um vácuo jurídico em que parece que a única luminária que se mantém acesa na imensa abóbada de inter-

rogações é precisamente a intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Não custa advertir que, apesar desse cenário, a filiação é o liame derivado da noção de filia, evocando a amizade, o amor e, especialmente, a responsabilidade recíproca. Desse entendimento advém a ideia de paternidade responsável. A filiação é, em algum momento, parte da agenda de todos os seres humanos, sendo um conceito em constante construção. Trata-se de uma dinâmica que se amplia a partir da pessoa que, no decorrer de sua existência, desenvolve a sua personalidade e a sua identidade pessoal, carecendo de uma espécie de reconhecimento social para afirmar-se como cidadão, como partícipe e como codetentor dos direitos humanos e fundamentais

Dada a relevância dessa modalidade de vínculo, bem como a partir da inescusável referência ao aspecto patrimonial a ele correlato, a família constituiu-se, no decorrer da história da humanidade, como fonte primeira da ideia de identidade. O traço identitário resultante do reconhecimento no seio familiar, destarte, foi sempre fonte de intensa normatização e obteve distintas formas de proteção. A busca pela certificação dos laços consanguíneos intrafamiliares foi historicamente alvo de suposições e também de uma série de afirmações que se delineavam desde a utilização de critérios baseados em credices e em superstições⁵ até o apogeu do uso pós-moderno das tecnologias da identificação genética

Perante esta mudança na sociedade, em que muitas vezes a única responsável pela criação dos filhos é a genitora, veio a Constituição Federal no seu artigo 226 parágrafos 3º e 4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] §

3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecido a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.(BRASIL, 1988)

O direito de filiação, com a Carta Magna, tornou-se fruto do princípio fundamental da República brasileira, exposto na Constituição, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos indisponíveis do autor da ação de investigação de paternidade (direito à filiação).

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À FILIAÇÃO

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do ordenamento jurídico – positivado no art. 1º, III, da CF de 1988 (BRASIL, 1988), considerado base de nosso Estado democrático de direito, expressando o respeito, a proteção e a intocabilidade essenciais a todos os seres humanos. De modo que não há como aceitar atos e condutas que possam violar tal princípio.

Na filosofia, o princípio da dignidade se associa à ideia do virtuoso, bom e justo, com os valores de segurança, justiça e solidariedade, tornando-se referência dos demais direitos e garantias do homem nas Constituições dos Estados democráticos e nos documentos de órgãos internacionais (REBOUÇAS, 2020).

No plano conceitual, segundo Piovesan (1998, p. 143), a dignidade da pessoa humana

seria:

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. [...]. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Assim, como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada norteadora de “todas as normas jurídicas existentes, uma vez que têm influência direta no conteúdo e no alcance das normas” (RIZZATO NUNES, 2002, p. 5), inclusive, é um princípio fundamental “maior”, norteador dos direitos e das garantias constitucionais para a proteção das pessoas.

Dessa maneira, a dignidade humana se coloca no patamar principiológico na CF de 1988 (BRASIL, 1988), com caráter fundamental, que se irradia por todo o ordenamento jurídico e determina todas as diretrizes de elaboração, interpretação e aplicação das demais normas. Atua como espécie de “bússola” dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) na execução das normas e na elaboração de políticas públicas.

Resta evidenciar a vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com as relações familiares, em particular com os aspectos inerentes à filiação.

Os direitos humanos infantojuvenis têm como referência a doutrina da proteção integral estabelecida pela CF de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069 (BRASIL, 1990). Nesse passo, é imperativo reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, sendo o Estado, a sociedade e família responsáveis pela proteção e garantia, com prioridade absoluta, dos direitos humanos fundamentais dessa população. Isso implica que o escopo maior de proteção se irradia a partir da dignidade da pessoa humana.

O direito à filiação, por ser um direito humano inerente ao aspecto conformador da dignidade da pessoa humana, goza de garantias individuais, que também devem ser asseguradas pelo Estado, como agente precípua, capaz de implementar políticas públicas para que todos tenham direito ao seu reconhecimento paterno. Para tanto, no caso de resistência injustificada por parte do pai biológico, nosso sistema jurídico dispõe da investigação de paternidade como medida judicial, independente do beneficiário ter sido concebido ou não no âmbito de uma relação conjugal reconhecida

São constitucionalmente proibidas quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação. Portanto, todos os filhos gerados por um indivíduo são legítimos, independente de terem sido concebidos ou não mediante relação oficialmente reconhecida pelo Estado. A concepção, ainda que indesejada, não pode resultar em negligência no reconhecimento de paternidade, o que impõe uma mácula desarrazoada ao ser humano, devido à sua condição de impotência diante dos fatos que resultaram em sua concepção e sua identidade como pessoa humana.

O princípio da dignidade humana trouxe importantes reflexos à família, com aspectos que orientam a promoção da igualdade com equidade, mediante critérios de moderação com imparcialidade e equivalência para tornar iguais os direitos em determinada situação, considerando as nuances da realidade. Desse modo, entre homens e mulheres, nas relações afetivas

que resultaram em filho(s), deve-se garantir o reconhecimento desse(s) novo(s) ser(es), pouco importando a qualidade de tais relações afetivas, pois, no contexto social contemporâneo, coexistem os mais diversos padrões de família (união estável, incluindo uniões homoafetivas, ou famílias monoparentais).

Dessa maneira, o direito à filiação é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, garantia fundamental assegurada por nossa Carta Magna, razão pela qual o ordenamento jurídico pátrio garante esse direito (como se tem decidido reiteradamente em nossos tribunais, nas mais diversas instâncias).

Vale lembrar que, antes da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o direito à filiação tinha outros aspectos. Os filhos havidos fora da relação do casamento não tinham a possibilidade de inserir-se na linhagem de parentesco consanguíneo paterno para que pudessem acessar, além do direito à filiação, o direito ao nome, à convivência familiar, aos alimentos e à herança, dentre outros. Infere-se que o direito à filiação suscita o reconhecimento de outros direitos de ordem social e patrimonial.

Historicamente, a filiação serviu para assegurar a preservação da família tida como “legítima”. Em virtude disso, os filhos havidos no casamento e aqueles concebidos em relações extraconjugais eram divididos em categorias, como explica Lopes:

Os advindos do matrimônio legalmente constituído eram tidos como legítimos, possuindo assim uma relação jurídica correlata à situação de fato, ligando aquele filho àquele pai, já que a paternidade era presumida nesse caso. Todos os outros nascidos fora de um matrimônio eram considerados de uma categoria inferior – os naturais – que recebiam rótulos conforme sua concepção: adulterinos, incestuosos, bastardos. Nesse caso o pai era sempre “incerto”. A essa segunda categoria era negado qualquer tipo de direito, já que nosso ordenamento continha a proibição do reconhecimento destas crianças.

Essas modelos de filiação permaneceram válidas durante grande parte do século XX. Entretanto, mudanças graduais nas leis acabaram por desvincular o estado de filiação da situação conjugal dos pais, além de equiparar direitos entre os filhos concebidos em uma união oficialmente reconhecida ou não.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Decreto n. 4.377 (BRASIL, 2002b, art. 5º, caput e b) – estabelece orientações semelhantes:

Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para: [...] b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

E, ainda:

Artigo 16 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: [...] d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial; [...] (BRASIL, 2002b, art. 16, caput e d).

Com o advento da Constituição Federal a família adquire importância jurídica, também se tornando alvo de proteção em sua diversidade de composição. O art. 226 da CF de 1988 (BRASIL, 1988) aduz que a família tem proteção especial do Estado, de modo a evitar violações

e trazer garantias à família. Há preocupação no Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406 (BRASIL, 2002a) –, que contempla um livro específico sobre o tema, intitulado “Direito de Família”; e, ainda, há outras legislações esparsas que versam sobre tal proteção.

Direito ao conhecimento genético

O refreamento do direito à filiação integral, concebido na perspectiva que ora se expõe, é caracterizado por óbices extraídos da leitura do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo e consubstanciam-se nas seguintes temáticas: (a) a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame pericial em DNA e (b) a ausência de lei que regulamente e fiscalize a implantação de laboratórios de análise em DNA para fins de atribuição de paternidade.

O viés ético permeia as reflexões sobre este refrear e, é com esta conotação que se propõe redescobrir o sentido do Direito para o ser humano que busca realizar, integralmente, seu processo de descoberta e autoconhecimento com a revelação de sua ascendência genética paterna.

Neste sentido, impõe-se a defesa da ideia de que o sistema jurídico necessita atender a vida do ser humano e que isto somente será possível, no atual contexto, se o comportamento humano dentro das relações privadas e a codificação jurídica que molda tais relações forem revistos, a partir de uma nova ética.

A primeira reflexão que se propõe fazer diz respeito à recusa do suposto pai a contribuir com a revelação da verdade biológica por meio da análise do exame pericial em DNA. No sistema jurídico brasileiro, a legitimidade da recusa nasceu de um entrave estabelecido entre dois direitos: de um lado, o direito do filho de conhecer sua ascendência genética por meio da análise em DNA, e de outro, o direito do suposto pai negar-se à realização da perícia.

Trata-se de uma hipótese colisão de direitos fundamentais. De um lado, como conteúdo da tutela da dignidade humana do filho - o direito à integridade psíquica que se perfaz com a revelação de sua origem genética, o direito à paternidade responsável, o direito à tutela de sua personalidade humana que se consubstancia, dentre outros aspectos, no direito à filiação integral ou à biparentalidade genética. De outro, também inseridos no conteúdo da tutela da dignidade humana, o direito do suposto pai à integridade física, à liberdade, à intimidade e à vida privada, além da tutela invocada em relação ao princípio da legalidade.

Desta colisão de direitos fundamentais, prevaleceu no sistema jurídico brasileiro o direito do investigado que se consagrou, em julgamento histórico da Suprema Corte em 10 de novembro de 1994 (HC 71.373-4) como prevalente e, em razão disso, tornou-se o primeiro e mais veemente óbice ou refreamento à revelação da verdade científica da filiação, impedindo o conhecimento da ascendência genética por meio do exame pericial em DNA.

Não obstante a decisão em comento ter respeitado as prerrogativas do suposto pai, é importante destacar que ela patenteia no Direito brasileiro a importância da descoberta da ascendência genética paterna, reforçando o debate teórico da construção de um direito fundamental da pessoa humana de conhecer sua origem biológica. O julgado histórico e fundante da Suprema Corte de 1994, ao contrário do que se pudesse pensar, não finda o debate sobre o tema, mas sim inicia toda uma jornada de discussões e reflexões teóricas e empíricas, tais como a solução da colisão de direitos fundamentais, os efeitos da recusa legítima do suposto pai, a presunção

de paternidade por confissão ficta, a inversão do ônus da prova na investigação de paternidade, até chegar-se ao Código Civil que, em seus artigos 231 e 232 contempla a matéria em exame.

Voltando-se, então, para tal ponderação e analisando o conteúdo da invocada tutela da dignidade humana do filho e do suposto pai que firmam o conflito em exame, tem-se no conteúdo da dignidade do filho a busca da revelação da sua ascendência genética paterna para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa - a filiação integral e o status de filho -, que contribuem para a formação integral de sua personalidade a partir da identidade pessoal de seus ancestrais.

De outro viés, o conteúdo da dignidade do suposto pai revela-se pela proteção à sua integridade física, à sua intimidade e vida privada ao impedir que se extraia uma gota de sangue, a raiz de um cabelo, saliva ou qualquer outro material de onde se possa extrair DNA, exercitando seu direito de liberdade com base, inclusive, no princípio da legalidade.

A partir da problemática ora exposta, o que se pretende pontuar aqui é a defesa de uma nova forma de conceber o direito ao estado de filiação, para dele emergir uma releitura do sistema jurídico brasileiro no sentido de se fazer prevalecer o direito do filho, em decorrência da premissa teórica de que se está diante de um direito de caráter humanitário e personalíssimo, não mais meramente funcional ou instrumental, de forma a atribuir à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao 'atentado' à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo para proteger aquela das partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo fato de seu nascimento.

Corroborando a ideia que ora se lança, cumpre destacar que o direito à revelação da ascendência genética e o estado de filiação tem, no contexto atual do sistema jurídico brasileiro, conotação pública, de onde justificar-se que, na hierarquia de valores, prevalece o interesse do filho em relação ao interesse do suposto pai, cujo pleito de proteção à integridade física pode parecer mero interesse particular se contraposto ao direito ao estado de filiação integral, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar do ser humano, configura, acima de qualquer dúvida, interesse de toda a coletividade.

Esse interesse público, além de estar demonstrado no Brasil pela edição das leis ordinárias já referidas (Leis nº 8.069/90 e 8.560/92), após a consagração constitucional do princípio isonômico da filiação - artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 - é asseverado pelo advento da prova pericial em DNA, que fez surgir, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta ou presumida, decorrente de provas indiciárias ou subjetivas, a exemplo da prova testemunhal, pela verdade científica ou biológica com resultado seguro às partes, seja apontando pela exclusão ou pela inclusão de paternidade, evolução esta que não pode ser desconsiderada nos dias atuais na avaliação das provas em demandas investigatórias de paternidade.

O patrimônio genético não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce". A prevalência do direito do filho deve-se, ainda, à consideração ao direito natural da individualidade e da diversidade, que servem com fundamento para outro direito, o da identificação - pessoal (eu comigo) e social (eu com outros).

Neste viés, tal direito deve fazer com que os direitos fundamentais do investigado cedam em favor daquele - sujeição que encontra respaldo no processo de ponderação e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa sujeição, abre-se uma outra reflexão deste estudo, que perpassa, também, pelo viés ético: a implementação no Direito brasileiro da obrigatoriedade de submissão à prova genética em DNA, já que se está a tutelar um direito fundamental e de relevância pública, de forma a contribuir com o desvelar da verdade biológica e com o livre desenvolvimento da personalidade, abandonando o jogo de presunções e da verdade ficta que sempre assombrou as lides investigatórias de paternidade. Essa obrigatoriedade encontra fundamentos que afastam a hipótese de torná-la uma regra jurídica que possa se caracterizar como uma afronta à dignidade da pessoa do investigado, a qual permanece preservada, mas é relativizada no processo de ponderação e por razões que justificam a própria obrigatoriedade.

O primeiro desses fundamentos refere-se ao reconhecimento da hegemonia da prova pericial em DNA, notadamente quando utilizada como fonte da verdade genética da filiação. Na sociedade contemporânea, o DNA passou a ser história e destino na vida de quem vem ao mundo sem conhecer sua ascendência genética, e desvelá-la torna-se um direito fundamental na construção da identidade pessoal.

Reconhecimento dos filhos

O reconhecimento dos filhos é o ato jurídico no qual é declarado, voluntária ou involuntariamente, a existência de um vínculo de filiação em favor daquele que não tenha em seu favor a presunção de paternidade.

É de extrema importância o reconhecimento da filiação para que a pessoa possa ter notícia dos seus vínculos de parentesco e familiares, atendido o preceito constitucional do art. 227, caput, que garante à pessoa o convívio familiar. Além disso, o reconhecimento identifica o membro do grupo social como integrante de certa família, garantindo-lhe o direito de ser assistido, adotar o sobrenome dos genitores etc. (RODRIGUES, 2008, p. 115).

Faz-se necessário o reconhecimento em razão da existência da filiação extramatrimonial, ou seja, aquela que não se funda em prévia presunção de paternidade

Havido o reconhecimento do filho, os efeitos se operam retroativamente, já que o reconhecimento apenas atesta uma situação jurídica que sempre existiu, embora ainda não se encontrasse devidamente comprovada. E, por isso, o filho reconhecido somente poderá residir no lar conjugal, quando se tratar de filho advindo de uma relação alheia ao casamento, se houver a anuência do consorte, para se evitar maiores traumas familiares para os dois lados, isto é: ao cônjuge e membros da família daquele que reconheceu seu filho e ao filho reconhecido, que pode ser rejeitado e maltratado pelos outros. Aquele que reconhecer o filho menor terá o direito de exercer a guarda em relação a ele, salvo se for reconhecido por ambos os genitores, sem que entre eles haja sido firmado um acordo quanto à guarda e direito de visita, caso em que será ela conferida em favor daquele que tiver melhores condições, observadas as regras relativas à proteção dos filhos menores ou maiores e incapazes. (RODRIGUES, 2008, p. 116).

O reconhecimento de filiação pode ser realizado por qualquer dos genitores, a qualquer tempo, em conjunto ou por ato individual. Assim, um não depende do auxílio do outro para reconhecer o seu filho. A garantia adjudicada pelo legislador civil visa atender ao princípio de caráter constitucional, conferindo ao menor, especialmente, o direito de saber suas origens

A primeira forma pela qual pode ser realizado o reconhecimento dos filhos é pelo ato voluntário. Manifestando de forma solene, declarando-se como filho pessoa que ainda não tinha prova de filiação.

Qualquer que seja a forma de reconhecimento, a oponibilidade erga omnes somente se inicia com a alteração do Registro Civil, mediante averbação do reconhecimento. No entanto, o reconhecimento produz efeitos retroativos, já que tem efeito declaratório de uma situação jurídica que sempre existiu (Rodrigues, 2008, p. 119).

O reconhecimento somente pode ser manifestado por um dos meios previstos no art. 1.609 do CC. Como se trata de ato solene, a inobservância da forma prevista em lei acarreta a nulidade absoluta do ato, na forma do art. 166, IV, do CC.

Em seu primeiro ato, o reconhecimento pode ser feito no registro de nascimento. Por esta forma, o reconhecimento deve ser somente posterior ao nascimento do filho para ser eficaz. A segunda forma de reconhecimento se dá por escritura pública ou ato particular a ser arquivado em Cartório. A escritura pública é lavrada perante o Tabelião de Notas, conforme o art. 215 do CC. Trata-se de ato formal, exigindo a presença de duas testemunhas.

A terceira forma do reconhecimento voluntário se dá por testamento, não havendo restrição quanto à modalidade de testamento.

Por fim, a última forma do reconhecimento se exterioriza pela manifestação direta perante o juiz, ainda que esse não seja o principal e único objeto da declaração.

O reconhecimento involuntário, forçado ou judicial, se dá através da ação de investigação de paternidade. Tal ação tem por objetivo demonstrar o vínculo de filiação entre o pai e seu filho. Trata-se de direito personalíssimo e indisponível.

Dispõe efetivamente o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de Investigação de Paternidade é o meio pelo qual o filho poderá pleitear seu reconhecimento filial por meio do Poder Judiciário, para que se estabeleça o possível vínculo jurídico entre pai e filho.

O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é a ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível. (GONÇALVES, 2015, p. 358).

O direito brasileiro evoluiu com mudanças ocorridas na sociedade e em sua cultura, como já citado anteriormente. As novas normas dão maiores proteções e igualdade às famílias estabelecidas extraconjugais, diferentemente do Código Civil de 1916, que distinguia os filhos havidos fora do matrimônio, definindo-os como adulterinos e incestuosos.

Trata-se de direito personalíssimo e indisponível. Dispõe efetivamente o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e também *ex tunc*: retroagem à data do nascimento (CC, art. 1.616). Quando se trata

de ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, tem aplicação a Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

Em algumas situações, todavia, existindo prova robusta relativa à filiação (por exemplo, exame de DNA), entendemos ser possível a fixação dos alimentos antes mesmo da sentença, por meio de medida cautelar ou tutela antecipada, no início do processo ou mesmo no curso da instrução probatória. E assim se tem orientado a doutrina e a jurisprudência. (RODRIGUES, 2004, p. 328).

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será representado pela mãe ou tutor

Hoje, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição (ECA. art. 27), isto é, por filhos outrora adulterinos e incestuosos, mesmo durante o casamento dos pais. A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade para a propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na ideia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal. (GONÇALVES, 2015, p. 360).

A sentença que julga procedente ação de investigação de paternidade faz coisa julgada também em relação aos demais filhos do investigado, ainda que só este tenha sido parte no processo. A ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada, sem restrição, por qualquer filho havido fora do casamento. O art. 363 do Código Civil de 1916 exigia a prova de um dos seguintes fatos: a) que ao tempo da concepção sua mãe estivesse concubina com o pretendido pai; b) que a concepção coincidissem com o rapto de sua mãe pelo suposto pai, ou de suas relações sexuais com ela; c) que existisse escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a expressamente. Bastava à prova, pelo menos, de uma dessas hipóteses.

Hoje, no entanto, com o exame de DNA, é possível afirmar-se a paternidade com um grau praticamente absoluto de certeza. A incerteza trazida aos autos pela exceção oposta pelo réu já não conduz, necessariamente, à improcedência da ação, pois mesmo comprovado o plurium concubentium, tal exame demonstrará, com elevado grau de certeza, quem é o verdadeiro pai. Por essa razão, o Código Civil de 2002 não especifica os casos em que cabe a investigação da paternidade. Poderá ser requerido, assim, como único meio de prova, o exame hematológico.

Ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras do seu sangue para a realização da prova pericial. No entanto, a negativa do réu pode levar o juiz, a quem a prova é endereçada, a interpretá-la de forma desfavorável àquele, principalmente havendo outros elementos indiciários.

Presunção de paternidade

A Lei 8.560/92 foi alterada pela lei 12.004/2009 regulamentando a investigação de paternidade, determinando que a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, gera a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (BRASIL, 2009)

Este entendimento já era predominante no judiciário, especificamente a partir do ano de 2004 quando o STJ editou a Súmula 301 pacificando o entendimento de que a recusa na realização do exame de DNA gera presunção juris tantum de paternidade. Isso quer dizer que essa presunção não desonera o autor de comprovar a existência do íntimo relacionamento do suposto

pai com a sua mãe, cabendo ao magistrado apreciar todas as provas constantes nos autos a fim de proferir a sentença.

Desse modo, fica claro que na ação de investigação e paternidade, todos os meios legais são válidos para fins comprobatórios, desde que sejam moralmente legítimos, conforme regra do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.004/09, de onde se lê: “A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”

Portanto, a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, não é suficiente para a declaração da paternidade, será necessário a comprovação do efetivo relacionamento do casal e indicativos de que mantiveram relacionamento sexual no período compatível com a gravidez.

Novidades acerca da Lei 14.138 /21

Promulgada em abril de 2021 a Lei 14.138 acrescentou o §2º ao artigo 2º-A da Lei 8.560/1992, que regulamenta a investigação de paternidade. Diante disto o referido artigo passou a seguinte redação *in verbis*:

§ 2º Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Mesmo podendo se interpretar de forma contrária, sempre foi permitido realizar o teste de DNA com parentes do que supostamente venha a ser o genitor da criança ou mesmo de quem pretenda ter seu vínculo reconhecido, esteja o mesmo em local incerto ou morto.

A grande novidade que destaca-se, é a possibilidade da aplicação da presunção de paternidade nos casos de recusa da realização do exame de pareamento do Código genético (DNA) pelos parentes do suposto pai.

No Brasil, no que pese o fato de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si, em sede de ação de investigação de paternidade, havendo a recusa do suposto pai (investigado) em realizar o exame de DNA, é possível a presunção da paternidade ser aplicada, em observância ao que fora sumulado pelo STJ, vejamos:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. (Súmula 301 STJ, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

Com o advento da lei 14.138/2021, a possibilidade de presumir-se a paternidade pela não realização do exame pericial por conta da recusa da parte investigada foi estendida aos casos em que, essa recusa, é dos parentes do investigado. Questão polêmica, frise-se!

Cabe ressaltar, e isso é importante, que a presunção precisa ser corroborada por um acervo probatório trazido aos autos pelo autor da demanda - o investigante.

Em síntese, a recusa não é garantia, por si só, de que a ação terá um desfecho exitoso e a paternidade será reconhecida, porquanto é necessário, invariavelmente, a análise de todo o contexto de provas que se tem nos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe bases para diversas questões elencadas pelo Direito Civil e outros tantos ramos do direito, contudo, ainda está longe de resolver todos os dilemas jurídicos atuais e os que ainda estão por vir, em especial aqueles oriundos das novas possibilidades por meio do avanço científico.

Dentro do Texto Maior, por exemplo, temos as bases do direito de família, prevendo a igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros, bem como entre filhos, independentemente de suas origens.

Não restam dúvidas quanto ao entendimento de que a negativa de o suposto pai em se submeter ao exame de DNA gerar a presunção *juris tantum* de paternidade, conforme entendimento da Súmula 301 do STJ e da Lei Federal 12.004/09 que alterou a Lei 8.560/92 acrescentando que gerará a presunção da paternidade, em ação de investigação de paternidade, se recusar a se submeter a exame de DNA a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Cabe salientar que com a promulgação da Lei 14.138, publicada em 19 de abril de 2021, não houve significativas alterações acerca da presunção da paternidade, visto que a legislação já permitia o exame de DNA em parentes do suposto pai caso este estiver em local não sabido ou seja ele falecido.

A grande mudança, foi relativa a poder ser aplicada presunção de paternidade caso este parente se recuse a fornecer material genético para tal exame.

Sendo assim, essa negativa não gera presunção absoluta, ficando o suposto parente com a prerrogativa de negar a suposta paternidade, caso não haja elementos que provem o relacionamento.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 16 set. 2002b.

BRASIL. LEI 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de julho de 1990

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 11 jan. 2002a.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 30 dez. 1992.

BRASIL. LEI Nº 14.138, DE 16 DE ABRIL DE 2021. Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização

do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que específica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14138.htm. Acesso em 20 de out. 2021

BRENDLER, K. M.; BOLZ, F. Projeto quem é meu pai? e sua relação com o direito à filiação. Curitiba: Edunisc, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro - Vol. 6 - Direito de Família - 14ª Ed. 2017. Ebook

LOPES, Lucas Marques. A chancela da simultaneidade familiar através do reconhecimento da união estável putativa no ordenamento jurídico brasileiro. 2015.

PIOVESAN, F. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, M. L.; PUSSOLI, L. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 1998.

REBOUÇAS, Glauber Dantas. E agora, juiz?: o poder judiciário entre uma constituição utópica e uma sociedade distópica. 2020.

RIZZATO NUNES, L. A. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÚMULA N. 301 - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

A (im)possibilidade/viabilidade da conciliação e mediação em casos de violência doméstica

Rhaquel Tessele

Aluna de pós-graduação de Direito Civil e Processo Civil na faculdade Legale

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.13

RESUMO

O presente estudo fundamenta-se na crítica analítica da Lei 11.340 popularmente conhecida de “Lei Maria da Penha”. Esta Lei visa proteger a mulher, visto que tem seu principal intuito é prevenir a prática de qualquer tipo de violência, através de ações ou mecanismos que visem reduzir a violência a este gênero. Assim, devido ao fato de serem necessários que os crimes dessa natureza sejam erradicados de maneira eficaz aparece políticas públicas na tentativa de erradicar com a violência de gênero cometidas no ambiente doméstico e familiar bem como a articulação de serviços em prol das mulheres vítimas de violência. Visa se com este artigo, analisar o assunto que concerne a referida Lei diante da sociedade brasileira contemporânea, visto que esta, além de buscar a punição do agressor, busca delimitar políticas públicas que as resguardem da violência doméstica, além de fornecer assistência para a vítima, agressor e seus dependentes, buscando entender se no ordenamento jurídico pátrio há possibilidade de conciliação mediante aos casos de violência doméstica. Para compor este artigo, a metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica. Por ser esta uma questão histórica e cultural é de extrema importância a necessidade de se erradicar violência doméstica contra a mulher.

Palavras-chave: medida protetiva. violência contra mulher. Lei Maria da Penha. criminalização. conciliação.

ABSTRACT

This study is based on the analytical criticism of Law 11,340 popularly known as “Maria da Penha Law”. This Law aims to protect women, since it has its main objective is to prevent the practice of any type of violence, through actions or mechanisms aimed at reducing violence to this gender. Thus, due to the fact that crimes of this nature are necessary to be effectively eradicated, public policies appear in an attempt to eradicate with gender violence committed in the domestic and family environment, as well as the articulation of services for women victims of violence. It aims to analyze the subject that concerns the said Law before contemporary Brazilian society, since it, in addition to seeking the punishment of the aggressor, seeks to delimit public policies that safeguard them from domestic violence, in addition to providing assistance to the victim, aggressor and their dependents, seeking to understand whether in the national legal system there is the possibility of conciliation through cases of domestic violence. To write this article, the methodology used was bibliographic review. Because this is a historical and cultural issue, the need to eradicate domestic violence against women is extremely important.

Keywords: protective measure. violence against women. Maria da Penha Law. criminalization. conciliation

INTRODUÇÃO

Podemos considerar que a violência contra o gênero feminino não é um fenômeno recente, visto que ela é observada desde os tempos mais remotos, isso ocorre devido as próprias características da sociedade o homem sempre foi considerado como ser superior à mulher, mas cabe aqui dissertar que as mulheres foram entendendo o seu papel na sociedade e passando a ter voz para requerer diversas questões. Assim, em 2006, com o advento da Lei 11.340/2006,

apelidada pela população como Lei Maria da Penha, tendo como finalidade principal diminuir os casos de violência doméstica e familiar, visando proteger as mulheres contra os mais variados tipos de violência que serão abordados também ao longo deste presente estudo.

A violência cometida contra o gênero feminino é considerada um problema de ordem social visto que geram inúmeras consequências para as mulheres que são feitas vítimas do autoritarismo masculino. Mediante esta problemática é importante entender e responder os seguintes questionamentos: quais são os critérios utilizados para aplicação das medidas protetivas? Quais são os principais tipos de violência cometidos contra a mulher e mediante este fato como pode se dar a punição do agressor e ainda Como a violência contra a mulher afeta sua integridade física e moral, e qual a solução que o ordenamento jurídico pátrio e conseqüentemente quais são os instrumentos necessários para que haja eficiência no acolhimento as vítima de violência doméstica.

Buscando responder os questionamentos supracitados o presente artigo tem como objetivo geral analisar as espécies de medida protetiva que melhor se encaixa na ressocialização da vítima, para o melhor desenvolvimento da integridade física, psicológica e moral da vítima e como objetivos específicos, enumerar os critérios para aplicação das medidas protetivas, dissertar acerca dos tipos de violência cometida e como se dá a punição do agressor, identificar as principais consequências trazidas para a mulher agredida, e quais são as soluções capazes de coibir que a violência seja praticada bem como analisar os elementos necessários para que haja o efetivo amparo a vítima.

A temática que envolve a violência contra a mulher ainda está muito presente na sociedade, e desta forma precisa ser discutida, visto que os índices de violência no país estão crescendo consideravelmente apesar das medidas protetivas existentes, e da legislação já ter criminalizado as condutas que venham a desrespeitar tais medidas. Insta salientar que o Brasil é um dos países com o maior índice de violência contra a mulher.

O debate referente a presente temática, fundamenta-se nas questões levantadas em razão do aumento do número de medidas protetivas impetradas atualmente. Destarte, a dificuldade que se expõe em prol obrigação de se debater o efeito ou não no molde de sua aplicabilidade e seus desenvolvimentos. Posto que como não exista na maioria das vezes, as mesmas simplesmente não são cumpridas.

A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica. Nesta diapasão, foram realizadas leituras e análises críticas em doutrinas, artigos e jurisprudências que discutiram o tema, buscando responder se as medidas protetivas e a legislação vigente são consideradas eficaz ou ineficaz na proteção das mulheres vítimas de violência, bem como trazer a baila o entendimento se em casos de violência doméstica é possível ou não que haja o instituto da conciliação.

Violência contra mulher: definição e aspectos históricos

Historicamente o homem era considerado como ser superior a mulher, devendo esta ser submissa ao homem. Na América Colonial era permitida pela legislação que o homem as castigasse, e mesmo posteriormente a independência americana, a legislação além de fornecer a permissão para a realização dos castigos físicos, forneceu-lhes o direito de proferir castigos físicos para com as mulheres (MELO, 2009, p. 43).

As mulheres sempre foram consideradas as figuras mais frágeis da sociedade, isso

ocorreu devido à característica da própria sociedade patriarcal, onde as mulheres deveriam ser sempre submissas aos seus maridos, e este considerado como ser superior, a quem as mulheres deviam total respeito e submissão. Além disso, em diversos países os “castigos” praticados contra a mulher eram legalmente permitidos (ESSY, 2017).

Desta forma, subentende-se que a gênese da violência contra a mulher na seara nacional está intimamente relacionada com a evolução da sociedade e está intimamente ligada a antiga sociedade patriarcal, onde a mulher devia serviço e submissão aos seus pais e quando em matrimônio aos seus maridos, não podendo expressar sua própria vontade (TRINDADE, 2016).

Apenas em meados do século XIX, essas atitudes foram sendo mudadas em decorrência da modificação do pensamento bem como do modo de agir de mulheres mais ousadas, que cansadas da situação a qual eram submetidas e a violência que lhes eram proferidas associadas ao descaso social, iniciou-se uma revolução silenciosa, que foi sendo moldada e ganhando força ao passo que garantias e direitos eram buscados devido a violação dos direitos femininos (BARROS, 2018, p.12).

Nesta toada, direitos foram gradativamente sendo conquistados embora os abusos ainda continuassem. Em 1930, por exemplo, a mulher conquistou o direito ao voto, e assim a batalha feminina não cessou por aí e assim, outros direitos foram sendo reconhecidos e tornaram-se leis que visavam trazer determinadas garantias e principalmente proteção para a figura feminina.

Porém, medidas eficientes que objetivassem combater a violência de gênero foram implementadas de forma eficaz somente em meados do século XIX e foram mais resguardadas com a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e por intermédio da Lei 11.340/ 2006, denominada publicamente como Lei Maria da Penha.

A Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, é essencial no que diz concerne na luta para combater à violência em face das mulheres e surgiu como uma resposta estatal para coibir de maneira eficaz este modo de violência humilhante cometida contra a mulher. Conforme a lei, toda ação ou omissão relacionada ao gênero feminino é considerada como violência, ou seja, violência de gênero é tida como uma forma de agressão que não tem distinção social, religiosa, de raça, crença ou idade. É a violência cometida pelo simples fato da vítima ser de sexo feminino (ESSY, 2017).

Em seu inciso III, a lei expressa que a violência contra a mulher é caracterizada como violência doméstica e familiar quando o agressor mantém ou manteve quaisquer tipo de relacionamento afetivo com a vítima tendo ou não coabitado com a vítima. Desta forma, não é exigido pela lei que haja laços matrimoniais entre ambos ou ainda que haja convívio contínuo para que a violência seja configurada.

Nesta conjectura, no atual cenário social, onde os envolvimento afetivos são considerados mais céleres, os casos onde há maior envolvimento afetivo devem ser prontamente observados, pois quando comprovados a intimidade e o vínculo afetivo, pode ocorrer a possibilidade de agressão (GERHARD, 2014, p. 138).

No artigo 7º da Lei 11.340 são descritas as formas de violência contra o Gênero feminino, a saber:

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 danos 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, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A Lei em comento traz ainda em sua definição as medidas protetivas capazes de assegurar a efetividade na sua aplicação e a tutela do interesse das vítimas de violência. Desta forma, além da repressão à conduta do agressor e o caráter preventivo da norma, a Lei prevê a recuperação da vida social feminina em sentido amplo.

Assim sendo as medidas preventivas são aquelas tem como objetivo proteger as mulheres que se encontram em situação de risco, para todos os tipos de violência, mediante agressão atual ou iminente risco. Estas medidas foram divididas em duas etapas: aquelas que incidem ao agressor determinadas obrigações e as medidas em proteção em prol da vítima. A Lei também elenca meios de fornecer proteção aos bens materiais da vítima, sejam ele oriundos do matrimônio ou pertencente somente a mulher, de acordo com o que está descrito no rol artigo 24 da referida lei.

A lei introduziu ainda as medidas protetivas de urgência que objetivam fornecer proteção a vítima de qualquer tipificação de violência. Porém, os crimes de lesão corporal leve tornaram-se alvo de investigação e conseqüentemente de processos judiciais, mesmo que esta não seja a vontade da vítima. Ainda de acordo com a lei à vítima é conferido direito à assistência psicológica, social, médica e jurídica, dentre outras (BARROS, 2018, p. 138).

A Lei Maria da Penha já possui em seu texto todo o dispositivo imprescindível para restringir todas as formas de violência contra a mulher abrangendo as medidas protetivas de urgência para combater de forma eficiente qualquer tipo de violência, seja ela, física, moral ou psicológica.

Assim, a garantia da proteção policial bem como a comunicação imediata do Ministério Público e do Poder Judiciário, tornaram-se obrigatórias. Não obstante, é necessário que as vítimas sejam informadas de seus direitos, isso deve acontecer no instante em que as mesmas registram a ocorrência na delegacia, onde o delegado deve escutar prontamente a vítima e posteriormente lavrar o termo circunstanciado, levando a representação a termo, caso apresentada. Precisar ainda realizar a colheita de todas as provas concernentes ao fato e em até 48 horas devem ser concedidas as medidas protetivas que são admissíveis à ofendida. Toma-se depoimento do agressor e testemunhas, quando houver, além de ser ordenado que o agressor seja identificado juntando aos autos os seus antecedentes. (TRINDADE, 2017).

Tipos de violência contra a mulher

Historicamente sabe-se que o homem é sem dúvida mais forte do que a mulher. Baseado nesta particularidade pode-se destacar que a violência contra a figura feminina não é um fenômeno da atualidade, uma vez que as mulheres são vítimas deste fato desde os tempos mais remotos. Atualmente, mesmo com a criação de políticas voltadas para a igualdade de gênero,

prevenção e punição do ato de violência, diariamente mulheres ainda, são vítimas de agressão, seja ela física, psíquica ou moral, e incrivelmente este número tem aumentado de forma alarmante. Sendo em muitos ocasionados ao feminicídio.

Conforme o que é previsto na Lei 11.340/ 2006, são reconhecidas e classificadas de cinco modos distintos a saber: física, psicológica / moral, sexual e patrimonial. Aspectos sociais e culturais determinam a violência contra a mulher além de legitimar lugares, direitos, deveres e papéis diferenciados para mulheres e homens, embasando a desigualdade (VIANA, 2018, p. 03).

Violência física

Este modo de violência é caracterizado por um tipo de contato corporal, no qual resulte em dor, podendo ou não ter como resultado, marcas no corpo da vítima, a exemplo deste tipo de lesão temos, socos, pontapés, mordidas, puxões de cabelo entre outros. Segundo o artigo 129 do Código Penal, a integridade física e a saúde corporal juridicamente. Protegidos, e desta forma “não somente a lesão dolosa, também a lesão culposa estabelece uma forma de violência física, visto que a legislação não faz nenhuma distinção sobre a intenção do agressor” (DIAS, 2019, p. 42).

Desta forma qualquer ato que venha a ser proferido contra a integridade física da vítima e que cause determinado tipo de lesão, não sendo necessário que marcas sejam deixadas.

Violência psicológica

É tida como toda ação que cause danos emocional na vítima e que tenha como resultado diminuição da autoestima da mesma ou ainda que de certa forma prejudique o seu pleno desenvolvimento psíquico ou ainda que objetive controlar suas ações, comportamentos, crenças, modo de se vestir entre outros fatores, através de ameaças, constrangimentos e humilhações, podendo esta ser pública ou não.

Através desse tipo de violência o agressor tem total controle sobre as decisões da vítima e em muitas ocasiões submete a vítima a inúmeras humilhações e ridicularização. Normalmente é o primeiro tipo de violência na qual a vítima é submetida e também a menos denunciada.

De acordo com o Código Penal, a violência moral está protegida nos delitos contra honra sendo eles: calúnia, injúria e difamação. São entendidos como sendo delitos que protegem a honra, no entanto em face do vínculo familiar e afetivo são configurados como violência moral. Fato atribuído pelo agressor a vítima, a calúnia, é classificada como crime, porém na injúria não há fato determinado. Enquanto a calúnia e a difamação alcançam a honra objetiva a injúria fere a honra subjetiva (DIAS, 2019, p. 43).

Nesta diapasão, a violência moral ocorre quando a mulher torna-se vítima de calúnia, injúria ou difamação, sendo portanto considerados como dano de ordem moral, porém que pode se tornar violência psicológica mediante as consequências que esta tipificação pode trazer para a vítima.

VIOLÊNCIA SEXUAL

Pode ser considerada como violência sexual toda tentativa de prática sexual seja ela

forçada ou coagida, ou ainda quando o agressor impede que a vítima faça o uso de métodos contraceptivos ou ainda se nega a utilizar, deixando-as assim vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis e ainda os casos em que as mulheres são obrigadas a interromper a gestação, atentando assim contra a integridade sexual da mulher. De acordo com Carvalho (2018), uma das vantagens trazidas pela lei versa acerca do entendimento que as mulheres não são obrigadas a realizar o ato sexual não consentido (CARDOSO, 2018).

Violência patrimonial

É tida como qualquer conduta em que o agressor retenha bens da vítima bem como subtração de bens ou sua destruição total ou parcial, estando ainda relacionados com a subtração ou destruição de objetos utilizados no desempenho de suas atividades laborais, documentos pessoais, recursos econômicos, bens, valores e direitos compreendendo até mesmo aqueles que seriam utilizados para satisfação de suas necessidades básicas.

A CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A violência contra mulher no ordenamento jurídico pátrio veio sendo modificado ao longo dos anos. Podemos salientar que no início era considerada menos severa e não possuía a importância devida. Porém com o passar do tempo, houve melhora significativa em diversos aspectos.

Antes da chegada da Lei nº 11.340/06, os casos de violência doméstica e familiar eram tratados apenas como “infração penal de pequeno potencial ofensivo”, sendo elaborado termo circunstanciado, que era enviado em conjunto com todas as ocorrências de competência dos juizados especiais.

Desta forma a violência doméstica era considerada como um crime de competência do juizado especial criminal, sendo o tratamento legal dispensado à mulher uma situação frágil e deficiente. A exemplo disso podemos destacar as ocasiões em que a vítima procurava a delegacia de polícia e era informada que era necessário que esta fosse representada.

Logo, a vítima procurava a Delegacia, informava o que havia acontecido e recebia um registro de ocorrência e um pedido de exame de corpo de delito. Quando o caso evoluía, chegava-se a sentença de que a pena do agressor seria no máximo de um ano de reclusão ou imposição de penas pecuniárias através de multas e pagamento de cestas básicas. O que muitas vezes a própria mulher era obrigada pelo agressor a fazer (DIAS, 2019, p. 45).

A violência doméstica e familiar passou a ser definida e tipificada logo após o advento Lei Maria da Penha a violência. A lei determina que a mulher possa abdicar à representação somente em juízo, e ainda, em determinados casos a retratação não é cabível. A partir de então o pagamento de cestas básicas foi proibido assim como outras penas pecuniárias. Surgindo assim medidas protetivas de urgência objetivando fornecer proteção a integridade física da mulher vítima de agressão.

Nesta toada, a partir de agora o Delegado de Polícia que atender as ocorrências que envolvem violência doméstica e familiar, sendo elas consumadas ou tentadas, bem como nos casos de ameaça deverá se pautar conforme os ditames legais desta lei especial, para efetiva proteção à mulher, buscando assegurar sua integridade física, psíquica e emocional; garantindo

que não haja contato com o agressor e ainda evitar que os fatos ocorram novamente (DIAS, 2019, p. 45).

Assim sendo, podemos salientar que após o advento da Lei nº 11.354/06, houve diversas modificações legislação penal especial e em outros diplomas legais que trouxeram impacto significativo no combate a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher.

A primeira modificação ocorreu no Código Penal em 2006, no crime de lesão corporal, que incluiu o §9º no artigo 129, para criar uma causa de aumento de pena deste delito quando praticado no contexto de violência doméstica. Outra alteração na legislação ocorreu em 2017 com a introdução do artigo 10-A na lei 11.340/06 que versa sobre o atendimento policial e pericial especializado.

Uma outra alteração importante, também no Código Penal, concerne a nova redação do artigo 225, modificado pela Lei nº 13.718/2018, que torna a natureza da ação penal em pública incondicionada para os crimes contra a liberdade sexual.

Em 2018, através da Lei nº 13.772, ocorreu modificação no inciso II do artigo 7º da Lei nº 11.340/06, relacionada à violência psicológica contra a mulher, incluindo a expressão —violação de sua intimidadell, reconhecendo-se que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar

Medidas protetivas

A Lei Maria da Penha, objetivou inovar as medidas cautelares do direito formal, dando poderes adicionais ao juiz crimina, assim, ocorrendo o delito referente a violência doméstica e familiar contra a mulher aplica-se as medidas protetivas de acordo com a previsão legal trazidas pelos artigos 18 à 24 da Lei 11.340/2006.

De acordo com o disposto no artigo 18 da supracitada lei, é de responsabilidade do Juízo decidir o que concerne as medidas protetivas de urgência aplicadas as vítimas, definindo ainda que a vítima deve ser encaminhada para assistência jurídica no prazo de 48 horas independentemente de haver testemunhas ou não, devendo ainda acionar o Ministério Público para que as medidas cabíveis sejam adotadas.

Insta destacar que as medidas podem ser aplicadas de modo autônomo ou de forma cumulativa, sendo cabível a utilização de outras medidas sem que haja prejuízo da que já havia sido aplicada de acordo com o que é descrito pelo artigo 19:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. § 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público(BRASIL, 2012).

Desta forma, segundo o artigo 312 do Código Penal, a prisão preventiva pode ser deter-

minada objetivando a manutenção da ordem pública, econômica por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal, quando a prova de existência do crime bem como a presença de evidências suficientes que comprovem autoria, sendo aplicadas de forma prioritária aos crimes dolosos.

As medidas protetivas de urgência visam a dar efetividade ao desígnio da Lei 11.340/2006 que é “fornecer à mulher o direito de viver de uma forma digna e sem violência”, bem como re-preender o agressor, garantindo assim a integridade da vítima, de seus filhos e de seu patrimônio (DIAS, 2019, p. 25).

Espécies de medidas protetivas de urgência

De acordo com o que já foi descrito neste artigo e é trazido pela legislação vigente, as medidas protetivas de urgência são subdivididas em duas classes, aquelas que obrigam o agressor (descritas no artigo 22) e aquelas que tem como objetivo prestar atendimento as mulheres vítimas (descritas no rol dos artigos 23 e 24). Desta forma, podemos dizer que a primeira impede que o agressor pratique novas agressões e a segunda tem como finalidade proteger a integridade da vítima (CARDOSO, 2017).

Entre as principais medidas pertinentes ao agressor estão: a suspensão ou restrição da posse ou porte de arma, medida está de grande importância e ocorre em conjunto com os termos da Lei nº 10.826/03, conhecido como —Estatuto do Desarmamentoll, pois esta poderá resultar em dano físico ou homicídio da vítima (DIAS, 2019, p, 25);

Outra medida relacionada ao agressor é o afastamento deste da residência ou ambiente de convivência com a vítima, esta medida obriga o agressor afastar-se da vítima devido aos riscos de cometer abusos psicológicos a mesma em detrimento do medo. Esta medida está prevista no inciso II do artigo 22 da Lei Maria da Penha.

Ainda durante a vigência da medida protetiva o agressor tem o direito de visitação aos dependentes menores limitado ou suspenso. É necessário mencionar que no tocante a esta medida, deve ser observada se a violência está direcionada aos filhos menores, bem como se ao contato para a visita se sujeita a risco a mulher ofendida (BIANCHINI, 2014, p. 12).

E por último, a obrigação da prestação de alimentos provisórios ou previsionais por parte do agressor em favor a vítima. Trata-se de uma previsão de alcance na esfera cível contida em uma lei de caráter penal, visto que impõe a prestação de alimentos a mulher ofendida e/ou a seus dependentes. Esta medida está prevista no inciso V do artigo 22 da Lei Maria da Penha.

Medidas protetivas de urgência a ofendida

As medidas de urgência que objetivam fornecer proteção a vítima relacionam-se a segunda espécie do gênero e estão descritas nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha. Desta forma, remetem a proteção específica da vítima e objetivam proteger sua integridade física assim como a de seus dependentes e ainda aos bens patrimoniais inerentes a vítima e os bens em comum do casal.

A efetividade destas medidas surge através da criação de programas de proteção e atendimento, tendo em vista não haver a necessidade de que tais programas sejam específicos para

as vítimas de violência doméstica, desde haja a assistência comprovada aos casos elencados na Lei Maria da Penha.

O encaminhamento da vítima e de seus dependentes a um programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento previsto no inciso I do artigo 23 da referida lei, como já mencionado, fornece à vítima uma medida de cunho cível e pode ser solicitada pela vítima quando a mesma for realizar o registro de ocorrência ela autoridade policial ou ainda por determinação do juiz, de ofício, ou a pedido do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Acerca do art. 23 da Lei Maria da Penha, temos em seu inciso IV a determinação de separação de corpos, que possui o objetivo de evitar o convívio da ofendida com o agressor. Neste contexto, cabe salientar que esta medida quase sempre vem acompanhada de outras medidas protetivas que obrigam o agressor, tais como: a suspensão ou restrição do direito à visita aos dependentes bem como a prestação de alimentos provisionais e provisórios, tudo isso com intuito, sempre, de salvaguardar a integridade física e psicológica da ofendida e de seus dependentes (CUNHA, 2014, p. 321).

O artigo 24, por outro lado, prevê medidas que protegem o patrimônio oriundos do matrimônio ou ainda aos bens de propriedade pertencente somente a vítima, a partir do qual o juiz poderá, conforme inciso I, garantir a restituição dos bens subtraídos indevidamente pelo agressor.

As medidas de proteção de ordem patrimonial estão diretamente correlacionadas à ideia de violência doméstica disposta no art. 7º, VI, o qual descreve como uma das formas de violência de gênero contra a mulher a violência patrimonial. Esta medida é um grande avanço na legislação, uma vez que o artigo 682 do Código Civil prevê a cessação do mandato apenas pela revogação ou renúncia, pelo óbito ou interdição de uma das partes, pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para seu exercício e, ainda, pelo término do prazo ou conclusão do negócio. Cabe salientar que o juiz ao aplicar as medidas previstas no inciso II e III deste artigo, deverá oficiar o cartório competente para tomar os devidos registros.

No entanto, há uma constante tendência social e institucionalizada em atribuir a culpa à vítima de violência doméstica e familiar, fazendo com que as mulheres se sintam duplamente vulneráveis e fragilizadas, pois mesmo elas estando amparadas pelas medidas protetivas, onde muitas das vezes obrigam os agressores a manterem distância, os mesmos descumprem tal imposição estatal, ficando a mercê da vítima denunciar tal descumprimento. Contudo tal descumprimento, muitas das vezes, vem acompanhado de novas formas de violência.

Consequências pelo eventual descumprimento das medidas protetivas anterior à lei 13.641/18

A Lei 11.340/06, até a promulgação da Lei 13.641/18, que incluiu a tipificação do crime de desobediência pelo descumprimento das medidas protetivas, não previa nenhuma medida específica de modo a assegurar a efetivação das medidas protetivas, por outro lado poderia ser aplicado o pedido de prisão preventiva do agressor previsto no artigo 20 da Lei Maria da Penha C/C artigo 313, inciso III do Código de Processo Penal, respeitando os requisitos do artigo 312 do Código Penal, em ocasiões o de as medidas protetivas forem descumpridas. 25 o artigo 20

da Lei 11.340/06, discorre:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (BRASIL, 2006).

A prisão preventiva do autor do delito é decretada pelo juiz em qualquer fase de instrução policial ou durante o processo criminal antes do trânsito em julgado, possuindo assim natureza cautelar (DIAS, 2019, p. 33).

Ainda de acordo com os ensinamentos de Capez, o descumprimento da medida protetiva deve ser realizado de modo formal e materialmente legal, proferida por um funcionário público que tenha competência para tal, sendo direcionada para aquele tem o dever legal de obedecer, ficando desnecessário a utilização de força ou violência bem como a grave ameaça para que seja configurada. Logo, a pessoa para a qual a ordem está destinada deve ter conhecimento da competência do funcionário que a ordenou (CAPEZ, 2018, p. 321).

Portanto podem ser considerados como sujeito ativo, qualquer pessoa que tenha o dever de realizar o cumprimento da ordem, visto que este se trata de um delito comum, onde o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, o sujeito que por sua escolha não obedeceu a medida protetiva, não trazendo assim previsão de modalidade culposa. E, o sujeito passivo será o Estado, haja vista que o crime está presente no Título XI do Código Penal, que versa sobre os crimes praticados contra a Administração Pública. De acordo com Lenza, o crime de desobediência é de natureza subsidiária. No entanto, está nova legislação só pode ser aplicada quando não houver mais nenhuma medida cautelar capaz de fornecer a plena proteção da mulher (LENZA, 2018, p. 211).

Da criminalização do descumprimento das medidas protetivas de urgência

Assim, mesmo com a medida protetiva imposta, a casos em que a mesma não é cumprida de forma satisfatória. E o agressor se aproxima da vítima ou até mesmo comete outras atitudes violentas em face desta. Cabe aqui considerar que o descumprimento das medidas protetivas é considerado como crime, e está previsto na Lei 13.641/2018 (ANDREUCCI, 2018, p. 21).

Assim, o agressor que descumprir as medidas protetivas que foram impostas estará sujeito a pena de reclusão de 03 meses a dois anos. No entanto, a configuração do delito não será considerada caso o juiz tenha indeferido as medidas protetivas. De acordo com o entendimento trazido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no que diz respeito a penalização das medidas protetivas de urgência, anterior a vigência da Lei nº 13.641/2018.

PENAL. APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. Pretendida a absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, a fixação de regime aberto Descabimento. Os fatos descritos, cometidos pelo réu em 04/02/2108 e em 18/03/2018 demonstraram, efetivamente, a ocorrência de descumprimento de medidas protetivas estabelecidas pelo Juízo “a quo”. Contudo, na época em que as descumpriu, tal comportamento não era reconhecido como delito, passando a ser somente como tal a partir de 03/04/2018, com a entrada em vigor da Lei 16.641/2018, portanto, após os fatos. Assim, em se tratando de novatio legis in pejus, impõe-se sua irretroatividade, conforme previsto nos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal, de forma que, não incide o artigo 24-A da Lei 13.641/2018. Desse

modo, absolvido o apelante com base no art. 386, III, do CPP. Provimento. (TJ-SP - APR: 00000854120188260200 SP 0000085-41.2018.8.26.0200, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 16/05/2019, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/05/2019).

Segundo o entendimento do julgado supracitado, em sede de apelação criminal, o que buscava-se a absolvição do acusado visto que as provas apresentadas eram insuficientes, e ainda pedindo que fosse considerado que o descumprimento da medida protetiva de urgência ocorreu antes da vigência da Lei 13.641/2018, e assim, o descumprimento ainda não era classificado como crime. Deste modo, tem-se o entendimento que a aplicação da Lei 13.641/2018 pode ocorrer somente após sua promulgação, não podendo ser utilizadas em situações que ocorreram anteriormente a ela.

A Lei 13.641/2018 criminaliza a conduta do agressor, que descumpra a decisão judicial de deferimento de medidas protetivas de urgência, conforme o art. 24-A, § 3º, onde dispõe que: “não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis”. Neste sentido, em que pese o ato criminoso, a pena poderá ser substituída por pena de multa, como forma de amenizar a decretação da prisão preventiva, para aplicação de outras medidas cautelares (GAZER, 2018).

A criminalização do agressor pelo descumprimento da medida protetiva de urgência, que foi incluído no art. 24-A da Lei 11.340/2006, não teve relevância prática, pois o descumprimento de qualquer ordem judicial de funcionário público já acarretaria o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, com pena de 15 dias a 6 meses e multa.

Por outro lado, referente à aplicação do art. 24-A, outro argumento que pode ser utilizado para dar fundamento à decisão pela atipicidade da conduta do crime de desobediência de medida protetiva, é o respeito ao princípio da intervenção mínima do direito penal, responsável por prevenir que o Estado interfira de modo excessivo na vida das pessoas, com a criação de normas e restrições que de certa forma retiram a autonomia e liberdade dos indivíduos, tendo em vista que a lei penal não deve ser aplicada como a primeira opção para toda e qualquer conduta, que de certa forma seja considerada ilegal (MATJE, 2015, p. 12).

Ademais, com relação ao tipo penal imposto com a criação do artigo 24-A da Lei Maria da Penha, percebe-se que o mesmo possui pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, no entanto, esta conduta incriminadora não caracteriza nenhuma forma de violência contra a mulher das previstas no artigo 7º da referida lei (JÚNIOR, 2018, p.21).

Com relação ao objetivo jurídico tutelado pelo artigo 24-A, nota-se que o mesmo visa em primeiro momento à manutenção do respeito às decisões judiciais, tendo como sujeito ativo do tipo penal, apenas a pessoa imposta à restrição da medida protetiva. Já como sujeito passivo, é originalmente, a Administração da Justiça, no entanto influência em uma espécie de proteção secundária a mulher em estado de violência familiar ou doméstica.

A Lei 13.641/2018, apesar de prever uma pena muito branda para o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (três meses de detenção), autorizando o regime aberto, em alguns raríssimos casos — dada a quase concomitância das ações —, a condenação nesse tipo penal poderá importar no regime fechado se o agressor já tiver sido condenado pela violência doméstica com trânsito em julgado, caracterizando-se, assim, sua reincidência para fins do artigo 33, parágrafo 2º, “c”, do Código Penal. Certamente, aumentarão o número de apelações contra a sentença condenatória por lesões corporais e ameaça, obstaculizando a formação do

premature trânsito em julgado (CABETTE, 2018).

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE GÊNERO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA RETROSPECTIVA COMPARATIVA

A mediação de conflitos é um meio através do qual, uma terceira pessoa, formada especialmente para este fim, e imparcial as partes envolvidas, colabora com o caso, buscando promover o resgate ou ainda restabelecer a comunicação entre ambas com intuito de entender os motivos que resultaram na problemática ora observada, ou seja, o conflito ora apresentado.

Este instituto é baseado no princípio da dignidade da pessoa humana é constitui-se como uma ferramenta capaz de traduzir o conteúdo da norma em concretude do comportamento humano, buscando assim superar a visão dogmática e tradicional da justiça.

De um modo geral, pode-se dizer que a mediação no Direito de Família proporciona a recuperação das relações afetivas, promove a recuperação do abandono afetivo decorrente da comunicação inadequada que foi estabelecida na reorganização da família, buscando promover uma mudança significativa na dinâmica das relações familiares.

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Nacional de Justiça, aprovou em 2010 a Resolução nº 125 que teve como objetivo impulsionar e uniformizar a metodologia de resolução consensual de conflitos, e a partir de sua publicação, os Tribunais de Justiça tiveram até doze meses para implementarem os Cejusc — Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania onde deveriam ocorrer as sessões de conciliação e mediação.

Ao observarmos a Resolução supracitada, principalmente qual a formação da demanda dos conciliadores ou mediadores, nos resta a mesma dúvida acerca de qual a competência dos mesmos para arbitrar nos casos de violência doméstica (BRASIL, 2010).

A mediação de conflitos vem sendo amplamente utilizada na sociedade hodierna, especialmente no que tange ao Direito de Família. Nos casos em que a mesma é utilizada para a conciliação dos casos de violência doméstica, ainda não há um consenso na doutrina, uma vez que uma parte dos doutrinadores acredita que a mediação não seria eficiente nestes casos, muito pelo contrário, revitimizar a mulher, caso o contato com o agressor fosse mantido. Em contrapartida, outra parte dos doutrinadores acredita que este instituto serviria como um instrumento de empoderamento.

Entre aqueles que acreditam que a via consensual não é uma boa opção no que concerne a violência doméstica e de gênero, observa-se argumentos tais como o de que haverá um desequilíbrio de poder entre o homem e a mulher. Este desequilíbrio prejudicaria até mesmo a autonomia na tomada de decisões, ponto fundamental na mediação.

Por outro lado, há argumentos de que, em geral, a mediação na violência doméstica, seria mais benéfica do que prejudicial. A mediação envolvendo conflitos difíceis e normalmente difíceis de serem solucionados. No entanto, ainda assim deve ser considerada como uma forma viável de solução de conflitos, em decorrência da demanda judicial que encontram-se abarrotada, bem como devido o desgaste decorrente das intermináveis brigas judiciais pode acabar motivando as partes a tentarem resolver os conflitos por si próprios (ZAPARROLI, 2017, p. 397).

Em sua pesquisa, Marília Montenegro, ao participar de audiências de conciliação no Juizado Especial Criminal, descreve inúmeros trechos que demonstram a situação de mulheres que sofreram violência doméstica, propiciando um olhar diferenciado para esse tipo de conflito e, assim, contribuindo para a presente pesquisa, mesmo que esta se refira a mediação. De acordo com ela, quanto maior o distanciamento do fato, somado a maior aproximação da vítima com o agressor, a intenção da mulher não é mais a de vingança, mas sim o da minoração do sofrimento. A exposição de tais necessidades e sentimentos é totalmente compatível com a mediação familiar (MONTENEGRO, 2015, p. 136).

Neste diapasão, entende-se que devido as consequências trazidas pela violência realizada contra a mulher, a conciliação nestes casos torna-se praticamente inviável, uma vez que poderia fazer com que as vítimas fossem impostas novamente a episódios violentos. Nesse contexto, é praticamente inviável a realização de mediações com famílias em contexto. Assim como elucida Barbosa, a política a ser adotada para “[...] deixar de afogar o Judiciário” é investir e promover ampla capacitação dos operadores do Direito, para que estes aprendam a linguagem da mediação.⁸³ Além disso, tendo em vista a importância da mediação, é necessário valorizá-la efetivamente, investindo nas estruturas dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, para que possuam mais servidores, ambiente adequado, entre outros fatores (GEBASE, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher é um fator histórico, que é observado na sociedade desde os tempos mais remotos, sendo entendido como uma consequência da própria construção social, visto que a mulher era considerada como submissa ao homem, e desta forma eles a viam como propriedade, se achando no direito de fazer o que bem entendessem, submetendo inclusive aos mulheres a castigos físicos, morais e psicológicos.

Porém inconformado com o cenário o qual estavam impostas, começaram a reivindicar pois mais direitos iguais, bem como a desmistificação de que elas eram seres inferiores e não possuíam nenhum direito.

Diante deste cenário, devido a atitude de uma mulher corajosa que foi em busca de seus direitos surgiu a Lei 11.340/ 2006 conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, como uma forma do Estado intervir nas questões inerentes a violência doméstica, objetivando não somente proteger as vítimas, mas também determinar punições ao agressor. Assim sendo foram inseridas em nosso ordenamento jurídico pátrio as medidas protetivas de urgência.

De acordo com a legislação podem ser consideradas como violência no âmbito doméstico e familiar toda ação ou omissão que resultam em sofrimento físico, psicológica, sexual ou material, que resultam em lesão seja ela moral ou patrimonial ou que resultem de forma mais grave no âmbito da vítima. Como demonstrado neste trabalho, grande parte da violência contra a mulher é resultante de agressões físicas.

No entanto, apesar da existência das medidas protetivas, nota-se que os índices de violência no nosso país ainda encontram-se em indicies alarmantes, demonstrando assim que as medidas protetivas não estão sendo de todo eficaz, além disso um outro problema bastante comum, é o descumprimento destas mesmo quando aplicadas. Desta forma é preciso que haja

uma maior atenção, para que a violência contra a mulher seja de fato prevenida.

A sociedade ainda é marcada por fatores históricos, oriundos da sociedade patriarcal, assim a mulher é estigmatizada como sendo uma figura mais frágil e portanto deve submissão a figura masculina, que se sente no direito de agredi-la, pois estas eram consideradas como propriedade deles. Assim por muito tempo, devido a ser uma questão cultural a sociedade se manteve inerte frente aos caos de violência. No entanto este fato vem sendo gradativamente modificados, e atualmente a sociedade entende que homens e mulheres tem os mesmos direitos.

Assim com a mudança no entendimento, e com os direitos que as mulheres vieram conquistando ao longo do tempo, estas passaram a estar em igualdade de direitos com os homens e começaram a ter voz, e denunciar os casos de agressão. O que fora imprescindível para que o legislador criasse medidas capazes de diminuir a violência contra elas conferida.

Mesmo com todo avanço que a legislação vem apresentando, muitos são os desafios encontrados para que a proteção da mulher e a redução da violência de gênero realmente seja efetiva. Logo podemos considerar que infelizmente a lei Maria da Penha pode ser considerada ineficaz no que está relacionado com a proteção da vítima, o que pode ser confirmado pelos dados recentes apresentados, que podem ser encontrados não somente no município de Nova Iguaçu, mas em escala mundial.

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que para que a lei tenha realmente eficácia e atinja o objetivo pelo qual ela foi proposta, é necessária a atuação em conjunta da sociedade e do Poder Público, bem como a divulgação de campanha por meio da mídia que tenham como principal objetivo demonstrar a importância de denunciar os casos de violência cometidos contra a mulher e punir de modo mais severo os homens que as cometer, para que assim o mesmo entenda que apesar de fisicamente mais forte, ele não é considerado mais como ser superior. Salientando ainda que em casos de violência doméstica, não deve-se optar pela mediação como uma forma de desafogar o poder judiciário, mas sim deve-se primar por trazer uma solução aos problemas que mesmo com a legislação ainda são bastante presentes na sociedade hodierna- a violência contra mulher

REFERÊNCIAS

BARROS, Renata. Violência contra a mulher. Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Parlamento Jovem, Minas Gerais, 2018. Disponível em: [://www.almg.gov.br/export/sites/default/educacao/parlamento_jovem/2018/documentos/texto-base/texto-base-2018.pdf](http://www.almg.gov.br/export/sites/default/educacao/parlamento_jovem/2018/documentos/texto-base/texto-base-2018.pdf). Acesso em: 13 de outubro de 2021

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CAMÂMARA DOS DEPUTADOS. Sancionada Lei de combate a violência doméstica durante a pandemia. 08/07/2020. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/noticias/674399-sancionada-lei-de-combate-a-violencia-domestica-durante-pandemi>>. Acesso 13 de outubro 2021

CARDOSO, Bruno. Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência? 2018. Disponível em: <<https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>>. Acesso em: 14 de outubro 2021

- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 3. Parte Especial. 16 Edição. São Paulo. Saraiva. 2018
- CERQUEIRA, Daniel *et al.* Atlas da violência 2018. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018
- CONTEÚDO JÚRIDICO. Descumprir Medidas Protetivas agora é crime. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>. Acesso 14 de outubro de 2021
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. 5 ed. Revisada e ampliada. São Paulo. Editora Juspodivm 2019
- DOSSIÊ MUKHER Disponível< em <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=48>>. Acesso 12 de outubro de 2020
- ESSY, Daniela Benevides. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 26 jul. 2017. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos> Acesso em 12 de outubro de 2021
- GERABASE, Ana. O ensino jurídico no Brasil ainda forma profissionais voltados para a disputa. Entrevista concedida a IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, edição 36, p. 6, janeiro, 2018
- GERHARD, Nádia. Patrulha Maria da Penha. 1 ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014
- JÚNIOR, Joaquim Leitão; SILVA, Raphael Zanon da. A Lei nº 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas. Canal Ciências Criminais. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/desobediencia-medidas-protetivas/> Acesso. 17 de outubro de 2021.
- LENZA, Pedro. OAB Primeira Fase Esquematizado. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2018.
- MARCELINO, Julio Germano. A Lei Maria Da Penha No Âmbito Da Polícia Judiciária. 2008. Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2018/06/20526/O-crime-de-desobediencia-na-Lei-Maria-da-Penha.html> . Acesso em: 13 e outubro de 2021
- MELLO, Adriana Ramos de. Aspectos gerais da lei. In: (Org.). Violência Doméstica E Familiar Contra A Mulher: comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009
- PORTAL DA EDUCAÇÃO. Violência Doméstica Contra a Mulher: Antes e Depois de 2006. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/violencia-domestica-contra-a-mulherantes-e-depois-de-2006/57033>. Acesso em: 13 e outubro de 2021
- TENORIO, Emilly Marques. Lei Maria da Penha e Medidas de Proteção: entre a polícia e as políticas. Campinas: Papel Social, 2018, p.111

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação criminal 0000085.41.2018.8.260200SP. Disponível em <https://www.google.com/amp/s/tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711044913/apelacao-criminal-apr-854120188260200-sp-0000085-4120188260200/amp>. Acesso em 18 de outubro 2021

TRINDADE, Vitória Etges Becker. Lei Maria da Penha – Violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária. XII Seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Catarina. 2016.

VIANA, Aline Lopes et al. Violência contra a mulher. Revista enfermagem UFPE online. Recife, 12(4):923- 9, abril, 2018

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação. In: MUSZKAT, Malvina. Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus Editorial, 2013. p. 149- 189 apud CANEZIN, Thays Cristina Carvalho. CANEZIN, Claudete Carvalho. CACHAPUZ, Rosane da Rosa. Mediação nos casos de violência contra a mulher. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 1, abr. 2017, p. 306.

Adorno e a construção da teoria crítica da sociedade

Edineide Jorge dos Santos

Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE

Professora da Rede Pública Estadual de Pernambuco

Maria Jorge dos Santos Leite

Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará-UFC

Professora da Universidade de Pernambuco

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.14

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a contribuição de Theodor Adorno, em parceria desenvolvida em parceria com Max Horkheimer, para o desenvolvimento da teoria crítica, a qual entendemos como a negação de todo e qualquer processo de alienação do sujeito, mediatizado pela indústria cultural que conduz a sociedade para um estado de barbárie. Trata-se de um estudo bibliográfico e de caráter qualitativo. Um dos aspectos mais importantes na teoria crítica de Adorno e Horkheimer é a busca da superação das visões unilaterais que comprometem a compreensão da realidade social.

Palavras-chave: escola de Frankfurt. dialética do esclarecimento. indústria cultural.

ABSTRACT

This work aims to analyze the contribution of Theodor Adorno, in a partnership developed in partnership with Max Horkheimer, to the development of critical theory, which we understand as the denial of any and all processes of alienation of the subject, mediated by the cultural industry that leads society to a state of barbarism. This is a bibliographic and qualitative study. One of the most important aspects of Adorno and Horkheimer's critical theory is the search to overcome the one-sided views that compromise the understanding of social reality.

Keywords: Frankfurt school. dialectic of enlightenment. cultural industry.

INTRODUÇÃO

A teoria crítica foi desenvolvida pelos autores da Escola Frankfurt na Alemanha. Seus representantes integraram a escola no período compreendido entre a década de 1930 até por volta da década de 1970. Durante o nazismo foram exilados do país de origem e continuaram sua produção nos Estados Unidos, retornando à Alemanha após o fim da Segunda Guerra. A produção desses intelectuais é marcada pela consistência crítica/argumentativa e pela conjugação entre o materialismo dialético de Marx e a psicanálise de Freud. Os principais representantes foram: Max Horkheimer; Theodor Adorno; Herbert Marcuse; Walter Benjamin e Jurgen Habermas.

Neste trabalho, interessa-me particularmente, analisar a contribuição de Adorno - e consequentemente de Horkheimer devido a parceria intelectual dos dois autores - para a elaboração da teoria crítica. Nesse sentido - e não pretendendo aqui dar conta de todo pensamento adorniano na fase da teoria crítica - analisarei o pensamento do autor em relação às seguintes questões: a teoria crítica da sociedade, a teoria da ideologia, a dialética do iluminismo e a indústria cultural. O trabalho consistirá, basicamente, numa (re)leitura do pensamento de Adorno a partir da obra Theodor W. Adorno (1994), de Gabriel Cohn(org), contando ainda com a contribuição de outros autores.

A ESCOLA DE FRANKFURT E O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA CRÍTICA

Adorno foi um dos grandes pensadores das questões filosóficas e sociológicas dos últimos tempos e um dos principais representantes da Escola de Frankfurt. Como filósofo, versando a tradição idealista alemã, desenvolveu uma teoria da estética, com uma discussão do entretenimento popular. Como sociólogo fez uma análise profunda da razão instrumental, da cultura moderna, do caráter autoritário, com base no pensamento de Weber e Freud. Para muitos dos leitores de Adorno seu pensamento é bastante difícil e sua obra foi escrita num estilo que prejudica sua compreensão. Segundo Zuin e Pucci(orgs), “não se explica Adorno em termos adornianos. Ou seja, o mero reiterar e parafrasear do original não adianta. Explicação é verificação, exigindo, portanto perspectivas e exemplos divergentes do assunto a ser explicado” (2004, p. 42). Apesar dessa dificuldade o pensamento de Adorno é um dos mais influentes na atualidade.

Uma das preocupações de Adorno estava voltada para a miséria do mundo e a dominação. Para ele, a história da civilização se baseia na dominação da natureza, na repressão e na existência de sistemas sociais opressivos que negam a condição humana. Deriva daí a sua “dialética negativa”, que envolve não somente a revelação de como os conceitos da vida diária marcaram a realidade social, mas também demonstra como a contradição entre verdade e ilusão diz muito sobre como a vida moderna é sentida” (CARRABINE, 2007, p.19). Adorno tem uma visão desesperançada da modernidade e uma perspectiva pessimista da indústria cultural, embora deixe transparecer uma esperança através da qual imaginou “um mundo livre de sofrimento desnecessário”. Embora, não tenha produzido nenhuma teoria que vislumbresse uma alternativa utópica de sociedade.

A produção intelectual de Adorno está ligada, desde sua juventude, à de Max Horkheimer, um filósofo com quem compartilhava dos mesmos interesses estético, e que colocou-o em contato com o Instituto, ou Escola de Frankfurt. Numa tentativa de afastar a Escola de Frankfurt do movimento operário e romper com o marxismo ortodoxo e conferi-lhe uma identidade genuinamente acadêmica, Horkheimer criou a expressão “teoria crítica” para delimitar a nova abordagem adotada pelo Instituto.

A primeira fase da teoria crítica da Escola de Frankfurt se constituiu até o limiar dos anos 1940, segundo Habermas. Para este autor, até então, Adorno e Horkheimer adotaram, de modo privilegiado, a crítica marxiana como núcleo de suas análises e reflexões, pretendendo demonstrar que, na moderna sociedade capitalista e técnico-industrial, a validade da teoria não conseguiu se dissociar adequadamente das relações de poder inerentes ao contexto de sua gênese e desenvolvimento (RECH, s/d, p.29-30).

Na Universidade de Frankfurt, em 1933, Adorno apresentou pontos fundamentais de seu pensamento.

Ele delineou sua própria combinação característica dos pensamentos “dialético” e “materialista” como forma de desmistificar as práticas sociais. Mas como diz Susan Buck-Morss, “apesar da sua dívida para com Marx e de ser chamada marxismo, não se tratava de marxismo... Ao longo de toda sua vida ele divergiu de Marx fundamentalmente na medida em que sua filosofia nunca incluiu uma teoria da ação política” (CARRABINE, 2007, p. 20).

SOBRE A TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE

Era proposta dos pensadores de Frankfurt – Adorno e seus parceiros intelectuais - formular uma teoria crítica da sociedade que pudesse tratar das questões suscitadas pelo advento

do fascismo, no campo do capitalismo, do stalinismo e no campo socialista. Sendo que a teoria crítica da sociedade era basicamente uma teoria da sociedade burguesa. Para isso, os autores da teoria crítica, com Adorno e Horkheimer à frente, precisaram abrir caminho entre, de um lado, as tendências irracionistas do pensamento burguês dominante e o segmento analítico do materialismo histórico empobrecido, de outro. Com isso, acharam-se diante das vertentes do pensamento positivista, herdeiras do racionalismo iluminista que, na mesma perspectiva dos frankfurtianos, desejavam figurar como baluartes de uma razão ameaçada pela barbárie. Esse embate levou a crítica da sociedade a direcionar sua atenção sobre a forma mais avançada da racionalidade burguesa, afastando-se do confronto com os apologistas da barbárie. Tem-se então, a crítica da própria racionalidade burguesa, da qual deriva a base da teoria crítica da sociedade: a crítica racional da razão burguesa.

A discussão da teoria crítica da sociedade, que culmina numa teoria da cultura e da ideologia, encontrou sustentação nas análises econômicas e políticas feitas por muitos frankfurtianos. Essas análises ofereciam os parâmetros para as diferentes posições assumidas pelos integrantes de Frankfurt em relação a natureza do capitalismo. Para alguns membros do Instituto, entre eles Herbet Marcuse, “o regime fascista organizava-se economicamente como um “capitalismo monopolista autoritário”, cuja dinâmica básica exacerbava, mas não alterava estruturalmente o capitalismo privado” (COHN, 1994, p. 10).

Se opunha a essa posição, a tese defendida pelo economista Friedrich Pollock com o apoio de Adorno e Horkheimer. Entendiam os autores, que “o nacional-socialismo, sem ter abandonado o capitalismo, representava contudo a vertente totalitária de uma nova forma de organização capitalista, que Pollock designava por “capitalismo de Estado”(idem). A diferença entre estes e os outros frankfurtianos, segundo Cohn (1994), é mais de grau do que de qualidade, uma vez que todos analisam sistemas econômicos, que sem deixarem de ser capitalistas, ou seja, sem modificar o regime de propriedade dos meios de produção nem a apropriação da mais-valia sob a forma de lucro privado que sustenta o grau de concentração monopolista e controle estatal. Entretanto há uma diferença: enquanto para os primeiros, “a dinâmica nuclear do sistema continuava se desenvolvendo na esfera econômica - a tese do “capitalismo de Estado” postulava o deslocamento do primado do capitalismo da economia em relação ao conjunto da sociedade para o da política” (COHN, 1994, p.10).

Para Horkheimer e, especialmente para Adorno:

Isso não significava nenhuma restrição à forma capitalista de organização da sociedade, mas pelo contrário, exprimia a universalização da lógica capitalista, centrada na troca de equivalentes para a sociedade como um todo. Ou seja: o primado da política sobre a economia no capitalismo de Estado, longe da circulação de produtos sob forma de mercadorias como momento determinante do processo de produção, lhe confere o máximo de alcance e relevo como domínio privilegiado da ideologia (COHN, 994, p. 10-11).

O controle político sobre a produção e a distribuição imposto pelo planejamento econômico ligado ao controle sobre a classe trabalhadora se desloca para a área mais “leve”, a da circulação de mercadorias, local das representações ideológicas da sociedade e da reprodução de todo o processo. Por isso a reflexão crítica sobre a sociedade na etapa tardia do capitalismo passa por uma teoria da ideologia.

A TEORIA DA IDEOLOGIA

Ao longo de sua obra Adorno desenvolve uma concepção ideológica de alguns pontos fundamentais do marxismo. Para o autor, a ideologia não está reduzida a um sistema de idéias ou representações culturais, nem representa uma característica de alguma modalidade de consciência social. Ela é, sim, um processo responsável pela formação da consciência social. É, acima de qualquer outra coisa, um processo complexo no qual as idéias e representações são simples formas mais acabadas e acessíveis à experiência cotidiana. A ideologia, para Adorno é aparência socialmente necessária, isso porque a consciência nos integrantes se atém à forma já acabada – a única consciência que aparece. Essa forma acabada resulta de um processo complexo, esconde a sua face e aparece como um dado original e natural. A eficácia da ideologia consistem na sua capacidade de bloquear o acesso aos resultados da atividade social como produtos, em face da ocultação dos modos como foram produzidos.

No pensamento de Adorno a ideologia apresenta os dados da experiência social como *mediados*, quando realmente são mediados pelo processo que os produziu. A produção de idéias e representação consiste num processo multifacetado cujas dimensões fundamentais são as diferenças qualitativas entre seus componentes. Entretanto, esse processo é apagado de seu produto final, e quando isso acontece ele também perde a sua característica de ser diferenciado, particular e se manifesta de forma mais abrangente, mais geral. Dessa forma, o dado ideológico é o da experiência social que não se reconhece no particular e dissolve no geral. Para Adorno isso não é instrumento nas mãos de indivíduos ou classes, nem de cortina para ocultar algo, mas de falsa experiência social. Falsa pela sua incapacidade de reconhecer e realizar sua própria verdade, que é a de ser resultado de uma atividade social determinada.

É essa experiência falsa que possibilita a reprodução da totalidade social dada, através de homens que a vivem e a executam. Daí o seu caráter necessário. E, finalmente, “a ideologia é um processo que assegura o primado geral do abstrato e formal sobre o particular concreto e substantivo, da identidade sobre a diferença” (COHN, 1994, p. 12). Fazer uma crítica da ideologia significa, portanto, assumir o partido da diferença, da particularidade, contra a supremacia da identidade e da generalidade. Mas isso deve ser feito dentro do próprio processo ideológico, sob pena de ser absorvido por ele, pois a particularidade isolada é a própria ideologia.

No capitalismo de Estado totalitário (fascismo) a aparência ideológica da igualdade assume a forma política da identificação com a “comunidade do povo” defendida pelos nazistas. A identidade é imposta pela força e pelo terror. É uma forma regressiva e é, por assim ser, que necessita do capitalismo nessa fase histórica. Ao tempo em que as desigualdades decorrentes da exploração da força de trabalho não aparecem como diferença mas como exclusão.

Na versão da teoria crítica da sociedade, com a colaboração de Adorno e Horkheimer, chega-se à elaboração da ideia de que a reprodução da sociedade burguesa se faz por processos que passam pela consciência dos homens e passa pela configuração socialmente determinada dos próprios homens que, no final, a reproduzem. Esse sistema se sustenta e se reproduz através da ideologia.

ADORNO E A DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO

A obra em que esse tipo de análise se manifesta plenamente é a “Dialética do Iluminismo”, escrita por Adorno e Horkheimer durante a segunda guerra e publicada em 1947. A versão em português foi publicada pela Jorge Zahar Editor, em 1985, com o título de “Dialética do Esclarecimento”. Nela há uma referência “ao momento real da sociedade burguesa como um todo sob o ângulo das idéias corporificadas em suas instituições e pessoas” (COHN, 1994, p. 14). Também a racionalidade burguesa é posta em questão na sua forma mais ampla: “não só aquela produzida pela sociedade burguesa mas a que a reproduz”(idem). A tese básica da obra é que a razão burguesa - a mesma responsável pela produção e reprodução da sociedade burguesa - ao tentar combater o mito de forma não-reflexiva, transformou a si mesma em mito, sem deixar de se apresentar como razão. Isso ocorre à medida em que o mito que ela acreditava ter combatido continua vivo e atuando dentro dela. E, num momento regressivo vai, ela própria, se transformar em mito. Na mesma obra, “Adorno e Horkheimer desmascaram a racionalidade iluminista que cede à razão instrumental, acabando por recair, de modo inconsistente, em seu contrário, o mito” (RECH,s/d, p.3).

Os autores se preocupam com uma crítica do iluminismo e da razão burguesa sem tentar desqualificá-la, mas para “cobrar dela a realização de seus princípios e de suas promessas” (COHN, 1994, p.15). Logo na introdução da obra eles afirmam não terem dúvidas de que a liberdade na sociedade é inseparável do pensamento iluminista. Da mesma forma, acreditam que o próprio conceito de liberdade, as formas históricas concretas, as instituições às quais ele se une, já pertencem ao retrocesso observado por eles em toda parte. E que se o iluminismo não refletir sobre esse momento regressivo, ele mesmo estará consolidando seu destino.

Adorno e Horkheimer demonstram a percepção de um certo componente destrutivo do progresso, e que a percepção desse não pode ficar à mercê dos inimigos. Se isto acontecer haverá uma esterilização do pensamento e uma perda de sua relação básica que é com a verdade. Isto não trata-se de uma crítica à razão, mas “uma crítica em que a imagem que a razão ostenta lhe é exibida de volta por quem quer vê-la efetivamente realizada” (idem). Em outra passagem os autores afirmam que progresso é inexorável e regressão inexorável. Progresso e regressão, razão e mito, tudo é inexorável, é inescapável. A paralisia da razão iluminista diante da verdade, que teme o mito que não foi superado, não é paralisia do momento, mas da reflexão. E isso corresponde ao momento descontrolado do progresso que arremete às cegas.

Não se trata de detê-lo, mas de abrir-lhes os olhos, para que faça justiça à sua pretensão iluminista. Porque é isso que o iluminismo antes de mais nada se propõe: combater o medo. E, no entanto, ele próprio é agora presa do medo, e do pior de todos, do medo da verdade, da sua verdade [...] Para a razão iluminista o medo sempre foi produto da ignorância. Mas a própria história da razão burguesa desmente essas concepções simples. O medo que paralisa o iluminismo não se nutre da ignorância mas de um conhecimento inconfessado, e inatingível sem uma reflexão capaz de romper as ilusões simples e lineares (COHN, 1994, p.15-16).

Para Adorno e Horkheimer não há uma questão de conhecimento ou ignorância na relação entre razão iluminista e mito. A relação é, pois, de cumplicidade. A razão tenta avançar, mas gira em torno do falso. Esse tema é fundamental no pensamento de Adorno. Ele próprio incorporou essa preocupação ao analisar os processos ideológicos e afirmar que a ideologia não é algo imposto de fora aos sujeitos passivos, há sempre uma cumplicidade, há sempre uma aceitação por parte daqueles que a sustentam. “Enfim, a ideologia faz mais do que submeter ou iludir os

homens: ela os põe a seu serviço, demanda deles um esforço – trabalho de Sísifo talvez, mas nem por isso passivo (COHN, 1994, p. 16).

O livro aborda, de forma alegórica, a história da razão ocidental” como um processo em que cada movimento filosófico, na história da cultura, toma para si a responsabilidade de desmitologizar o pensamento (GHIRALDELLI JR, 2006). Isso ocorre, ao passo em que cada doutrina acusa a outra de conter ainda elementos não purificados de mitologia, na medida em que estão atravessadas por pressupostos metafísicos.

Segundo Freitag, mencionando Habermas, “Dialética do Esclarecimento” é um divisor de águas no pensamento de Adorno e Horkheimer, uma vez que até então, eles haviam mantido certa confiança na razão crítica, que se imporia no decorrer do processo histórico. Acreditavam que, a humanidade cumpriria com a promessa humanística, já contida na concepção de Kant, de razão libertadora. A razão, assim, se realizaria com a liberdade. A “Dialética do Esclarecimento” representa uma ruptura com esse pensamento. A partir de então, para os autores, o sistema capitalista e sua reificação no mito da modernidade estariam “deturpando as consciências individuais, narcotizando a sua racionalidade e assimilando os indivíduos ao sistema estabelecido.” (FREITAG, 2004, p.21).

SOBRE A INDÚSTRIA CULTURAL

Na década de 1940, num contexto de avanço dos meios tecnológicos e do liberalismo norte-americano e sob o impacto dos governos autoritários, Adorno e Horkheimer refletiram sobre a cultura e sobre a incorporação dos meios técnicos aos bens culturais. Nesse contexto, os autores assumiram um posicionamento crítico sobre a relação entre arte e industrialização, desenvolveram uma “dialética negativa”, acreditando que toda expressão cultural seria transformada em produto, ou seja, em “indústria cultural”.

Para Adorno a cultura é aquele estado de coisa que, quando definido, desaparece. Aqui o autor expõe sua concepção do processo cultural e revela seu modo de pensar em geral. Um pensamento nada fácil de ser compreendido por quem espera de Adorno definições claras e definitivas. Pois ele não fixa o objeto para examiná-lo com um olhar atento, ele olha-o em busca de coisas e idéias com as quais tem afinidades, ajusta-se a ele e exercita sua crítica imanente. Essa crítica, diz Adorno, deve captar nos fatos a tendência que os extravasa. Outra característica de seu pensamento vem à tona:

a exigência de prosseguir a reflexão onde os outros se detém [...] parar a reflexão, deter o movimento crítico antes que se esgotem as possibilidades dadas do objeto e se ganhe acesso às tendências que ele contém (no duplo sentido do termo), é o que há de pior para adorno: chama-se resignação (COHN, 1994, 18-19).

Destarte, um dos elementos da crítica de Adorno ao pensamento que denominou de positivista ou iluminista, no livro escrito com Horkheimer, é exatamente que seu receio de seguir em frente com a reflexão o levaria à resignação com aquela situação em curso.

O termo indústria cultural, segundo o próprio Adorno, foi empregado pela primeira vez no livro *Dialektik der Aufklärung* que publicou com Horkheimer em 1947, em Amsterdã. Em seus esboços tratavam do problema da cultura de massa, a expressão passou a ser substituída por “indústria Cultural”. Adorno fala da cultura dentro numa perspectiva da cultura como mercadoria.

Entende ele, que na indústria cultural, a cultura subordina-se à indústria, no seu significado mais arcaico, ou seja, a indústria como o engodo, uma cilada, uma manobra. O fato é que a indústria cultural não se realiza nem como indústria, nem como cultura, pois não há um processo mediador que possa unificar os dois polos.

A indústria cultural, ao juntar elementos já existentes, atribui-lhes uma nova qualidade. Em todos seus ramos fazem-se produtos adaptados ao consumo das massas e em grande medida determinam esse consumo. Os ramos da indústria cultural assemelham-se por sua estrutura ou ajustam-se uns aos outros. Eles somam-se para constituir um sistema, graças à técnica, à concentração econômica e administrativa. A indústria cultural é a deliberação imposta de cima para baixo aos seus consumidores. Esse processo força a união de domínios, separados há milênios, o da arte superior e da arte inferior, com prejuízos para ambos. Pois, arte superior se frustra, e a arte inferior perde, através de sua domesticação civilizadora, o seu elemento de natureza rude, que lhe pertencia enquanto o controle social não era total.

Na medida em que nesse processo a indústria cultural inegavelmente especula sobre o estado de consciência e inconsciência de milhões de pessoas às quais ela se dirige, as massas não são então, o fator primeiro, mas um elemento secundário, um elemento de cálculo; acessório da maquinaria. O consumidor não é rei, como a indústria cultural gostaria de fazer crer, ele não é sujeito dessa indústria, mas objeto (ADORNO, 1994, p.93).

Na época da criação do conceito de indústria cultural por Adorno e Horkheimer, os meios de comunicação de massa, como o rádio e o cinema, tornaram-se um poderoso instrumento que as elites urbanas procuraram manipular, projetando na ordem simbólica um desejo de padronização de hábitos, de consumo e de comportamentos. Percebendo todo esse movimento, Adorno e Horkheimer se posicionam criticamente em relação à cultura contemporânea que confere a tudo um ar de semelhança, homogeneizando não apenas as obras arquitetônicas, mas as práticas, os costumes, as expressões artísticas culturais.

Para os autores, a técnica ao buscar a unidade e a coesão estaria a serviço do poder e da dominação. Essa é uma das formas pela qual a indústria cultural exerce seu controle sobre os consumidores, é por meio da diversão: divertir-se significa estar de acordo com o que está posto. A diversão, nesse sentido, se transformou num “prolongamento do trabalho no capitalismo tardio” e passou a ocupar todos os espaços e sentidos do homem, favorecendo a resignação e a fuga da vida cotidiana sem sentido. A técnica, a mecanização, passaram a exercer grande poder de controle sobre a pessoa em momentos insuspeitos: no lazer, na sua felicidade. Aqui entra o papel ideológico da indústria cultural: ela determina tão profundamente a fabricação das mercadorias destinadas à diversão, que as pessoas não podem mais perceber outra coisa senão as cópias que reproduzem o próprio processo de trabalho.

Para Marilena Chauí (2001), o que se vê no processo analisado por Adorno e Horkheimer são as artes sendo submetidas a uma nova servidão: as regras do mercado capitalista e a ideologia da indústria cultural, baseada na ideia e na prática de consumo de “produtos culturais” fabricados em série. As obras de arte são mercadorias, como tudo que existe no capitalismo. A arte perdeu seu encantamento, mas não se democratizou, massificou-se para o rápido consumo do mercado da moda e dos meios de comunicação de massa. Sob o controle econômico e ideológico das indústrias de produção artística a arte se transformou num espetáculo para ocultar a face negativa do sistema: a exploração do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adorno é considerado um autor de uma literatura filosófica particularmente difícil e, às vezes, inacessível ou impraticável. Comenta-se, inclusive, que na obra a “Dialética Negativa”, as passagens mais compreensíveis são as citações de Hegel. Considerando que o pensamento deste autor é particularmente difícil, a leitura de Adorno demanda um grande esforço intelectual para ser compreendida. Cohn (1997), assevera que quem gosta de tudo pronto e bem arrumado não dever ler Adorno; essa é uma leitura para quem se dispõe a participar de uma experiência instigante e fecunda.

Poder-se-ia deduzir que a obscuridade e a negatividade presentes na obra de Adorno deve-se às circunstâncias sociopolíticas da época em que desenvolveu seu pensamento. As experiências de sua geração foram marcadas pelos fascismos de direita, as ditaduras de esquerda e pelas impressões do exílio. Entretanto, sua experiência não passa pela militância do partido, como aconteceu com Lukács e outros, mas se confronta diretamente com aquela conjuntura sobre a qual ele reflete em sua obra de exílio durante a guerra dedicada à “triste ciência” da boca da conduta da vida, mínima moralia (COHN, 1994).

Adorno se enxergava numa relação teórica com o momento histórico em que vivia. Essa relação era voltada para uma reflexão crítica com base na dialética materialista e, dessa forma, construiu a teoria crítica da sociedade, “na qual o adversário do gesto dominador foi incluído”(idem). Numa sociedade que transpira ideologia, a teoria social precisa ser uma crítica substancial dessa ideologia, e foi essa a grande preocupação de Adorno. Por cuidar tanto da questão da crítica, os seus textos metodológicos foram apenas trabalhos de ocasião, de importância secundária no conjunto de sua obra.

Por produzir uma obra toda atravessada por questões como: a teoria crítica, a obscuridade e a negatividade é que o destino de Adorno, segundo Carrabine, vem oscilando desde sua morte. “Uma queixa comum é a de ele ter sido um elitista intransigente cujo pensamento oferece pouco para nossos tempos tão diferentes (CARRABINE, 2007, p. 23). No entanto, uma das críticas mais severas ao pensamento de Adorno encontra-se na avaliação que Habermas - ex-aluno de Adorno- fez de a “Dialética do Esclarecimento”. Para Habermas, a razão instrumental não é tão presente nem tão abrangente como Adorno pensava. E que, politicamente, Adorno dificultava a possibilidade de realização dos objetivos da teoria crítica e eliminava filosoficamente qualquer possibilidade de análise racional dessas condições.

Tais críticas parece não terem abalado o interesse pelo conhecimento da obra de Adorno. Ao contrário, elas têm ajudado abrir caminhos para outras leituras do autor frankfurtiano. Os autores pós-coloniais, por exemplo, encontraram em a Mínima Moralía de Adorno relatos lúcidos do exílio; enquanto as feministas utilizaram a “Dialética Negativa” para desmaranhar sua afetividade. O que mostra que o pensamento do autor tem possibilidade de aplicabilidade e que por isso mesmo não pode ser relegado ao ostracismo.

A importância de Adorno está no fato de que sua obra “é facilmente caricaturada, mas são a sutileza e a profundidade de seu pensamento que asseguram que ela se mantenha no primeiro plano da teoria social contemporânea”(CARRABINE, 2007, p.23).

Com este estudo foi possível evidenciar, que os pressupostos da Teoria Crítica permi-

te-nos uma compreensão da complexidade das relações sociais. A origem da teoria, a partir do pensamento crítico de Marx sobre a política econômica da sociedade, rompe com a pretensa neutralidade científica do pesquisador ao estudar a realidade social do seu tempo. Os principais teóricos críticos, oriundos da Escola de Frankfurt, reconhecem que as relações sociais são influenciadas pelo desenvolvimento econômico, mas reconhecem também a influência de outros aspectos provenientes do contexto social. Nessa perspectiva, a Teoria Crítica estimula os pesquisadores a questionarem e frequentemente suas visões de mundo, abandonando a postura simplista que se diz dotada de neutralidade.

Um dos aspectos mais importantes na teoria crítica de Adorno e Horkheimer é a busca da superação das visões unilaterais que comprometem a compreensão da realidade social. Isto evidencia-se principalmente na crítica ao positivismo e à metafísica, na qual Horkheimer aponta para a incapacidade de ambas tradições em estabelecer uma relação dialética entre filosofia e ciências empíricas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. A indústria Cultural. In: COHN, Gabriel (org). Comunicação e indústria cultural. São Paulo: Nacional, 1978.

CARRABINE, Eamonn. Theodor Adorno. In: SCOTT, John (org). 50 sociólogos fundamentais. São Paulo: Contexto, 2007.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2001.

COHN, Gabriel (org). Theodor W.Adorno. São Paulo: Ática, 1994.

GHIRALDELLI JR, Paulo. Filosofia da Educação. São Paulo: Ática, 2006.

FREITAG, B. A teoria crítica: ontem e hoje. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ZUIN, Antônio A. S. , PUCCI, Bruno e OLIVEIRA, Newton Ramos de(org). Ensaio Frankfurtianos. São Paulo: Cortez, 2004.

RECH, Hildemar Luiz. Subjetividade, conhecimento e práxis: leitura sobre a “dialética negativa” e sobre outros aspectos da filosofia crítica de Theodor Adorno. (mimeo).s/l e s/d.

Disputas cartográficas e diplomáticas entre Portugal e Espanha pelos direitos das ilhas das especiarias no século XVI

Rodrigo Calefi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.15

INTRODUÇÃO

As Ilhas Molucas, na atual Indonésia, conhecidas durante o século XVI como “Ilhas das Especiarias”, foram protagonistas de uma acirrada disputa entre as monarquias portuguesa e espanhola há cerca de quinhentos anos. Controlá-las significava obter o domínio comercial de importantes produtos comerciais, como o cravo e a noz-moscada. Exatamente por este motivo, foram alvo de desentendimentos, entre ambas as partes, num processo em que a manipulação do espaço geográfico, especialmente através da cartografia, foi essencial para a solução de questões diplomáticas e no exercício do Direito Internacional, mesmo num contexto em que os Estados-Nações modernos estivessem apenas em seus processos embrionários na Europa.

Para que entendamos a Querela das Molucas em suas nuances, é importante situá-la dentro do amplo contexto diplomático em que ambas as Coroas ibéricas estavam inseridas, especialmente no que se referia à exploração e expansão comercial marítima. Para tanto, neste artigo será feita uma recapitulação dos tratados políticos e negociações entre Portugal e Castela desde o final do século XV, a começar pelo Tratado de Alcáçovas-Toledo de 1479, passando pelas Bulas Alexandrinas e o Tratado de Tordesilhas da década de 1490, até os desdobramentos que levaram à assinatura do Tratado de Zaragoza em 1529. Em relação a este último, também será discutida a influência que sofreu da cartografia, especificamente da utilização dos mapas de Diogo Ribeiro como forma de argumentação científica em prol do estabelecimento das Molucas dentro do território espanhol.

DE ALCÁÇOVAS A TORDESILHAS

Na década de 1470, a Península Ibérica passava por um período de instabilidade política – o que, como veremos, não seria um cenário incomum também nas décadas seguintes. A Espanha passava por um conflito interno devido à disputa pela sucessão do trono castelhano entre Joana, a “beltraneja”, e os reis católicos Isabel de Castela e Fernando de Aragão. Embora o rei Afonso V de Portugal tenha apoiado Joana belicamente, os que saíram vitoriosos foram Isabel e seu marido.¹ Neste mesmo período, ocorria também outro embate, este relacionado à expansão marítima e aos entrepostos de ambas as coroas. Em 1479, com Isabel consolidada como legítima governante de Castela, ambas as coroas decidiram se reunir em Alcáçovas, para selar, de uma vez por todas, a paz, tanto no tocante à guerra na Península Ibérica quanto às dissidências em relação às novas rotas e posses coloniais que os dois países começavam a explorar.

Resumidamente, o Tratado, além de selar a paz, também dividia claramente as posses e rotas reservadas a cada uma das coroas no ultramar. Em resumo, Portugal teria direito às Ilhas Atlânticas Lusas, além do reino de Fez e as províncias da Guiné. Para Castela, ficavam reservadas as Ilhas Canárias. Quanto à navegação, todas as águas ao sul destas ilhas deveriam ser desbravadas apenas por navios portugueses, enquanto que o mesmo se aplicava ao norte, mas em relação às embarcações castelhanas.²

Após a assinatura do Tratado de Alcáçovas, houve um período de relativa paz entre as coroas ibéricas. Por 14 anos, a divisão feita pelos monarcas foi suficiente para sanar as suas próprias necessidades e intenções ultramarinas. Em 1493, contudo, a volta da expedição de

¹ RUMEU DE ARMAS, Antonio. *El Tratado de Tordesillas*. Madri: MAPFRE, 1992, p. 73.

² *Ibidem*, p. 83.

Cristóvão Colombo inauguraria uma nova rodada de rivalidades.

O navegador genovês acreditava ter chegado não a um continente novo, mas à costa oriental da Ásia. Natural que assim fosse, na verdade. Colombo era um navegador acostumado ao Mar Mediterrâneo. A empresa espanhola de encontrar o caminho das Índias pelo Ocidente levava como pressupostos os conhecimentos de mundo já circulantes na Europa desde a Antiguidade, e foi natural, portanto, que o italiano pensasse que tivesse chegado não a uma terra desconhecida, mas sim à porção mais oriental das Índias.³

A chegada àquelas terras trazia, para Castela, a euforia de poder abrir uma rota comercial e, assim, ingressar no mercado de especiarias. Para Portugal, aquilo se traduzia no medo de ficar para trás de seus vizinhos na empreitada da expansão marítima. Portanto, foi natural que houvesse um grande aumento nas tensões entre os monarcas.

Para evitar um conflito bélico, os ibéricos recorreram, novamente, à diplomacia. Num primeiro momento, as negociações diretas entre as duas partes foram pouco eficazes. A interpretação portuguesa do Tratado de Alcáçovas não parecia correta aos olhos dos diplomatas castelhanos, e assim, chegaram a um impasse. Foi neste momento que Castela buscou o amparo do Vaticano para buscar uma resolução – evidentemente, de forma que fosse favorável aos castelhanos, garantindo-lhes a posse e direito de usufruto das terras recém-descobertas. Assim, foram publicadas pelo papa Alexandre VI, ainda em 1493, as bulas *inter caetera*. Antonio Rumeu de Armas explica que, apesar da incontestável autoridade que o papa detinha na Europa ocidental, as bulas papais não eram necessárias para legitimar o domínio dos reis cristãos sobre terras de infiéis e, portanto, nem sempre eram solicitadas.⁴ Ainda assim, em determinadas situações, provaram-se, no mínimo, convenientes.

Foi este o caso da bula *inter caetera*. Solicitada pelo monarca castelhano ao papa Alexandre VI – que, por sinal, tinha seu nome de batismo Rodrigo Borja e era nascido na Espanha –, favorecia, sem dúvidas, os interesses de Castela. Ela assegurava, naquele contexto, a posse das novas terras descobertas por Colombo à Espanha, e traçava uma nova linha de demarcação, que substituiria a divisão que fora interposta em Alcáçovas 14 anos antes. Agora, as terras descobertas e por descobrir por Castela e Portugal seriam divididas por uma linha imaginária que cortava o globo terrestre de norte a sul, e que passaria 100 léguas a oeste do arquipélago de Cabo Verde. A última das bulas de 1493 versava, ainda, sobre a possibilidade de embarcações castelhanas chegarem às Índias Orientais através da navegação do Atlântico rumo ao oeste, tal qual almejava Colombo e, três décadas mais tarde, Fernão de Magalhães, já com a concepção bem estabelecida de que a América era um continente novo e não a parcela mais oriental da Ásia.⁵

Importante ressaltar, nesse sentido, que as bulas versavam claramente também sobre a missão de evangelizar os povos estrangeiros infiéis – não à toa, não havia preocupação aparente alguma com o fato de arbitrariamente dividir o mundo inteiro entre dois reinos que sequer haviam estabelecido contato com muitas das regiões em pauta, simplesmente pelo fato de serem cristãos. Neste sentido, os interesses de indígenas e povos não cristãos da América e da Índia foram colocados completamente de lado. Ainda assim, esse ímpeto evangelizador das coroas ibéricas no processo de expansão marítima e colonização seria, embora incontestavelmente

³ DUSSEL, Enrique. 1492: O Encobrimento do Outro: A Origem do Mito da Modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 29.

⁴ *Ibidem*, p. 115.

⁵ *Ibidem*, p. 124.

presente, secundário quando comparado com o interesse da exploração econômica, tanto das especiarias do sudeste asiático desde o início do século XVI, quanto da prata e do ouro das Américas logo em seguida.⁶

As bulas papais não agradaram ao rei português. Portanto, apesar da mediação do Vaticano, logo surgiu a necessidade de os países vizinhos retomarem a negociação, agora de forma mais direta. Em março de 1494, iniciaram-se as tratativas em Tordesilhas. Os espanhóis, fortalecidos pelo amparo do Pontífice, entravam mais fortes na negociação. Contudo, para evitar que as tensões deteriorassem ainda mais a já frágil relação entre os reinos ibéricos, os diplomatas castelhanos entendiam que seria necessário ceder em algumas exigências portuguesas. Um conflito armado contra Portugal não era desejado por Castela, pois seria um grande empecilho às pretensões do reino. Neste sentido,

Una guerra contra Portugal pondría en peligro el monopolio integral de las islas y tierras recién descubiertas y las que todavía quedaban por explorar. Colón durante el segundo viaje admitió como posible darse de bruces con una escuadra lusitana en lo más remoto del Océano.⁷

Assim sendo, ficou acordado que a linha de demarcação seria deslocada mais 270 léguas a oeste, ficando estabelecida, agora, a 370 léguas de Cabo Verde.

A insistência de Portugal por tal deslocamento gera diferentes interpretações plausíveis. Primeiramente, o deslocamento da linha a oeste permitia às embarcações portuguesas uma maior margem para manobrar e aproveitar as correntes marítimas ao redor da África, o que facilitava a navegação pela Rota do Cabo. Há, ainda, quem defenda a tese de que, em 1494, já havia o conhecimento, protegido sigilosamente por Portugal, da existência da costa brasileira e de sua localização, seis anos antes da chegada das esquadras de Vicente Pinzón e Pedro Álvares Cabral.⁸

Enquanto as bulas papais versavam principalmente sobre os direitos castelhanos de navegação e por onde deveriam navegar os navios espanhóis, o Tratado de Tordesilhas de fato dividia o mundo entre as duas coroas. O termo acabou por ser, inicialmente, bastante benéfico a Portugal, e ainda mais após a chegada de Cabral ao Brasil – embora as terras tupiniquins não fossem obter uma relevância maior dentro do Império Português por praticamente um século.

O Tratado de 1494 versava somente sobre uma linha, que passava sobre o Atlântico. Contudo, anos mais tarde, desde a chegada dos portugueses às Índias e, principalmente, após a viagem de Magalhães-Elcano, viu-se a necessidade de dividir o mundo também no outro extremo. Inicialmente, não havia um consenso de como fazer isso. A ideia preponderante e mais natural, entretanto, foi a de considerar a linha de Tordesilhas como um ponto de partida para traçar um antimeridiano, o que foi sendo gradualmente aceito por ambos os lados como forma padrão de divisão.

Mas se a delimitação de Tordesilhas no Atlântico já se mostrou uma tarefa difícil na prática dada a limitação da técnica de medição longitudinal da época, traçar o antimeridiano se mostraria ainda mais desafiador, não somente pela distância do Extremo Oriente da Europa, mas também pelos fortíssimos interesses comerciais dos ibéricos na região. É neste contexto que, como veremos, poderá ser observada a alçada sem precedentes da produção cartográfica a uma

⁶ *Ibidem*, p. 128.

⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁸ *Ibidem*, p. 146.

relevância cada vez maior no âmbito das negociações diplomáticas entre Portugal e Castela.

AS JUNTAS DE BADAJOZ-ELVAS E O TRATADO DE ZARAGOZA DE 1529

O retorno da nau *Victoria* a Sevilha, em 1522, com os dezoito sobreviventes da circum-navegação iniciada por Fernão de Magalhães três anos antes, implicou um novo momento de ápice das tensões entre as duas coroas. A empreitada idealizada por Magalhães ameaçava o monopólio que Portugal vinha construindo no Oriente, e dava a Castela ainda mais motivos para contestar a abrangência dos direitos de Portugal em relação à exploração de especiarias – em especial no que se referia à posse das Molucas e do comércio de cravo.

A imprecisão da localização do antimeridiano de Tordesilhas culminava numa acalorada discussão, entre ambos os lados, acerca da localização das ilhas. Durante as primeiras décadas do século XVI, foi muito comum que cronistas e nobres lusitanos defendessem que as ilhas ficavam dentro do hemisfério português do mundo, ao mesmo passo que castelhanos acreditavam que o arquipélago estava situado do lado castelhano da linha. Esta discordância pode ser observada com bastante clareza na produção cartográfica do período, com a tendência de cartógrafos contratados pela Coroa Castelhana situarem as ilhas mais a leste. Do lado oposto, o fenômeno se invertia.

Logo após o retorno de Elcano e dos outros dezessete sobreviventes, D. João III reclamou formalmente a Carlos V, alegando que a circum-navegação correspondia a uma violação das possessões portuguesas. Carlos, por sua vez, retrucou dizendo que o simples fato de Portugal ter chegado antes não significava que as Molucas automaticamente pertenciam àquele país.⁹ Em 1524, os dois lados concordaram em iniciar negociações para sanar este litígio, numa tratativa que aconteceria nas cidades fronteiriças entre Portugal e Espanha de Badajoz e Elvas.

As juntas de Badajoz e Elvas reuniam diversos diplomatas de ambos os lados. Do lado castelhano, havia um cartógrafo nascido em Portugal, mas que servia a Carlos V, chamado Diogo Ribeiro. Como veremos, Ribeiro viria a ser muito importante naquele contexto, pois seus mapas viriam a desempenhar um papel diplomático sem precedentes no mundo europeu.

As negociações eram difíceis, em grande parte, porque nenhum dos lados queria expor suas preciosas informações acerca da navegação – mapas, cartas e cálculos astronômicos eram em grande parte sigilosos e, portanto, não interessava aos diplomatas expô-los ao lado concorrente. Nesse ínterim, há relatos do uso da espionagem para obter informações que poderiam ser úteis nas negociações. Além disso, Diogo Ribeiro, por ter servido anteriormente ao monarca português, possuía informações privilegiadas de ambas as partes. Outro artifício utilizado nas negociações foram os globos terrestres, que permitiam projeções mais precisas dos contornos geográficos.

Um dos argumentos mais fortes levado pelos espanhóis era o relato de Juan Sebastián Elcano, que tinha grande validade por conta de sua experiência durante a viagem de circum-navegação. É justamente com base neste relato que o cartógrafo espanhol Nuño García embasou sua carta de 1522, a qual foi levada pela comitiva castelhana às negociações.¹⁰ Este mapa foi um dos primeiros a traçar explicitamente o antimeridiano, o qual cortava a ilha de Sumatra, numa

⁹ BROTTON, Jerry. *Uma história do mundo em doze mapas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 221.

¹⁰ *Ibidem*, p. 227.

posição bastante favorável à coroa castelhana, já que colocava grande parte das Índias Orientais sob a posse de Carlos V – tendência que se repetiu em vários dos mapas utilizados pela comitiva castelhana.¹¹ Além disso, o cronista Antonio Pigafetta foi claro em seu relato ao situar as ilhas 161º a oeste da linha de demarcação, ou seja, dezenove graus hemisfério castelhano adentro.¹² Ainda assim, Portugal possuía um grande repertório decorrente da navegação pela Rota do Cabo, bem como suas próprias produções cartográficas. Os lusos argumentavam que os mapas e relatos levados pela comitiva castelhana não passavam de suposições, e que portanto seria necessário realizar novos cálculos, com base em “eclipses lunares e estrelas fixas”.¹³ O lado espanhol, entretanto, não achou essa solução viável, dado o longo tempo que demandaria – o que gerou um impasse nas negociações. A comitiva castelhana admitiu, por fim, que nenhum dos lados conseguiria convencer o outro de que as Molucas estavam em seu lado.¹⁴ O prazo estipulado foi esgotado, e as tratativas foram encerradas sem uma solução.

Figura 1 – GARCÍA, Nuño. Mapa do Oceano Índico. 1522, Biblioteca Reale di Torino, Turim. No mapa, a linha de demarcação aparece com bastante destaque, em vermelho, passando exatamente pelo centro de Sumatra.



Com o fim das negociações sem uma solução, o direito à exploração das Molucas ficou em aberto. Nos anos que seguiram, Portugal seguiu fortalecendo sua presença na região, com a

11 RUMEU DE ARMAS, Antonio. *Op. Cit.*, p. 223.

12 PIGAFETTA, Antonio. *A primeira viagem ao redor do mundo: o diário da expedição de Fernão de Magalhães*. Porto Alegre: L&PM, 2019, p. 176.

13 PINO ABAD, Miguel. *El Tratado de Zaragoza de 22 de Abril de 1529 Como Anticipo a la Conquista de Filipinas*. In: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Manuela (coord). *Guerra, derecho y política*. Valladolid: Asociación Veritas para el Estudio de La Historia, el Derecho y las Instituciones, 2014, p. 28.

14 BROTTON, Jerry. *Op. Cit.*, p. 229.

construção de fortalezas em Ternate e Tidore. Castela, por sua vez, tentou ingressar no comércio de especiarias através da rota do Estreito de Magalhães. Foi neste contexto que ordenou a viagem de Garcia Jofre de Loaysa, que culminou em fracasso. Castela não conseguiu, neste período, estabelecer uma rota comercial viável até as Molucas. Resumidamente, neste meio tempo, ambos os reinos reivindicavam a posse das ilhas – Portugal com o principal argumento de ter chegado e se estabelecido antes no arquipélago, e Castela, como veremos, com uma linha de argumentação pautada principalmente na cosmografia e cartografia, com a tentativa de criação de uma realidade geográfica que situasse Maluco dentro do hemisfério castelhano.

A questão ficou indefinida até o final da década de 1520. Apesar do fracasso de Loaysa e das outras empreitadas castelhanas, D. João III via com preocupação as movimentações de Castela, e por isso achou prudente buscar uma resolução que garantisse a Portugal os direitos sobre as ilhas. Chegou a propor, assim, a compra dos eventuais direitos castelhanos sobre as Ilhas.¹⁵

Quando as tratativas foram reabertas em Zaragoza, passaram por momentos tão tensos quanto em Badajoz e Elvas, chegando a serem interrompidas no final de 1528, permanecendo inertes até fevereiro de 1529. Mas nesta ocasião, as negociações foram mais frutíferas.¹⁶ Por fim, Carlos V aceitou vender as Molucas para D. João III, e o Tratado que firmava a negociação foi assinado em 1529.

[...] dijeron los dichos Gran Canciller, Obispo de Osma, y Comendador Mayor de Calatrava, procuradores del dicho Señor Emperador y Rey de Castilla, que ellos, en su nombre, por virtud de la dicha procuración [poder], vendrían, como luego de hecho vendieron, desde este día, para siempre jamás, al dicho Señor Rey de Portugal, para él y todos sus sucesores de la Corona de sus Reinos, todo el derecho, acción, dominio, propiedad y posesión, o casi posesión, y todo el derecho de navegar, contratar y comerciar, por cualquier modo que sea, que el dicho Señor Emperador y Rey de Castilla dice que tiene y podría tener por cualquier vía, modo o manera que sea en el dicho Maluco, islas, lugares, tierras y mares [...] por precio de trescientos y cincuenta mil ducados de oro [...] que valgan en Castilla trescientos y setenta y cinco mrs [maravedies] cada ducado [...].¹⁷

O preço pago pelas ilhas, de 350.000 ducados de ouro, correspondia a dezesseis vezes o orçamento disponibilizado dez anos antes para a expedição de Magalhães.¹⁸ Tratava-se de uma quantia interessante, principalmente se considerado o contexto político em que se encontrava Carlos V. Numa iminente guerra contra a França, o Imperador não somente conseguiria uma rápida resolução da Questão das Molucas, de forma que seu reino recebesse uma compensação econômica imediata, como também se aproximaria de Portugal para garantir a neutralidade dos lusitanos no conflito.¹⁹

Além disso, o tratado ainda previa a prerrogativa de Carlos devolver o montante pago a qualquer momento, de forma a reabrir os debates. Jerry Brotton explica que esta era “uma maneira inteligente de salvar as aparências, pois se tratava de uma cláusula improvável de vir a ser

15 RUMEU DE ARMAS, Antonio. *Op. Cit.*, p. 225.

16 PINO ABAD, Miguel. *Op. Cit.*, p. 30.

17 *Tratado de Zaragoza, 1529*, p. 18. Transliteração por Cristóbal Bernal, 2015. Tradução livre: “[...] disseram os ditos Grande Chanceler, Bispo de Osma, e Comendador Maior de Calatrava, procuradores do dito Senhor Imperador e Rei de Castela, que eles, em seu nome, por virtude da dita procuração, venderiam, como logo de fato venderam, deste este dia, para sempre jamais, ao dito Senhor Rei de Portugal, para ele e todos seus sucessores da Coroa de seus Reinos, todo o direito, ação, domínio, propriedade e posse, ou quase posse, e todo o direito de navegar, contratar, e comerciar, por qualquer modo que seja, que o dito Senhor Imperador e Rei de Castela disse que tem e poderia ter por qualquer meio, modo ou maneira que seja no dito Maluco, ilhas, lugares, terras e mares [...] pelo preço de trezentos e cinquenta mil ducados de ouro [...] que valham em Castela trezentos e setenta e cinco maravedis cada ducado [...].”

18 SANCHEZ, Antonio. *Op. Cit.*, P.9.

19 BROTTON, Jerry. *Op. Cit.*, p. 234.

invocada, mas mantinha a ficção da crença de Castela na validade da sua reivindicação [de que as Molucas situavam-se no hemisfério castelhano]”.²⁰ Por fim, o tratado traçava uma nova linha, que demarcava os territórios no Oriente – em especial as Ilhas das Especiarias e as Filipinas – de forma mais eficaz do que antes se fizera com base na linha de Tordesilhas.

Como veremos adiante, foi possível que castelhanos convencessem os portugueses de que as ilhas pertenciam a Carlos principalmente por conta da argumentação baseada na cartografia. Assim sendo, a compra das ilhas por Portugal pôs fim às disputas que se arrastavam havia ao menos uma década. Contudo, apesar de o Tratado de Zaragoza simbolizar o fim da Questão das Molucas, a discussão quanto à localização longitudinal das ilhas seguiu existindo por várias décadas após sua assinatura. Isso pode ser constatado, por exemplo, quando D. João de Castro, vice-rei do Estado da Índia entre 1547 e 1548, escreveu ao rei de Portugal sobre o possível equívoco quanto à localização longitudinal de Maluco, em razão do fato de que a entrada do Mar Vermelho seria, na verdade, menor do que previamente se imaginava – e, portanto, as ilhas estariam algumas léguas dentro do hemisfério português.²¹ Outra ocasião em que o debate foi reaberto ocorreu em 1566, quando Felipe II utilizou-se de novas produções cartográficas e cosmográficas para rediscutir a posição das Filipinas em relação ao acordado em Zaragoza. Mesmo durante a União Ibérica, iniciada em 1580, reflexos da Questão das Molucas ainda ecoavam entre os membros da nobreza e estudiosos dos dois reinos.²²

A RELEVÂNCIA DA CARTOGRAFIA NA QUESTÃO DAS MOLUCAS

A disputa pelas Ilhas das Especiarias foi bastante complexa em todas as suas nuances, mas se houve um ponto em específico em que foi inovadora, foi na forma com que se relacionou com a cartografia. Embora mapas tenham sido utilizados diversas vezes como forma de manipulação do espaço geográfico por interesse do cartógrafo ou de seu patrocinador anteriormente – inclusive em disputas entre castelhanos e portugueses, como por exemplo em Alcáçovas e Tordesilhas –, foi durante a década de 1520, após o retorno da expedição de Magalhães-Elcano a Sevilha, que a produção cartográfica foi alçada a uma posição de autoridade diplomática sem precedentes.²³ Exemplo disso é o citado mapa de Nuño García de 1522, levado a Badajoz e Elvas pela comitiva espanhola, além de várias outras cartas e globos terrestres que foram objeto de discussão nas juntas. O Tratado de Zaragoza também determinava que o antimeridiano fosse determinado através de um mapa. Esta carta, contudo, não sobreviveu ao tempo.²⁴

Ainda assim, há uma série de mapas bastante relevantes para aquele contexto, de autoria de Diogo Ribeiro, os quais receberam bastante atenção neste estudo. Como veremos, Ribeiro fez um excelente uso dos conhecimentos cosmográficos, bem como das descrições da geografia feitas por relatos de viagem – destaque, aqui, para o relato escrito de Pigafetta e o argumento de Juan Sebastián Elcano –, para assegurar, através de seus mapas, a legitimidade das pretensões de Carlos V, a quem servia, em relação às Ilhas Molucas.

²⁰ *Ibidem*, p. 235.

²¹ DORÉ, Andréa. *Dos estreitos de Malaca ao Estreito de Magalhães: a viagem de Magalhães-Elcano na perspectiva asiática*. In: KALIL, Luís Guilherme Assis; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira (Orgs). 1519: *Circulação, conquistas e conexões na primeira modernidade*. Jundiaí: Paco Editorial, 2021, p. 115.

²² SÁNCHEZ, Antonio. *La Circunnavegación de Magallanes-Elcano, 1519-1522: ¿Una Aventura Iberica o un Viaje de Ciencia?* *Revista Mundo Investigación, Madrid*, v. 2, n. 3, 2018, p. 15.

²³ *Ibidem*, p. 14.

²⁴ BROTTON, Jerry. *Op. Cit.*, p. 236.

Neste sentido, é importante reforçar a concepção de que o mapa não é uma mera representação do espaço geográfico, fundamentada pela metodologia de J.B. Harley.²⁵ Mais que isso, é uma produção humana, e por isso deve ser interpretado de forma crítica enquanto fonte histórica, buscando compreender seus vieses dentro de sua subjetividade. Portanto, não se pode olhar para um mapa sem levar em consideração o fato de que seus elementos estão imbuídos, intencionalmente ou não, dos interesses, crenças e contexto de vida do cartógrafo que o produziu – e este fenômeno é muito acentuado quando tratamos da produção de Diogo Ribeiro.

O primeiro mapa de Ribeiro analisado é um planisfério datado de 1525, produzido logo após a participação do cartógrafo na comitiva castelhana em Badajoz e Elvas. Este mapa tem como centro o Oceano Atlântico, e apresenta o contorno de grande parte da costa do mundo conhecido na época. É um mapa pouco detalhado, já que não possui enfeites ou detalhes do interior dos continentes. Reflexos da circum-navegação de Magalhães-Elcano podem ser observados no mapa, principalmente no estreito que recebe o nome de seu descobridor.

Chama atenção o aparente destaque dado pelo cartógrafo às terras alvo de disputa entre Portugal e Castela. O arquipélago das Molucas aparece duas vezes, uma no extremo direito e outra no extremo esquerdo da carta. Além disso, a linha de demarcação aparece duas vezes – uma cortando a América do Sul, sendo esta a linha originalmente proposta em Tordesilhas, e que aparece centralizada, e outra passando pelas Índias Orientais, mais precisamente sobre a ilha de Sumatra e a Península Malaia, colocando tudo que está desde Malaca até o extremo leste dentro do hemisfério castelhano. Outro ponto inovador desta produção é a substituição dos tradicionais elementos decorativos com temática religiosa dos mapas europeus do período por representações de instrumentos de navegação, como um sextante e uma bússola. Este elemento, somado à evidente centralidade da linha de demarcação, destacada por bandeiras de ambas as coroas na parte inferior do mapa, evidencia o propósito científico e político do planisfério. Ribeiro não deixa dúvidas de que os elementos mais importantes de sua carta são aqueles atrelados à repartição do mundo entre Portugal e Castela.

Figura 2 – RIBEIRO, Diogo. Planisfério, 1525. Biblioteca Estense di Modena, Itália.



²⁵ HARLEY, J. B. *La Nueva Naturaleza de los Mapas. Ensayos sobre la historia de la cartografía*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Figura 3 – Detalhe do planisfério de Diogo Ribeiro de 1525. A linha de demarcação no Atlântico é representada por duas bandeiras, uma de Aragão e Castela e outra de Portugal. A esquerda, vê-se a porção mais austral da América do Sul, em que consta o topônimo “Estrecho de Fernam de Magalães”.

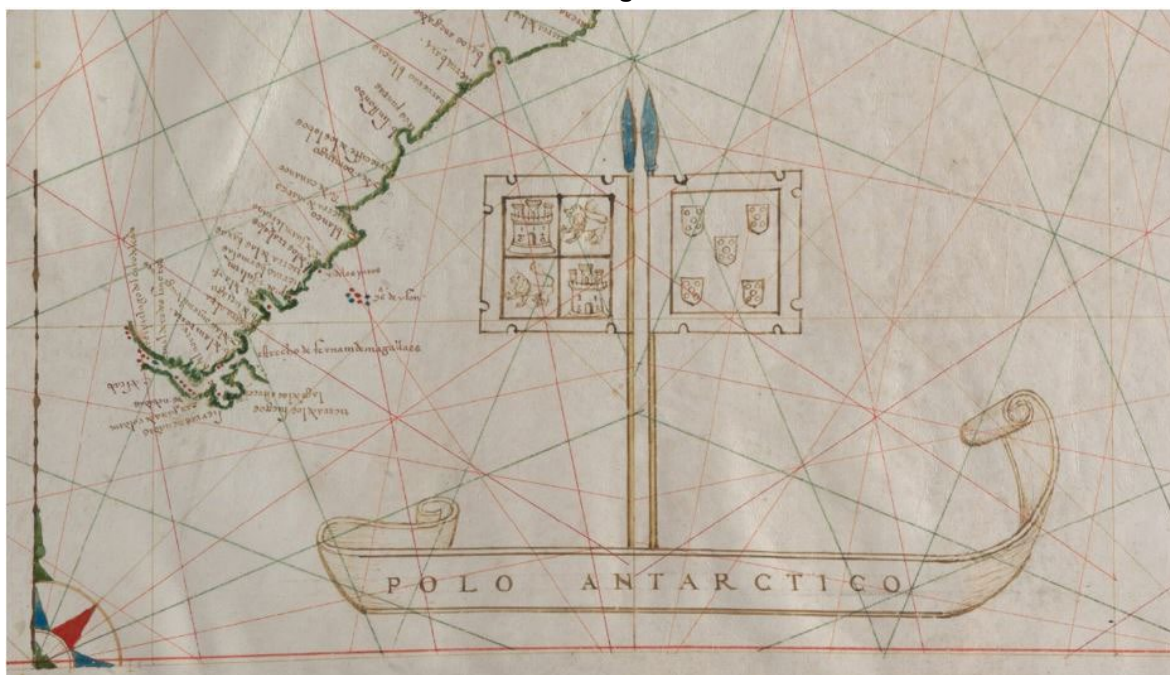


Figura 4 – Porção oriental do planisfério de 1525. No extremo leste, está situado o Arquipélago das Molucas. Abaixo, ligeiramente a oeste, aparece uma bandeira com o brasão da Espanha, não por acaso reafirmando o domínio castelhana sobre Maluco. As ilhas aparecem redesenhadas no mesmo mapa em sua extremidade ocidental, claramente dentro do hemisfério espanhol.



O próximo mapa de Ribeiro é datado de 1527. Segue o mesmo padrão do mapa anterior, mas é mais detalhado. Além de preencher lacunas deixadas em seu planisfério anterior, Ribeiro faz descrições, através de legendas, do uso dos equipamentos de navegação desenhados e. Ainda, através de um verbete, explica que as Ilhas das Especiarias foram posicionadas naquela latitude com base na opinião de Juan Sebastián Elcano, reforçando a autoridade do navegador por não somente ter visitado as ilhas, mas também por ter sido o primeiro a circum-navegar o globo terrestre.²⁶

O terceiro e último mapa de Ribeiro produzido neste padrão abordado por este estudo é também o mais famoso, datado de 1529. Claramente inspirado no primeiro, de 1525, e contendo os elementos descritivos do de 1527, é maior que os antecessores, e possui ainda mais detalhes e aspectos artísticos, como desenhos de navios navegando pelo Pacífico e Atlântico. Tudo no mapa, entretanto, parece apontar para uma direção bastante específica: a de que as Molucas pertenciam à Espanha. A linha de demarcação é posta 7,5° a oeste das Molucas. Além disso, os navios desenhados encontram-se acompanhados de descrições, alguns com a frase “voy a maluco”, outros com a frase “vengo de maluco”, numa clara intenção de presumir a existência, ou ao menos a possibilidade de existência de uma rota comercial às Ilhas do Cravo, através do hemisfério castelhano.²⁷

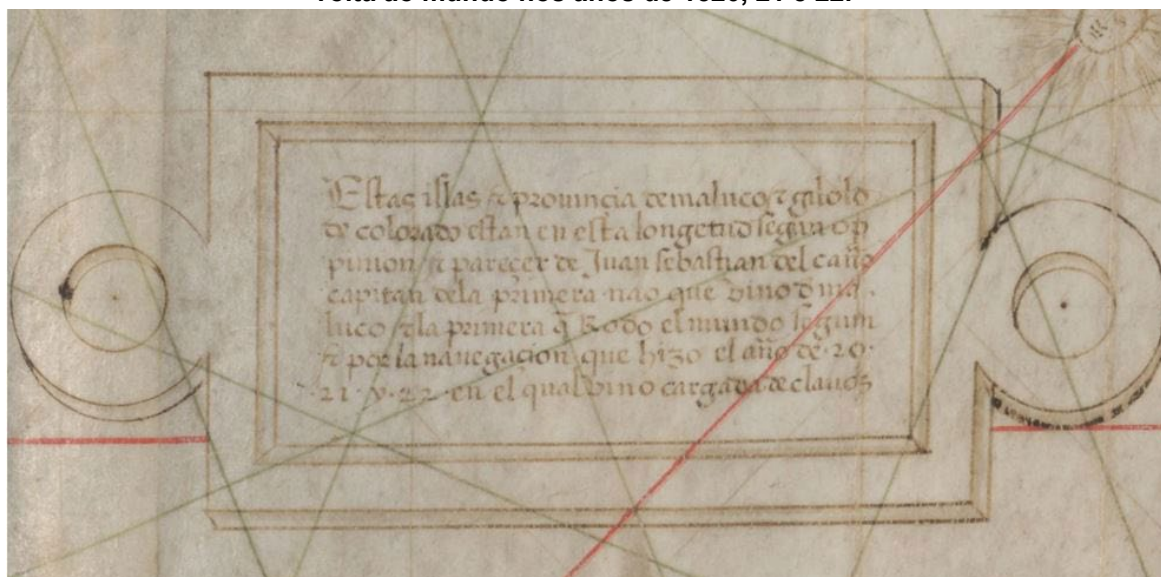
Figura 5 – RIBEIRO, Diogo. Carta Universal en que se contiene todo lo que del mundo se ha descubierta hasta agora, 1529. Biblioteca Apostolica Vaticana, Roma.



²⁶ BROTON, *Op. Cit.*, p. 234.

²⁷ *Ibidem*, p. 236.

Figura 6 – Detalhe do planisfério de Ribeiro de 1529. Nesta legenda, o cartógrafo explica que a Província de Maluco foi colocada nesta longitude com base no parecer de Juan Sebastián del Cano (Elcano), capitão da primeira nau que chegou às Molucas e que completou a primeira volta ao mundo nos anos de 1520, 21 e 22.



Figuras 7 e 8 – Outros recortes do mapa de 1529. À esquerda, um navio viajando pelo Pacífico Sul, com a inscrição “voy a maluco” abaixo; à direita, uma embarcação desenhada no Atlântico, próxima à costa brasileira, com a inscrição “vengo de maluco”.



O planisfério de 1529 de Ribeiro não chegou a ser utilizado na mesa de negociações em Zaragoza, muito pelo fato de ter sido concluído apenas no momento em que o Tratado já estava para ser definitivamente ratificado. Contudo, foi de relevância muito grande para fortalecer os argumentos apresentados pelos diplomatas castelhanos em prol da posse das Molucas por parte de Carlos V. O mapa argumenta de forma convincente que as Ilhas das Especiarias se encontravam dentro do hemisfério espanhol, e sua aparente objetividade científica apenas reforça este elemento. Hoje, pode-se precisar que as ilhas encontram-se a quase 5° a leste da

longitude onde passaria a linha de demarcação com base no acordado em Tordesilhas. Contudo, num contexto em que o cálculo longitudinal possuía muito mais limitações, Ribeiro conseguiu, através da manipulação dos elementos de sua obra, estabelecer uma realidade geográfica que convincentemente fixasse Maluco dentro do hemisfério espanhol, de forma a sustentar os interesses da Coroa castelhana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora muitos conceitos tenham se alterado ao longo dos séculos, a Querela das Molucas configurou um excelente exemplo de resolução de questões diplomáticas através do direito internacional público, isto é, da assinatura de tratados internacionais entre dois países em conflito. Mais que isso, é um dos, se não o primeiro momento da história em que um conflito foi solucionado, ao menos por algum tempo, de forma a utilizar argumentos científicos, notadamente a cartografia.

Os mapas corresponderam, naquele contexto, a uma importante ferramenta de convencimento para ambas as partes, e o saber geográfico, bem como as intenções subjetivas neles impressas, foram de suma importância para que a questão se desenvolvesse, pondo um fim oficial – ainda que não definitivo, haja vista que descontentamentos com os termos acordados em Zaragoza em 1529 foram relatadas em diversas fontes durante as décadas seguintes – à disputa entre portugueses e espanhóis.

REFERÊNCIAS

BROTTON, Jerry. Uma história do mundo em doze mapas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

DORÉ, Andréa. Dos estreitos de Malaca ao Estreito de Magalhães: a viagem de Magalhães-Elcano na perspectiva asiática. In: KALIL, Luís Guilherme Assis; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira (Orgs). 1519: Circulação, conquistas e conexões na primeira modernidade. Jundiaí: Paco Editorial, 2021.

DUSSEL, Enrique. 1492: O Encobrimento do Outro: A Origem do Mito da Modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

PIGAFETTA, Antonio. A primeira viagem ao redor do mundo: o diário da expedição de Fernão de Magalhães. Porto Alegre: L&PM, 2019.

PINO ABAD, Miguel. El Tratado de Zaragoza de 22 de Abril de 1529 Como Anticipo a la Conquista de Filipinas. In: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Manuela (coord). Guerra, derecho y política. Valladolid: Asociación Veritas para el Estudio de La Historia, el Derecho y las Instituciones, 2014.

HARLEY, J. B. La Nueva Naturaleza de los Mapas. Ensaio sobre la historia de la cartografía. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

RUMEU DE ARMAS, Antonio. El Tratado de Tordesillas. Madri: MAPFRE, 1992.

SÁNCHEZ, Antonio. La Circunnavegación de Magallanes-Elcano, 1519-1522: ¿Una Aventura Iberica o un Viaje de Ciencia? Revista Mundo Investigación, Madri, v. 2, n. 3, 2018.

Noção geral de direito administrativo em contexto a doutrina e o fenômeno de constitucionalização

Francisco Wenderson Pereira de Souza

Administrador, Gestor Público e Internacionalista, Especialista em Direito Administrativo e Civil

Jessin Lima de Vasconcelos

Érik Rocha de Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.16

RESUMO

Em decorrência do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, o princípio da legalidade deve ser reinterpretado, relativizando-se a vinculação do administrador à legalidade estrita clássica. Ademais se tem o princípio da juridicidade da administração, entendido como a subordinação ao direito como um todo, implicando submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos. São apresentados os conceitos acerca do direito administrativo e da administração pública, apresentadas as fases do processo administrativo disciplinar. O estudo foi desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica, documental e análise de textos legislativos e doutrinadores do tema. Não é intenção abranger e esgotar o assunto em seu todo. O leitor terá informações essenciais sobre a matéria e conhecimentos sobre a Administração Pública mostrando que este é o instrumento de que se vale o Estado na busca do cumprimento de sua função básica, ou seja, de atender o interesse público.

Palavras-chave: administração pública. direito administrativo. poder disciplinar.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um dos ramos do Direito Público, em resumo, pode ser compreendido como o conjunto de princípios jurídicos que comandam a atuação administrativa, as entidades, os órgãos e os agentes públicos, objetivando o perfeito atendimento das necessidades e satisfação do interesse público.

É pacífico o entendimento, no que tange a submissão da Administração à lei, que lhe autoriza o exercício, ou a exteriorização por atos e decisões de seus poderes. O entendimento jurisprudencial vem se posicionando de maneira majoritária no que tange a aplicação deste, de forma a se concretizar a efetividade e probidade da Administração Pública, tendo em vista que os Princípios, também norteadores do Direito Administrativo, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, são, além da Legalidade, também a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade, Indisponibilidade, Eficiência e o Interesse Público.

Ademais, deixar de aplicá-la com base tão-somente na regra do Princípio da Legalidade, qual seja, a inexistência de expressa previsão legal, estaria o administrador, concorrendo em fraude abusiva e clara contra a eficácia e a probidade de sua própria Administração.

Note então, que o Direito Administrativo, assim como os demais ramos do Direito também teve sua formação basilar em quatro fontes, quais sejam: a Lei, a jurisprudência, a doutrina e os costumes. Cabe dizer, que o Brasil adotou para o sistema Administrativo brasileiro, o chamado sistema inglês, sistema de jurisdição única ou sistema de controle judicial, ou seja, todos os litígios administrativos ou de interesses exclusivamente privados, serão resolvidos definitivamente pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, uma análise conceitual do direito administrativo da administração pública e os principais princípios da administração pública para após, analisar-se, especificamente, o procedimento administrativo disciplinar, abrangendo: conceito, objeto, finalidade e fontes.

DESENVOLVIMENTO

Administração Pública

Administração Pública é importante entender o verbo “administrar” para o Direito Administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro tem o entendimento mais claro para o início do raciocínio em que sustenta:

Administrar significa não só prestar serviço executá-lo, como, igualmente, dirigir, governar, exercer à vontade com o objetivo de obter um resultado útil e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo. (2010, p. 44).

Tomando como base o entendimento de administrar trazido por Di Pietro, passa-se a entender o que seria a Administração Pública e, com base nos ensinamentos de Meirelles (2010, p. 65-66), “a Administração Pública é todo aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”, portanto, nota-se que a Administração Pública deve sempre favorecer a coletividade, em qualquer atividade ou ato prestado.

Quanto ao sentido Objetivo, é conceituado como “a própria atividade da administração exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa [...]” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 12-13) Este conceito é um entendimento mais direto e seco do que seria a Administração Pública, porém, um entendimento mais claro, levando em conta sua finalidade.

Ora, além de nos passar os princípios fundamentais da Administração Pública, este artigo também traz sua divisão em Administração Pública Direta e Indireta. Importante trazer sua diferenciação explicada por Mello (2010, p. 156-157), o qual diz que a Administração Pública Direta “se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos seus Ministérios” e a indireta é a que compreende: “a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas”.

Em resumo, a Administração Pública Direta é composta basicamente pelos seus entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), além de seus órgãos (Secretarias, Ministérios, etc.) já a Administração Pública indireta é elencada em todos os conceitos da doutrina, ou seja, sendo uma dessas entidades, é automaticamente Administração Pública Indireta. Justen (2009) vai um pouco mais além ao assunto quando fala:

A Constituição atribui de modo direto e imediato, a um conjunto de sujeitos políticos a titularidade de competências administrativas. Utiliza-se a expressão “Administração direta” para indicar o ente político que, por determinação constitucional, é o titular da função administrativa. (2009, p. 173).

Importante explicar – tendo como base o conceito trazido acima - que a Administração Direta é a detentora de todo o poder dado à Administração Pública, de uma forma geral, porém, esta está autorizada a criar órgãos mais específicos para auxiliá-la nos atos de administração. Estes órgãos subsidiários, criados por lei ou mediante autorização legal, são os elencados acima, pertencentes à Administração Pública Indireta.

Características do Direito Administrativo

Por ter sido elaborado há cerca de um século e meio, o direito administrativo é um ramo

da ciência jurídica recente. Somente em meados do século XIX foi consolidado como conjunto sistematizado de preceitos obrigatórios para autoridades de todos os níveis, com reconhecimento de direitos de particulares, protegidos por remédios jurisdicionais, podendo ser invocados pelos indivíduos para contrapor seus direitos perante a atuação da Administração, uma vez que outrora destinavam somente ao âmbito interno dos órgãos administrativos. Na visão da ilustre Prof.^a Di Pietro, temos que o Direito Administrativo é:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes, e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza política. (DI PIETRO, 2006, p. 52).

O nosso Direito é tradicionalmente dividido em dois ramos: o Direito Privado e o Direito Público. Aquele visa à regulamentação dos interesses individuais, a fim de possibilitar um convívio harmônico entre a sociedade, exemplificando, faz parte deste ramo o Direito Comercial e Civil. Já o Direito Público, tem por objetivo a regulamentação dos interesses, ora estatais, ora sociais, fazendo parte deste ramo o Direito Administrativo, o Direito Constitucional, o Direito Penal.

Meirelles, define o Direito Administrativo como “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. (MEIRELLES, 2000, p. 11)

No entanto, considerar que a atuação administrativa se propõe única e exclusivamente ao Poder Judiciário é um tremendo equívoco, dizer que o Poder Judiciário tem competência para litigar na esfera administrativa, não significa que a Administração Pública não possa decidir sobre a legitimidade e controle de seus próprios atos.

Por fim, sempre que a Administração Pública se ver lesada em seu direito poderá recorrer à esfera do Poder Judiciário, a fim de que se solucionem seus litígios, ainda que antes já tenha instaurado os devidos procedimentos que advém da via administrativa.

Fontes do Direito Administrativo

A fonte do direito, literalmente, significa o ponto de onde emana o direito. O direito administrativo teve como alicerce para sua formação quatro fontes principais: Lei; doutrina; jurisprudência; e os costumes.

A lei é a fonte primária do Direito Administrativo que abrange desde a Constituição até os regulamentos executivos, impondo o seu poder normativo aos indivíduos e ao próprio Estado, estabelecendo relações de administração de interesse direto e imediato do Direito Administrativo. (DI PIETRO, 2010).

A doutrina forma o sistema teórico aplicável ao direito positivo, é o elemento construtivo da ciência jurídica. É pela doutrina que se distingue as regras que convém ao Direito Público e ao Direito Privado, incluindo não somente na elaboração da lei, como nas decisões contenciosas e não contenciosas.

Jurisprudência influencia poderosamente a construção do Direito, em especial a do Direito Administrativo que se ressentir de sistematização doutrinária. Com um caráter mais prático, mais objetivo que a doutrina e a lei não se distanciam dos princípios teóricos, que acabam por penetrar e integrar a própria ciência jurídica. (DI PIETRO, 2006).

Enquanto a doutrina tende a universalizar-se, a jurisprudência tende a nacionalizar-se pela adaptação da lei e dos princípios teóricos ao caso concreto, sendo esta mais uma característica da jurisprudência. (CARVALHO FILHO, 2013).

O costume, no Direito Administrativo Brasileiro vem exercendo grande influência em razão da deficiência da legislação. A prática administrativa vem suprindo o texto escrito. O costume consiste nas práticas reiteradas de certos comportamentos, comportamentos estes extremamente jurídicos e a praxe burocrática passam a suprir a lei ou serve como referencial informativo da doutrina.

Princípios do Direito Administrativo

Em direito, princípios são fórmulas onde estão contidos pensamentos diretores do ordenamento jurídico ou legal. No Direito Administrativo os princípios são de grande relevância, uma vez que auxiliam o entendimento de seus institutos. José Cretella Júnior (1999, p. 35) diz: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”.

Vale ressaltar, que os princípios essenciais norteadores de toda a atividade administrativa, encontram-se por sua vez implícita ou explicitamente no bojo do nosso Texto Maior. O Direito Administrativo, como não poderia deixar de ser, é também regulado por diversos princípios sobre os quais se faz necessário citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006). Princípio da Legalidade; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Moralidade Administrativa; Princípio da Publicidade; Princípio da Eficiência; Princípio da Preponderância do Interesse Público sobre Interesse Particular; Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público; Princípio da Proporcionalidade; Princípio da Continuidade; Princípio da Presunção da Legalidade e Veracidade; Princípio da Auto-executoriedade; Princípio da Autotutela Administrativa.

Princípio da legalidade - somente serão permitidos atos expressos em lei, sob pena de praticar ato inválido, expondo-se o servidor a responsabilidade disciplinar, civil ou criminal. Na administração pública não há vontade e nem liberdade pessoal.

Princípio da Impessoalidade - de difícil configuração sua autonomia, norteia-se na prática do ato para um fim legal, isto é, sempre com a finalidade pública, ficando o administrador impedido de buscar outro objetivo, ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.

Princípio da Moralidade Administrativa - não se trata da moral comum ou geral, mas, sim, daquela que se extrai da própria disciplina interna da administração pública, sendo este pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Princípio da Publicidade - é tomar público o ato administrativo através de divulgação por órgão oficial, não só para assegurar seus efeitos extremos, mas também para dar conhecimento e proporcionar controle dos interessados diretos e aos cidadãos de uma forma geral.

Princípio da Eficiência - acrescentada aos princípios da administração pública através da Emenda Constitucional 1998, visa à ação mais rápida e precisa, para a produção de resultados que satisfaçam as carências da população.

Princípio da Preponderância do Interesse Público Sobre o interesse particular. O interes-

se público pode ser associado ao bem da coletividade. Este princípio objetiva a busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização dos sacrifícios de algum desses interesses.

Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público - este princípio veda autoridade administrativa de deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público.

Princípio da proporcionalidade - este princípio consiste, na intensidade, na amplitude das imposições aos indivíduos em geral, das restrições, às obrigações ou sanções. Que estas medidas não sejam superiores àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Princípio da continuidade - conforme este princípio, as atividades da administração pública não devem ser ininterruptas, para não serem prejudicados os interesses da coletividade.

Princípio da presunção de Legalidade e Veracidade - as decisões e atos da administração pública são editadas com o pressuposto de que estão conforme a lei, logo se subentende que seu conteúdo é verdadeiro. Porém este pressuposto, não tem caráter absoluto, cabendo a qualquer cidadão demonstrar ou invocar a ilegalidade e a inverdade.

Princípio da Auto-executoriedade - cabe a administração o exercício do próprio direito, mediante coação conforme o caso e sem consentimento de qualquer outro poder. Justifica-se este princípio ao não retardamento do atendimento aos interesses da coletividade ante interesses contrários.

Princípio da Autotutela Administrativa - consiste na anulação dos próprios atos ou revogação dos mesmos, pela Administração, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, zelando assim pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público.

Poder Disciplinar

O poder disciplinar faz parte de uma multiplicidade de atuações das atividades da administração pública. Estas atividades visam precipuamente a atender necessidades e interesses da população. Dividem-se num amplo e diversificado leque de atividades de diferentes tipos, sob várias formas e regimes, conduzidos por um corpo de agentes que formam a administração pública. (DI PIETRO, 2002)

Atribuído a autoridades administrativas, o poder disciplinar visa a apuração e a punição das faltas funcionais, ou seja, irregularidades diversas e condutas contrárias às atividades normais dos órgãos. Incidindo-se principalmente aos servidores, pode abranger a conduta de outras pessoas, como por exemplo, a de alunos de escolas públicas, que num determinado período de tempo, vincula-se estritamente às atividades de um órgão. (JUSTEN FILHO, 2009).

O poder disciplinar está unido ao poder hierárquico, embora um não se reduza ao outro, sendo este último mais amplo que o primeiro. Este poder disciplinar não deve ser confundido com o poder penal do Estado, este é exercido pelo poder Judiciário, regido pelo processo Penal, visa a repressão de condutas tipificadas na legislação penal, objetivando a preservação da ordem e a convivência em sociedade.

O poder disciplinar é apresentado sobretudo como dever da autoridade, conforme preceitua o Estatuto dos Servidores Civis Federais (Lei n.º 8.112/90), em seu art. 143, que dispõe o seguinte: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa”.

Responsabilidade dos Servidores: Deveres e direitos dos funcionários

A responsabilidade dos servidores está atrelada a inobservância às normas proibitivas e o descumprimento de deveres que culminam em consequência para o agente público. Este descumprimento ou inobservância às normas, serão apuradas e apenadas, conforme o grau do dano causado. A responsabilização dos servidores está condicionada a comprovação de dolo ou culpa em sua conduta, em ação regressiva que deverá ser proposta pela pessoa jurídica de direito público nos termos do artigo 109 da Constituição Federal e no artigo 121 da Lei 8.112/90.

Essa responsabilização implica-se no cometimento de infrações de três ordens: administrativa, civil e criminal. Podendo estas ser aplicadas ao servidor isoladamente ou mutuamente. Se a conduta do agente afetar a ordem interna dos serviços e caracterizar-se como infração ou ilícito administrativo, a responsabilidade imputada a este será administrativa, sofrendo as agentes sanções administrativas. (MORAIS, 2005).

Para melhor desempenho de seus encargos, os estatutos listam condutas e proibições a serem observadas pelos servidores. Na imposição de deveres e na concessão desses direitos a administração deve atentar sempre para o interesse coletivo. Esses deveres e direitos estão parcialmente elencados na Constituição da nossa República. Assim podemos dizer que deveres são proibições a serem observadas pelos servidores, e imposta pela administração a qual tem interesse na organização de seu pessoal. Dentre os deveres os mais genéricos e comuns impostos pelos estatutos modernos são: Dever de desempenhar as atribuições do cargo ou função; Dever de honestidade e probidade; Lealdade ou fidelidade; Obediência; Sigilo profissional; Assiduidade; e Urbanidade.

A improbidade administrativa ganhou atenção especial quando da sua reserva na Constituição Federal conforme o artigo 37, § 4.º tendo seus aspectos processuais e sancionadores disciplinados na Lei n.º 8.429/92. Estão vinculados a este no Estatuto Federal o dever de conduta compatível com a moralidade administrativa; valer-se do cargo para proveito próprio ou de outrem; receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atividades. (MORAIS, 2005).

O dever de obediência baseia-se na obrigação de acatar e cumprir ordens em matéria de serviço, emanadas de superior hierárquico na forma legal. O dever de sigilo profissional impõe ao servidor que este guarde segredo sobre os assuntos funcionais de cunho administrativo. (MORAES, 2005).

A assiduidade é a obrigação que o servidor tem de comparecer no local de trabalho nos dias e horários determinados. Está incluso a esta norma a pontualidade. E por fim a urbanidade, que está relacionada ao tratamento dispensado pelo servidor aos colegas de trabalho e ao público em geral. Conforme o mesmo autor.

Com este ato, o operador do direito não ferirá o Princípio da Legalidade, encontrando

seu mastro de validade nos princípios explícitos previstos pela Constituição Federal, artigo 37, caput quais sejam, o da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, como também nos princípios implícitos como o da Indisponibilidade e o Interesse Público, vale ainda lembrar o que menciona Hely Lopes Meirelles, “a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público” (MEIRELLES, 2010, p.88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, a falta expressa de previsão legal quanto à tutela do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica em se de Direito Administrativo, quando de fato ficar comprovado o uso abusivo e fraudulento para o qual a empresa foi constituída, não pode vir a ser óbice a fim de que se promova a efetividade e juridicidade administrativa, com base pura e simplesmente no princípio da legalidade tomado em seu sentido estrito.

O poder disciplinar é uma atividade administrativa, regida pelo direito administrativo, seguindo normas e processos administrativos. Objetiva a punição dos ilícitos e infrações tipificadas em estatutos e leis administrativas. Tem como finalidade manter a ordem interna do serviço, a legalidade e a lisura. Esta diferença possibilita a concomitância ante a mesma conduta do servidor, impondo a sanção administrativa.

As responsabilidades serão apuradas no âmbito da administração, mediante processo administrativo e a possível sanção, será aplicada nessa esfera. Se por ação ou omissão, dolosas ou culposas, o agente causar danos a administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração poderá ter início ou término no âmbito administrativo, ou, início no âmbito administrativo, sendo posteriormente objeto de ação perante o judiciário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos. Manual de Direito Administrativo: revista, ampliada e atualizada até 31-12-2012. São Paulo: 26ª ed. Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: 14ª ed. Atlas, 2002.

_____. Direito Administrativo. 19º ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2006.

_____. Direito Administrativo. São Paulo: 23ª ed. Atlas, 2010.

JUNIOR, José Cretella. Filosofia do direito administrativo, Rio de Janeiro. Ed. Forense. 3ª ed. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: 4ª ed. Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: 36ª ed. Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. Revista e atualizada-SP,

Malheiros Editores, 2010.

MORAIS, Dalton Santos. Os Custos da Atividade Administrativa e o Princípio da Eficiência. Revista dos Tribunais, vol. 837, p. 79, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2005

Direito e música: um panorama sobre o conhecimento dos músicos acerca das leis de direitos autorais

Fábio Costa Santos

Mestrando em Educação / Ensino de Música PPGE/UFC 2020, Linha: Educação, Currículo e Ensino – Eixo Ensino de Música. Bolsista FUNCAP – Fundação Cearense de Apoio a Pesquisa, Graduado em Artes Visuais: Universidade Pitágoras - UNOPAR (2019). É professor efetivo da Rede Municipal de Canindé-CE desde 2001. Orcid: 0000-0001-7236-3917

Pedro Rogério

Professor Associado II da Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós-Doutorado em Psicologia Social pela Universidad de Valladolid; Doutor em Educação / Linha Currículo / Ensino de Música pela UFC (2011). Mestre em Educação pela UFC (2006) Graduado em Música - Licenciatura - pela Universidade Estadual do Ceará (2000). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Orcid: 0000-0001-8501-4871

Getuliana Sousa Colares

Mestra em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Licenciada em Pedagogia. Especialista em Educação do Campo- Saberes da Terra- Universidade Federal do Ceará - UFC. Bacharel em direito pelo Centro Universitário da Grande Fortaleza- UNIGRANDE. Orcid: 0000-0001-5438-9494

Adriana Souza Colares Santos

Graduada em Letras Língua Portuguesa e Inglês, pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2010); Especialização em Atendimento Educacional Especializado - A.E.E. pela FAK - Faculdade Kurios (2016). Atua como professora efetiva da rede pública municipal de Canindé-CE há 17 anos, tendo experiência em todas as modalidades de ensino, desde o Infantil ao Ensino Médio. Atualmente trabalha na E.M.E.F São Francisco como coordenadora do Projeto PETECA - Programa de Educação Contra a Exploração do Trabalho Infantil

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.17

RESUMO

A pesquisa tem como tema Direito e Música: Um Panorama Sobre o Conhecimento dos Músicos Acerca das Leis de Direitos Autorais, é um estudo de abordagem quantitativa baseado nas teorias de Pimenta (1998), Fragoso (2009), Ferreira dos Santos (2014), Bittar (2000) e Paiva (2019). Tem como objetivo geral: Investigar o conhecimento de 55 músicos dos estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Paraíba acerca da lei que rege os direitos autorais no Brasil. Como objetivos específicos almeja-se: Determinar o tempo de atuação de cada sujeito como músico profissional, dimensionar quantos já receberam ganhos através dos direitos autorais sobre as obras e imagens e compreender como os sujeitos divulgam seus trabalhos autorais. Concluiu-se que apesar dos sujeitos possuírem bastante experiência na área musical, composições, participações em CD, gravações de DVD onde suas imagens são expostas, grande parte dos agentes não conhecem ou não tem interesse em estar a par das leis que regem os direitos do autor, por conseguinte poucos são os que usufruem dos proventos advindos desses direitos.

Palavras-chave: música. conhecimento. direitos autorais.

ABSTRACT

The research has as its theme Law and Music: An Overview of Musicians' Knowledge About Copyright Laws, it is a study with a quantitative approach based on the theories of de Pimenta (1998), Fragoso (2009), Ferreira dos Santos (2014), Bittar (2000)) and Paiva (2019). Its general objective is to: Investigate the knowledge of 55 musicians from the states of Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco and Paraíba about the law that governs copyright in Brazil. As specific objectives: To determine the time of performance of each subject as a professional musician, to measure how many have already received gains through copyright on works and images and to understand how subjects disclose their copyright works. It was concluded that despite the subjects having a lot of experience in the musical area, compositions, participation in CD, DVD recordings where their images are exposed, most agents do not know or have no interest in being aware of the laws that govern the rights of the author, therefore few are those who benefit from the proceeds from these rights.

Keywords: music. knowledge. copyright.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão versa sobre o resultado de uma pesquisa realizada no ano de 2020 tendo como sujeitos 55 músicos provenientes de vários estados do nordeste brasileiro, que dentre eles podemos citar: Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Paraíba. Tem como embasamento teórico os escritos de Pimenta (1998), Fragoso (2009), Ferreira dos Santos (2014), Bittar (2000) e Paiva (2019).

O objetivo geral do estudo é investigar o conhecimento de 55 músicos dos estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Paraíba acerca da lei que rege os direitos autorais no Brasil. Como objetivos específicos almejamos determinar o tempo de atuação de cada sujeito como músico profissional, dimensionar quantos já receberam ganhos através dos direitos auto-

rais sobre as obras e imagens e compreender como os sujeitos divulgam seus trabalhos autorais.

A relevância do estudo se justifica na premissa de Cassasanta (2005) quando afirma que:

A realidade é que a mecânica da gestão coletiva de direitos autorais no país carece de estudos científicos autorizados, que sustentem juridicamente o sistema vigente. Analisar, pois, os institutos jurídicos que sustentam a organização dos direitos autorais de execução pública musical no Brasil é contribuir para a solidificação não só do direito autoral no país, mas, em última instância, da própria criação intelectual aplicada à música, sem dúvida alguma, um dos maiores patrimônios de nossa multivariada cultura nacional, fator de suma relevância para o desenvolvimento social da nação. (p. 2).

Portanto, na área social, a pesquisa contribui para proporcionar aos leitores músicos o conhecimento inicial dos seus direitos na qualidade de profissionais da música, produtores de bens culturais, visto que, a maioria dos agentes trabalhadores da música, principalmente os de menor projeção, não dispõem de assessoria e orientação jurídica. Segundo Andrade (2018, p. 41) “a fiscalização do trabalho do músico empregado no que respeita às condições de seu exercício pelo Ministério do Trabalho é necessária, como em outras profissões, a fim de manter-se a dignidade do trabalhador.”

Concluiu-se através do estudo que apesar dos sujeitos possuírem bastante experiência na área musical, composições, participações em CD, gravações de DVD onde suas imagens são expostas, grande parte dos agentes não conhecem ou não tem interesse em estar a par das leis que regem os direitos do autor, por conseguinte poucos são os que usufruem dos proventos advindos desses direitos.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O DIREITO AUTORAL

Os direitos autorais, como sua nomenclatura já deixa clara, tem a função de tutelar um bem jurídico consagrado na Constituição Federal brasileira¹, tanto aos criadores quanto aos proprietários dos direitos sobre obras literárias, fonográficas e videográficas. As leis que têm amparo no dispositivo constitucional são norteadores jurídicos capazes de suprir a defesa dos interesses dos artistas frente a casos de violação do consentimento acerca da utilização, divulgação e reprodução de seus acervos.

Para Cassasanta (2005, p.14) “Espécie do gênero da propriedade intelectual, o direito autoral pode ser conceituado como um ‘domínio tendo por objeto um bem intelectual e que devido à dupla natureza pessoal e patrimonial, abrange no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial”. Segundo Lopes (2016, p. 1-2)

Os direitos autorais dividem-se em direitos patrimoniais e morais. Os direitos patrimoniais do autor são aqueles ligados aos valores econômicos da obra e, assim, podem ser negociados. Já os direitos morais do autor são inalienáveis (art. 27 da Lei 9.619/98), pois se referem ao vínculo entre o criador e sua obra (direito de paternidade, integridade, ineditismo).

De acordo com Paiva (2019, p. 15) “A matriz do direito autoral nasceu na Inglaterra tendo a denominação de Copyright, com o foco da proteção no direito de explorar a reprodução ou có-

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

pia de obras, vinculando-se mais fortemente ao aspecto patrimonial.” Porém até que tivéssemos esse suporte à respeito desta matéria, ao longo dos anos foram criados vários documentos que foram primordiais e servem como referência para a criação de novas leis de proteção ao autor.

Apresentaremos a seguir um quadro por nós elaborado que determinará marcos históricos relevantes para o aprimoramento das leis.

RECORTE TEMPORAL	MARCO HISTÓRICO
História antiga	<ul style="list-style-type: none"> Na Grécia e em Roma existiu um procedimento de depósito público de escritos literários que visava à preservação da memória e da cultura, considerado como o embrião dos direitos morais do autor. Esse procedimento não garantia proteção em razão de quaisquer edições nos textos, somente consignava o nome do autor relacionado à determinada obra.
Idade Média	<ul style="list-style-type: none"> Após a invenção da prensa de Gutemberg por volta de 1430, a velocidade da reprodução das cópias gerou um incremento na atividade econômica de venda de escritos, anteriormente confeccionados com o registro manual. A Coroa Britânica, em 1557, concedeu a uma associação de livreiros um monopólio que lhes garantia formas de comercialização. Em contraprestação, alguns editores manipulavam os escritos de forma que seu conteúdo fosse favorável aos interesses da monarquia, configurando-se uma forma de censura. Em 1710, na Inglaterra, por intermédio da Rainha Ana, ocorreu a edição do primeiro texto legal de proteção do direito autoral, nos moldes modernos.
Séc. XVII ao Séc. XIX	<ul style="list-style-type: none"> Os alemães forjaram a teoria da imaterialidade da obra literária, surgindo uma robusta concepção de direitos sobre bens incorpóreos. No sistema de Copyright os debates sobre o interesse público no direito autoral iniciaram logo após o Statute of Anne de 1710, nos históricos julgados Millar vs. Taylor (1769) e Donaldson vs. Backett (1744) que discutiram os limites da proteção autoral e seu prazo. Nos Estados Unidos foi editada uma importante lei - a Federal Copyrighth Act - em 31 de maio de 1790, após a edição da Constituição dos EUA. A Constituição Suíça de 29 de maio de 1874, com posteriores alterações, também previu norma de competência para legislar, no art. 645, nos moldes da Carta Estadunidense. A Convenção Internacional de Berna, de 9 de setembro de 1886, fruto dos trabalhos resultantes da Associação Literária e Artística Internacional, criada em 1878, reuniu cerca de 160 países e é o acordo multilateral mais relevante. O documento abrange as obras literárias e artísticas, um dos pontos de contato mais importantes da Convenção de Berna com a presente investigação é a normatização sobre garantia de exclusividade, como oponibilidade erga omnes, para a fruição dos direitos patrimoniais do autor.
Década de 1940 a 1990	<ul style="list-style-type: none"> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, homologada em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas. Artigo 27. 1. Todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica ou artística da qual seja autor. Em Portugal, a Constituição de 1976, em vigência, prevê no art. 426 a liberdade de criação cultural. No bojo do dispositivo há previsão expressa de proteção legal aos direitos do autor, bem como o direito à invenção, “produção e divulgação de obra científica, literária ou artística. Na Constituição espanhola de 1978, em vigor, há menção específica sobre a matéria na seção I, art. 207 (Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas), reconhecendo e protegendo os direitos de produção literária, artística, científica e técnica. Como resposta às mudanças tecnológicas impulsionadas pela internet, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) capitaneou dois acordos multilaterais relevantes: o WIPO Copyright Treaty (WTC) e o WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) em 1996, os chamados “tratados da internet”. O Brasil não foi signatário dessas convenções internacionais.

Quadro elaborado a partir de Pimenta (1998), Fragoso (2009), Ferreira dos Santos (2014), Bittar (2000) e Paiva (2019)

O DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Os primeiros registros de um documento que normatizou direitos sobre alguns tipos de autoria surgiram ainda nos tempos imperiais. Segundo Paiva (2019, p. 15) “A Lei (sem número) de novembro de 1827, promulgada por Dom Pedro I, deu aos professores dos cursos jurídicos a proteção sobre os seus escritos, por um período de dez anos.” Com o passar dos anos a normatização jurídica que trata dos direitos de propriedade sobre intelectualidade, obras e composições vem sendo aprimorada.

A atual lei de direitos autorais do Brasil é baseada na Convenção de Berna, mas, até chegarmos à Berna mudanças diversas ocorreram. No quadro abaixo estão designados os principais marcos da evolução das leis de direitos autorais no Brasil.

RECORTE TEMPORAL	MARCO HISTÓRICO
Período imperial ao início da república	<ul style="list-style-type: none"> • O Código Criminal de 1830 proibiu a reprodução de obras de autores brasileiros sem a prévia autorização. • A Carta Política de 1891, primeira constituição republicana, reconheceu amplamente esses direitos, no artigo 72, § 26, concedendo exclusividade aos autores sobre as obras literárias e artísticas, garantindo-lhes o direito de reprodução e a transmissão para os herdeiros pelo tempo previsto em lei específica. • O Decreto nº 10.353, de 14 de setembro de 1889 (ajuste entre Brasil e Portugal sobre a propriedade de obras literárias e artísticas); Decretos de nos 2.393 e 9.190, de 31 de dezembro de 1910 e 6 de dezembro de 1911, respectivamente (aprovou e promulgou a Convenção, objeto da III Conferência Nacional Americana, que tratava, além de outros temas, do comércio de propriedade literária e artística)
Década de 1910 a 1990	<ul style="list-style-type: none"> • A Lei nº 2.577, de 17 de janeiro de 1912 (tornou as obras editadas em países estrangeiros, que aderiram às convenções internacionais, protegidas pelas disposições da Lei nº 496, de 10 de agosto de 1898, com exceção do art. 13) • Os Decretos de nº 2.881 e 11.588, de 9 de novembro de 1914 e de 9 de maio de 1915, respectivamente (aprovaram e promulgaram resoluções da IV Conferência Internacional Americana, realizada em Buenos Aires, em 1910) • O Decreto nº 2.966 de 5 de fevereiro de 1915 (aprova a Convenção Literária e Artística celebrada entre o Brasil e a França, em 1913) • A Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916, no Capítulo VI - Da Propriedade Literária, Artística e Científica - arts. 694 a 673, no Título II; no Capítulo IX - Da Edição - arts. 1.346 a 1.348 e no Capítulo X - Da Representação Dramática - arts. 1.359 a 1.362, ambos no Título V. • O Brasil é signatário de um Código de Direito Internacional Privado, o Código de Bustamante, por meio de Convenção assinada em 20 de janeiro de 1928, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 18.871, de agosto de 1929, ainda não revogado expressamente. No art. 115, o referido diploma reforça que as propriedades intelectual e industrial serão reguladas pelos convênios internacionais especiais e, na falta deles, os institutos e procedimentos ficarão adstritos ao direito local que os outorgue. • A Convenção de Genebra, também chamada de Convenção Universal do Direito do Autor. Foi promulgada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 48.458, de 4 de julho de 1960. A Convenção de Genebra para a Proteção dos Produtores de Fonogramas, firmada em 29 de outubro de 1971, tratou sobre aspectos ligados à pirataria e às cópias ilegais. • A Convenção de Roma, assinada em 26 de outubro de 1961 e promulgada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 57.125, de 19 de outubro de 1965. Trata da Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão. • A Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990 (desativou o Conselho Nacional de Direito Autoral); Lei nº 8.635, de 16 de março de 1993 (deu nova redação ao art. 184 do Código Penal); Decreto nº 1.135, de 30 de dezembro de 1994 (incorporou o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) ao GATT - General Agreement on Tariffs Trade) e Lei nº 9.045, de 18 de maio de 1995 (disposições sobre uso de braille).

Dias Atuais	<ul style="list-style-type: none"> • Temos a norma em vigor no País: a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. A Constituição Federal de 1988 prevê a proteção aos autores no artigo 5º, IX, XXVII e XXVIII14. • A Lei de Direitos Autorais vigente sofreu apenas uma alteração, por intermédio da Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que tratou, além de outros temas, da gestão coletiva de direitos autorais.
-------------	---

Quadro elaborado a partir de Costa Netto (2008), Fragoso (2009) e Paiva (2019)

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo em tela, que buscou compreender em que medida agentes do campo musical se apropriam, ou não, do arcabouço jurídico da área de direito autoral, foi realizado através de uma abordagem quantitativa que utilizou como fonte de coleta de dados um formulário direcionado à 55 músicos (instrumentistas, cantores e compositores) em dois grupos de whatsapp² administrados respectivamente por Dawton Moura³ e Mário da Rocha⁴. com o intuito de coletar informações que permitam refletir sobre direito autoral, traçando um panorama que nos proporcione um entendimento de quais conhecimentos que os envolvidos possuem acerca, tanto da lei de direitos autorais quanto de como usufruir dos direitos sobre suas obras e imagens.

Para Oliveira 2011 *apud* Mattar (2001), “a pesquisa quantitativa busca a validação das hipóteses mediante a utilização de dados estruturados, estatísticos, com análise de um grande número de casos representativos, recomendando um curso final da ação. Ela quantifica os dados e generaliza os resultados da amostra para os interessados.” Essa premissa nos leva a um pressuposto: Será que os músicos conhecem as leis de direitos autorais e a forma de captação desses recursos, ou simplesmente não conhecem e se conhecem não se interessam pela matéria?

A pesquisa foi conduzida em 3 momentos. No primeiro momento foi feita uma revisão bibliográfica com o objetivo de fundamentar teoricamente o estudo, no que se refere ao conceito de direito autoral, além de traçar um histórico sobre os documentos que embasam o campo de estudos, sobre direitos do autor. Ressalte-se que para Oliveira (2011) *apud* Lakatos & Marconi (2001) “(...) todo trabalho científico, toda pesquisa, deve ter o apoio e o embasamento na pesquisa bibliográfica, para que não se desperdice tempo com um problema que já foi solucionado e possa chegar a conclusões inovadoras.”

No segundo momento foi aplicado um formulário com nove perguntas que nos forneceram dados relevantes, esclarecendo interrogações referentes à média temporal da experiência profissional dos sujeitos, o nível de conhecimento que eles possuem sobre o que se refere às leis de direitos autorais, como os agentes costumam divulgar seus trabalhos e obras. A partir 2 *Música do Ceará com mais de 200 participantes das mais diversas áreas da música, onde podemos mencionar o cantor e compositor Paulo Façanha que tem composições suas gravadas por nomes da MPB como Jorge Vercilo. Gutarristas do Ceará com mais de 150 participantes onde podemos destacar o nome de Wilkler Magalhães que alcançou notoriedade nacional com a Banda: O Surto.*

3 *Jornalista profissional, produtor cultural, crítico musical, formado em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará (UFC), (MTb CE 01339 JP). É músico, compositor, produtor cultural, articulador e divulgador da cena musical cearense, tendo lançado vários discos dentre eles: “Sonho ou Canção” (2019, com Luciano Franco e mais de 40 músicos de Ceará, São Paulo, Rio de Janeiro e Estados Unidos), é especialista em Assessoria de Imprensa e Jornalismo cultural e de gestão cultural, área em que atua profissionalmente há 22 anos. Conta com amplos contatos nos veículos de comunicação cearenses (jornais, emissoras de rádio e TV, portais, sites e blogs).*

4 *Guitarrista, compositor e produtor musical muito conhecido na cena musical do nordeste, músico eclético já acompanhou vários artistas nacionais onde podemos citar a cantora Baiana Márcia Freire. Também desenvolve trabalhos autorais, trabalha como músico da noite e faz parte de duas bandas muito conhecidas na cena da música cearense que são: Prabalar e Pimenta Malagueta.*

das respostas foi possível traçar um panorama que nos mostrou como os músicos participantes foram ou não beneficiados do numerário proveniente dos direitos autorais e de suas obras e dos direitos de imagens nos trabalhos de gravação de DVD's.

No terceiro e último momento, foi realizada a análise dos dados que nos proporcionou uma visão mais ampliada sobre o grau de conhecimento dos sujeitos envolvidos no estudo acerca dos seus direitos enquanto agentes da produção de bens culturais.

ANÁLISE DOS DADOS

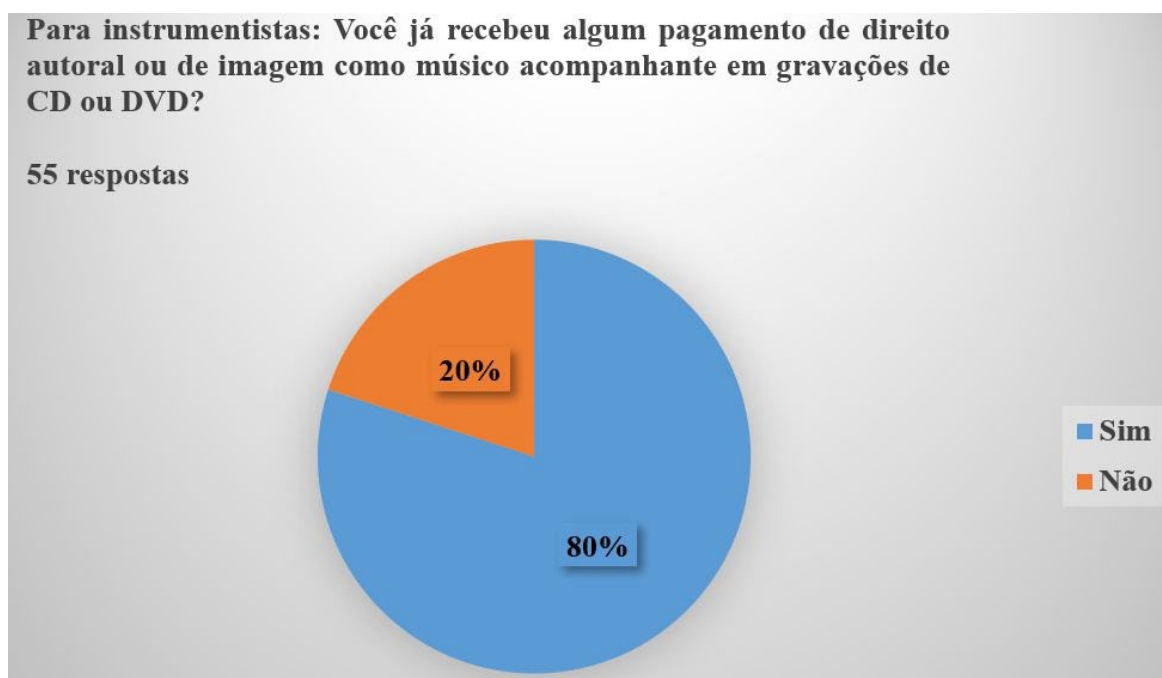
A análise dos dados é um momento crucial para qualquer estudo, vejamos pois o que nos ensina Oliveira (2011) *apud* Marconi & Lakatos (1996), ao afirmar que a análise "(...) é uma das fases mais importantes da pesquisa, pois, a partir dela, é que serão apresentados os resultados e a conclusão da pesquisa, conclusão essa que poderá ser final ou apenas parcial, deixando margem para pesquisas posteriores." Vamos partir da primeira pergunta feita aos sujeitos: "Há quanto tempo você atua como músico?" Com base nos resultados constatamos que 30,6% já atua no ramo da música faz pelo menos por 10 anos. Importante registrar que 55% das pessoas entrevistadas possuem entre 10 e 22 anos de experiência e 14,4% tem de 30 a 48 anos que exerce a profissão de músico.



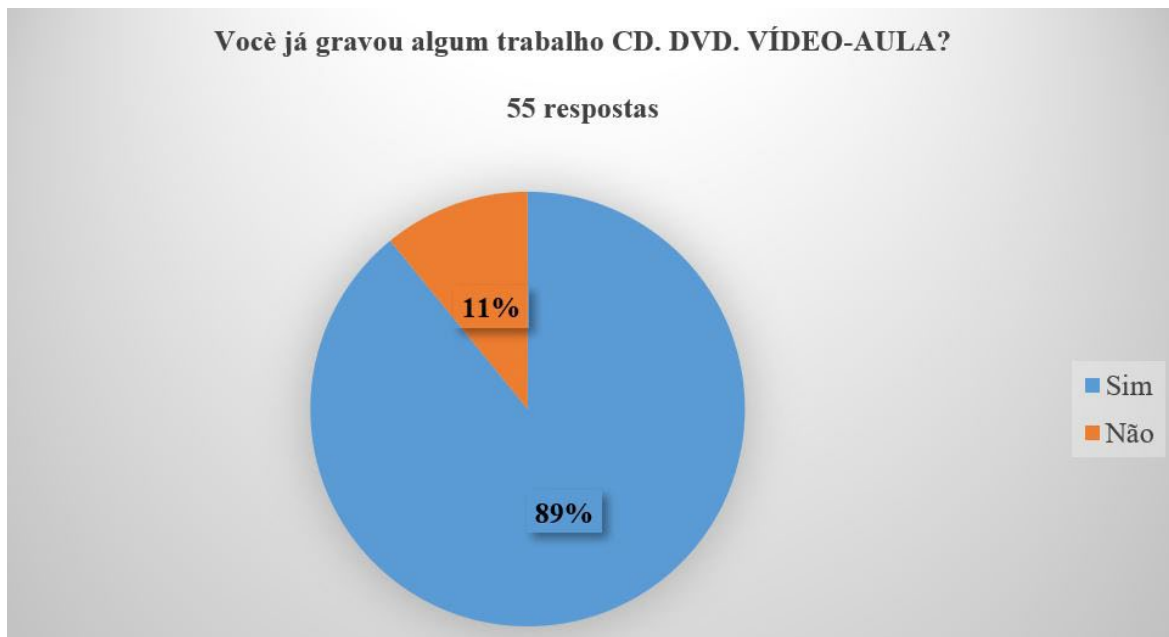
Ressaltando que como o assunto tratado neste trabalho não é o grau da profissionalização dos músicos, não foi exigida uma credencial que comprovasse tal nível, mas a título de esclarecimento, no entendimento da Ordem dos Músicos do Brasil "(...) as carteiras são expedidas atualmente levando em consideração somente se o músico sabe ou não ler partituras, diferenciando, assim, o músico prático do profissional." Quando perguntamos qual a especialidade de cada um, descobrimos que 34,5% são cantores, 30,9% são compositores, 18,2% são produtores e que a maioria exerce a função de instrumentista, ou seja, 89,1% que corresponde a 49 entrevistados.



Quando foram perguntados se já haviam recebido algum pagamento referente a direito autoral ou de imagem como músico acompanhante em gravações de CD ou DVD, 20% das pessoas relataram que já haviam recebido pelo menos uma vez algum pagamento e 80% dos instrumentistas responderam que nunca receberam nada referente a proventos advindos de direitos autorais.



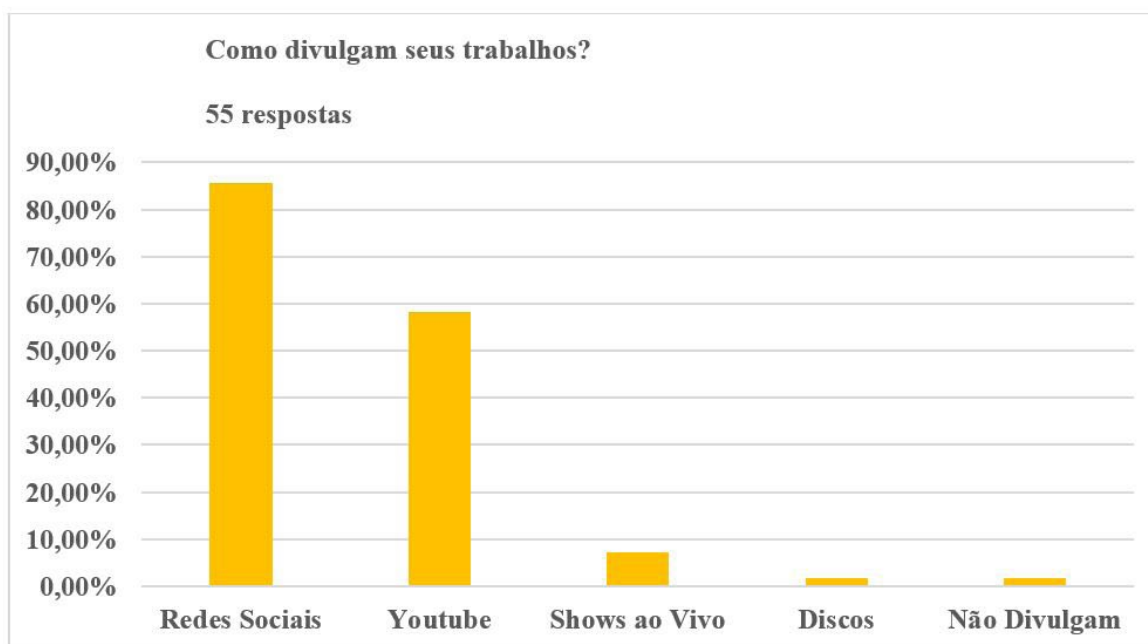
Ao indagá-los sobre quem já havia gravado algum trabalho fonográfico, LP, CD, DVD ou vídeo-aula, 89% responderam que já haviam gravado pelo menos um trabalho e 11% nunca gravaram. Percebemos através dessas respostas que há uma disparidade entre quem grava e quem recebe os direitos autorais.



A próxima pergunta foi sobre quem desenvolve trabalhos com música autoral. 64% dos músicos responderam que sim e 36% nos relataram que não.



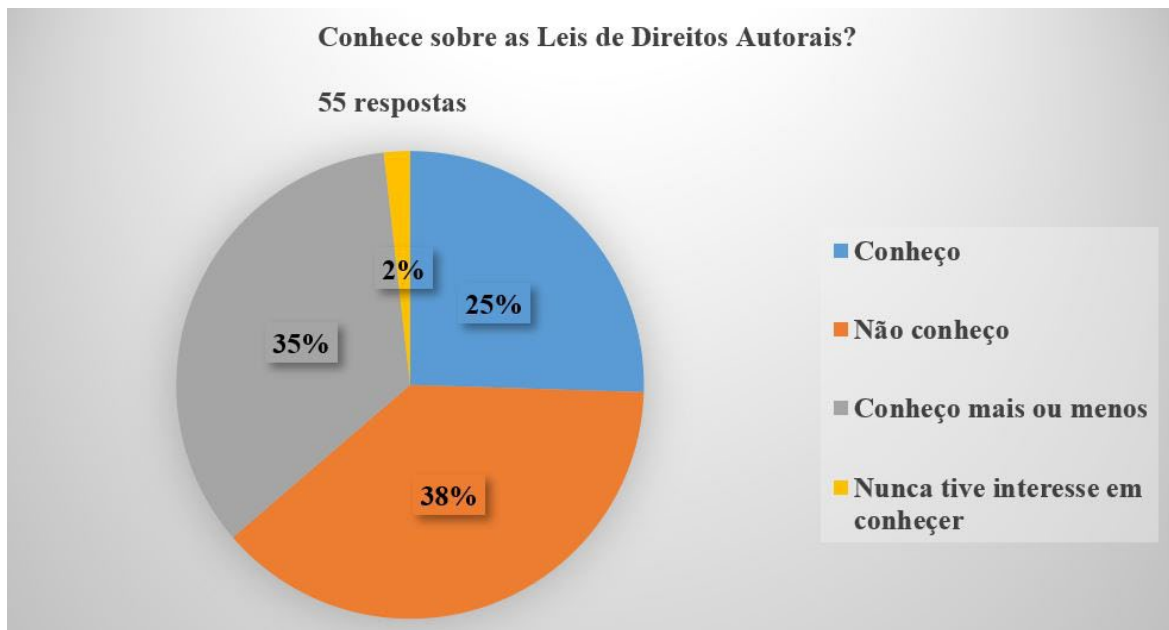
Quando a pergunta é sobre como eles divulgam seu trabalho 85,5% divulga seu trabalho por meio de redes sociais, 58,2% preferem postar seus trabalhos no YouTube, 7,2% propagam seus trabalhos em shows ao vivo, lives, igrejas, 1,8% através de discos e 1,8% não divulgam.



Apesar da matéria sobre os direitos autorais na internet ainda necessitar de uma ampla discussão em busca de um ordenamento que garanta na integridade o direito dos criadores, alguns países do mundo já se preparam para essa nova realidade. Segundo Panzolini:

Os novos modelos de negócio desenvolvidos no ambiente digital trouxeram elementos novos à reflexão sobre o direito autoral como um todo. A imprescindibilidade em garantir a proteção de direito dentro da rede mundial de computadores culminou na Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet, que garante a responsabilização do agente, de acordo com suas atividades, delegando a regulamentação da matéria, no que tange ao direito autoral, à lei específica, nos termos do art. 19, § 2º. A exploração econômica sob o formato do streaming impactou e alterou substancialmente os modelos de negócio que envolvem obra intelectual protegida por direito autoral. Nos últimos anos, no mundo todo, a legislação que regula o direito autoral tem sido objeto de reforma, especialmente em razão das novas modalidades de uso de obra intelectual na Internet. Como exemplo, no Canadá, o Copyright Modernization Act (2012), que atualizou a lei de direito autoral do país, estabeleceu a obrigação de revisão da lei a cada cinco anos. A União Europeia aprovou, em abril de 2019, a Diretiva sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, em que previu novas regras relacionadas a direito autoral para implementação pelos países em seu ordenamento jurídico interno. A LDA não dispõe de previsões específicas para o tratamento da proteção do direito autoral no âmbito da internet. Entretanto, ainda que o Brasil não seja signatário dos denominados Tratados da Internet, a atual LDA incorporou praticamente todas as disposições substantivas dos novos tratados, de modo a considerar o digital em suas previsões. (PANZOLINI 2020, p. 90-95)

Percebemos que a maioria dos sujeitos não conhecem sobre a lei de direitos autorais pois ao serem perguntados sobre o conhecimento deles sobre o assunto, 25,5% disseram conhecer, 38,2% responderam que não conhecem, 34,5% afirmaram conhecer mais ou menos e por incrível que pareça uma minoria de 1,8% relatou que nunca teve interesse em conhecer.



Quando o assunto é sobre o registro da propriedade das obras dos sujeitos, fica claro o desconhecimento da matéria, pois 49,1% afirmou que não registra seu trabalho, 16,4% confessou que não faz pois não sabe como e 9,1% nunca pensou na possibilidade. Então justifica-se que uma minoria de 18,2% recebeu algum provento e 81,8% dos entrevistados nunca terem recebido sequer algum ganho referente a direito autoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizarmos o processo desta pesquisa podemos afirmar que a mesma alcançou seus objetivos pois conseguimos deixar para os leitores algumas referencias, seja de cunho histórico ou conceitual, que servirão como norteador para os que futuramente desejam se aprofundar no estudo sobre as normas que regem o direito autoral.

O estudo traçou um panorama sobre o real conhecimento dos profissionais músicos envolvidos no que se refere ao campo jurídico que trata sobre o direito do autor. Foi verificado o tempo de experiencia de cada sujeito envolvido, elencou-se quais as categorias que costumam receber pagamentos advindos dessas leis e foram definidos os principais meios de comunicação que os artistas costumam divulgar os seus trabalhos.

Após realizarmos a pesquisa, baseados nos dados coletados, chegamos a conclusão que ainda existem muitos profissionais do meio musical que sequer conhecem as leis que regem os direitos sobre os bens culturais que produzem, e na maioria são os instrumentistas que vivem essa realidade, pois muitas vezes não estão atentos a buscarem os direitos advindos das gravações em CD's, DVD's ou mesmo de shows ao vivo onde suas imagens são difundidas publicamente.

Concluimos que os poucos que se beneficiam das normas que regulam o direito autoral são compositores e cantores, pois a pesquisa mostrou que todos os entrevistados que atuam nessas áreas citadas recebem ou já receberam numerário proveniente de arrecadação sobre direito autoral.

Devido a constante mudança dos meios de execução e distribuição de conteúdo fono-

gráfico na internet, esta pesquisa é um trabalho inacabado e deixa em aberto e até mesmo demonstra a necessidade de novos estudos sobre o tema em pauta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila Cardoso de. Regulamentação da profissão de músico: efetivo exercício do direito à liberdade de expressão ou limitação desse direito?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5655, 25 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68063>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor. 2a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. Direitos autorais de execução pública musical. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6966>. Acesso em: 30 mar. 2022.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 1a ed. São Paulo: FTD, 1998. PIMENTA, Eduardo Salles. Código de Direitos Autorais e Acordos Internacionais. São Paulo: Lejus, 1998.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA JÚNIOR, Osvaldo Alves. Direitos autorais: uma visão geral sobre a matéria. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3801, 27 nov.2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25952>. Acesso em: 30 mar. 2022.

RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. Lei de Direitos Autorais nas obras musicais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 67, 1 set. 2003.

Paiva, Ricardo Bacelar Paiva. O Direito Autoral sobre Música no Brasil e o Streaming: As Transformações da Indústria Fonográfica e os Conflitos da Fruição Econômica / Ricardo Bacelar Paiva Paiva. – 2019

PANZOLINI, Carolina. Manual de direitos autorais / Carolina Panzolini, Silvana Demartini. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Administração, 2020.

Oliveira, Maxwell Ferreira de. Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração / Maxwell Ferreira de Oliveira. -- Catalão: UFG, 2011. 72 p.: il.

PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J. As limitações aos direitos autorais. In: PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J. JABUR, Wilson Pinheiro (org.) Direito Autoral. São Paulo: Saraiva, 2014

LOPES, David Damião. A mediação de conflitos e os direitos autorais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4728, 11 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48687>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Crime organizado: um estudo sobre a analogia entre organização criminosa e crime de milícia

Luciana Ferreira Mendes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.18

RESUMO

Este estudo aborda o estudo do conceito de Crime Organizado, com enfoque nas organizações criminosas e no crime de milícia privada. Busca para tanto, estudar de forma analógica a conexão entre os dois tipos penais, abordando a necessidade uma política criminal eficaz, que seja capaz de combater e prevenir os mesmos bem como o impacto que ambos provocam na seara penal. Para tanto, trará uma reflexão acerca de como estes tipos são puníveis atualmente (cite-se atual reforma trazida pelo Pacote Anticrimes 13.964/19, tendo este alterado diversos dispositivos da legislação penal e processual penal) e a realidade através de casos concretos. Busca o suporte do estudo na doutrina atualizada, na jurisprudência atualizada, bem como em artigos acadêmicos.

Palavras-chave: crime organizado. punibilidade. crime de milícia.

ABSTRACT

This study addresses the study of the concept of Organized Crime, with a focus on criminal organizations and the crime of private militia. To this end, it seeks to study in an analogical way the connection between the two criminal types, addressing the need for an effective criminal policy that is capable of combating and preventing them, as well as the impact that both have on the criminal field. To this end, it will bring a reflection about how these types are currently punishable (mention should be made of the current reform brought by the Anti-Crime Package 13.964/19, which amended several provisions of the criminal law and criminal procedure) and the reality through concrete cases. It seeks study support in updated doctrine, updated jurisprudence, as well as academic articles. Organized Crime. Punishment. Militia crime.

Keywords: organized crime. punishment. militia crime.

INTRODUÇÃO

A denominação crime organizado tido como um fenômeno delituoso está enraizado no Brasil desde a época de 1970, remontando assim a um contexto histórico aonde o crescimento urbano vinha aumentando, uma vez que as pessoas começavam a buscar melhores condições de vida levando ao surgimento consequentemente das regiões periféricas devido à falta de oportunidades de trabalho, tornando propícia a ocorrência de crimes.

Durante o período em que vigorou a ditadura militar no Brasil “1 de abril de 1964 – 15 de março de 1985” os indivíduos que eram adversos ao regime buscavam aliar-se aos membros de organizações anti-ditadura para lutar contra este regime. A partir daí forma-se então a conceituação de organização criminosa (OLIVEIRA, 2006, on-line).

Importante ressaltar ainda que o movimento histórico do cangaço, liderado por Virgulino Ferreira da Silva (conhecido como Lampião) se faziam valer de táticas identificadas como de guerrilha, buscando invadir as casas de interior para saquear e extorquir dinheiros das pessoas. Sendo nítida então a organização deste grupo em suas ações além da figura de autoridade que o bando imprimia tornando contundente a hipótese de que o cangaço seja um exemplo palpável

do crime organizado no Brasil (GONÇALVES in ÂMBITO JURÍDICO, 2012, on-line).

No que tange ao ordenamento jurídico, organização criminosa é conceituada no artigo 1º, §1º da Lei 12.850/2013, chamada de Lei de Crime Organizado:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Dentre os vários tipos de organização criminosa, um dos *modus operandis* é a milícia, que se caracteriza por ser um grupo armado, que podem ser vinculados à segurança pública (agentes considerados ativos ou ex-agentes), que possuem por sua vez um domínio territorial em que costumam fazer jus para obter vantagem econômica indevida.

Apesar da existência da analogia entre organização criminosa e o crime de milícia, a Lei de Crime Organizado não é a responsável por tutelar a pena deste último, este está tipificado no artigo 288-A do Código Penal.

É perceptível a evolução legislativa quanto ao acréscimo do referido artigo, o cerne da questão é atentar-se para o fato de que as existências de milícias tendem a se valer das benesses as quais sua vinculação muitas vezes à segurança pública como agentes do Estado traz, para exercer domínio sobre uma comunidade periférica que acaba vivendo sob o controle de milicianos.

Embora atualmente haja a tipificação do crime de milícia, cabe salientar que a legislação ainda não conseguiu combater a impunidade que cerceia este tipo de crime, o respaldo para tal afirmação encontra-se no próprio cenário social atual (TEIXEIRA, 2020, *on-line*).

O crime de milícia inclusive não tinha previsão legal para que abarcasse uma punição, este se deu através da Lei Ordinária 12.720/2012 após a ocorrência da chamada CPI das Milícias, que teve como fito o exame do envolvimento entre políticos e as organizações criminosas (TEIXEIRA, 2020, *on-line*).

Tão logo se faz necessário discutir acerca da forma como as organizações criminosas e as milícias afetam na ordem social, visto que estas duas práticas ensejam num comportamento corruptivo em que pode prejudicar uma parte da sociedade que pode acabar sendo contida através das ações destas duas.

Importante salientar também a relevância social a respeito destas práticas criminosas ainda que encontre Lei que as regule, o desafio é a garantia não só da punição, como também da prevenção para que essas práticas se tornem menos ocorrentes.

A tardia tipificação de milícia como um crime no Código Penal, pode ter criado uma alusão maior de impunidade? O crime de milícia deveria ter sanção penal mais gravosa com o fito de garantir a punibilidade de forma mais dura, prevenindo assim a ocorrência da prática?

A correlação da organização criminosa com a prática de milícia, não deveria ter uma repreensão mais contundente, aplicando assim uma pena mais gravosa caso comprovado o envolvimento de uma organização criminosa com milicianos?

A recente alteração do chamado Pacote Anticrimes que segundo o Ministro que a propõe visa combater o crime organizado, crimes violentos e práticas corruptivas, modificou alguns artigos, por exemplo, da Lei de Crime Organizado, não deveria ter alterado também a pena do crime de milícia, já que corrobora como motivação confrontar este tipo de fato delituoso?

Não deveria o Estado exercer uma fiscalização quanto aos seus agentes públicos, para garantir que os mesmos não se fizessem valer de seus cargos para obter algum tipo de vantagem econômica indevida?

O reconhecimento do crime de milícia, prática enraizada no Brasil desde a época da ditadura militar era vista como prática comum, uma forma de repreensão por parte dos políticos como forma de expressar seu poderio, por isso essa sensação de impunidade é tão palpável, visto que desde seu surgimento não é prática bem vista (KADANUS in GAZETA DO POVO, 2019, *on-line*).

Além da tardia tipificação, considerando a extensão que a atuação dos milicianos causa, certo seria que este tipo de conduta tivesse sanção penal mais gravosa, para que a repreensão à prática fosse desta forma nitidamente repudiada.

A prática da organização criminosa por si só tem efeitos negativos na sociedade, quando estas se unem as milícias para usufruir das vantagens que a mesma exige receber de forma ilícita acabam agravando a situação a qual uma comunidade controlada pelo crime vivencia.

A recente alteração legislativa dada pela redação da Lei 13.964/2019, chamada Pacote Anticrimes na verdade não trouxe uma inovação legislativa à prática do crime de milícia, alterou somente alguns artigos da Lei de Crime Organizado, em sua maioria com o fito de promover a colaboração premiada facilitando assim o reconhecimento e punição da organização criminosa.

No que tange o crime de milícia, este não foi alcançado pelo Pacote Anticrimes, ainda que o motivo deste seja combater de forma mais dura os crimes que tem como motivação as práticas corruptivas, nota-se então uma discrepância acerca da Lei.

É de competência dos agentes de segurança pública resguardar e zelar pela ordem pública, respaldado na Constituição Federal em seu artigo 144, sendo assim é um dever do Estado tido como um direito fundamental difuso visto que o mesmo deve prestar de forma eficaz este tipo de serviço público e garantir que o indivíduo faça jus à dignidade a qual tem direito (SOUZA in ÂMBITO JURÍDICO, 2015, *on-line*).

ESTUDO DA ANALOGIA À LUZ DAS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade penal está disposto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e têm como finalidade principal, impor limites quanto à ingerência do Estado ao exercer o seu poder punitivo, visto a liberdade que é um direito fundamental de cada indivíduo (a aplicação da sanção penal é *ultima ratio*).

Analisando sob uma ótica histórica, é possível observar que por muitas vezes o Estado exerce sua autoridade de forma abusiva, e acaba por violar os direitos básicos dos indivíduos de forma arbitrária (DUTRA, 2014, p. 4).

Anteriormente a codificação do princípio da legalidade na Constituição Federal, reger-se-ia a previsão legal do artigo 1º do Código Penal, aduzindo que não há crime sem lei anterior que o defina, devendo haver prévia cominação legal (irretroatividade penal), caracterizando o chamado *nullum crimen nulla poena sine lege*, esta inclusive vista como a primeira dimensão do princípio da legalidade.

Na decorrer do Código Penal dispõe que é ilegal criar crime e punição por meio dos costumes, ou seja, só a lei pode criar o crime (seja a lei no sentido formal ou material), sendo esta disposição *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* caracterizando a segunda dimensão.

Em *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* diz respeito à vedação em aplicar analogia tanto para criação de crimes, respaldo ou para agravar uma sanção penal (como por exemplo, deste último, a vedação do uso da analogia in malam partem), sendo esta a terceira dimensão.

Cumprе ressaltar que o princípio da legalidade exige que a lei penal seja exata e precisa ao descrever a conduta delituosa, conhecida como princípio da taxatividade (que é justamente a certeza na descrição dos elementos da prática criminosa).

A legalidade pode ser tanto formal quanto material, na primeira diz respeito ao cumprimento dos atos procedimentais previstos pela Constituição Federal para que determinada norma venha fazer parte do ordenamento jurídico. Já a legalidade material diz respeito ao conteúdo da norma legal, em relação aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, estes devem se coadunar de forma a garantir a temática dos direitos e garantias.

O estudo da analogia à luz do que tutela o princípio da legalidade, é claro principalmente no que tange à sua terceira dimensão onde veda o uso da analogia de forma a aplicar a alguém fato punitivo que não haja previsão legal, devido ao cometimento de fato semelhante.

A vedação da aplicabilidade da analogia não é absoluta, visto que a mesma pode ser utilizada para beneficiar o indivíduo de forma a garantir a finalidade precípua do princípio da legalidade, que é a liberdade (direito fundamental garantido pela Constituição Federal).

Da possibilidade da analogia *In Bonam Partem*

Embora a regra seja da proibição do uso da analogia na esfera do Direito Penal (no que tange o princípio da reserva legal), a mesma pode ser aplicada desde que haja dois requisitos, (sendo a doutrina consistente em permitir essa integração): que a aplicação da analogia será benéfica ao réu (daí a terminologia in bonam partem), e que existem lacunas jurídicas efetivas a serem preenchidas. Em suma, o uso da analogia no direito penal é apenas para beneficiar o réu e nunca prejudicar os interesses do mesmo, seja criando tipos de crimes ou agravando as punições de penas já existentes.

A analogia inclusive é estudo de uso recorrente no que tange as decisões firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo utilizada em alguns dos casos de forma a beneficiar o réu, assim como é afastada em outras vezes, pois seu uso traria malefícios ao réu (CUNHA, 2017, *on-line*).

Se o objetivo do direito penal é condenar ou punir com maior severidade, então é certo que a ampliação do seu âmbito de aplicação de certa forma conferirá aos juristas concessões para definir crimes e punições, que resultariam em situações impedidas pelo princípio da legali-

dade.

Deve-se observar a relação que o cometimento de crimes caracterizados como tipo básico ou como tipo derivado tem, visto que é desta conexão que há a possibilidade de integração da analogia. Cabe ressaltar que os crimes de tipo derivado, devem cumprir primeiramente os requisitos que caracterizam o crime de tipo básico (como por exemplo o crime de homicídio descrito no §1º do artigo 121 do Código Penal).

Portanto, a analogia entra justamente como uma forma de limitação ao *ius puniendi*, para que a mesma não seja uma ferramenta de qualificação de forma a tornar mais severa a pena do indivíduo, mas sim para beneficiar o mesmo.

Nota-se que a permissão desta somente é autorizada caso esteja sujeita aos elementos do tipo derivado de menor reprovabilidade, sendo vedada a aplicação aos elementos dos tipos penais básicos (caso assim fosse às condutas atípicas poderiam ser entendidas como típicas, passando então a caracterizar uma analogia *in malam partem*).

Distinção entre analogia e interpretação analógica

Tanto a analogia quanto a interpretação analógica, podem ser consideradas como uma forma de extensão da interpretação da lei ocorre que a segunda, é uma forma interpretação acerca de norma já existente para o caso em concreto que venha a ser tratado, que utiliza de exemplos seguidos de uma fórmula genérica para abranger outras possibilidades.

A interpretação analógica têm aplicabilidade tanto em *in bonam partem quanto in malam partem*, visto que o próprio legislador deixa claro no escopo da lei, que esta deve abarcar casos que se assemelhem aos já descritos, ou seja, a própria lei fornece elementos que serão os verificadores da existência de semelhança.

Uma das principais diferenciações entre a interpretação analógica com a analogia, é que na primeira inexistente uma lacuna na lei a ser preenchida, pois sua aplicabilidade é determinada pela própria norma legal. É possível citar como exemplos de interpretação analógica os artigos 121, §2º, incisos III e IV, 146, 147 e 71 todos do Código Penal (MENEZES in CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2018, *on-line*).

Elucidando de forma mais prática a interpretação analógica, no artigo 121, §2º, inciso I do Código Penal, há a qualificação do homicídio se o mesmo advier “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe”. A conceituação de motivo torpe autoriza de forma expressa que o legislador qualifique tudo que derivar de forma torpe a conduta de homicídio.

Tal qualificadora nitidamente não beneficia o réu, pelo contrário, agrava a situação do mesmo, logo podemos notar uma forma de interpretação *in malam partem*, forma esta que é vedada dentro do instituto da analogia, pois vai em contrário ao que aduz o princípio da legalidade que não permite de forma alguma o malefício ao réu.

A integração da analogia busca suprir lacunas que eventualmente a própria legislação deixa em aberto (é mera integração da norma), o que difere claramente da interpretação analógica que busca aplicar uma fórmula genérica que encontra autorização expressa no dispositivo legal. Frise-se que o instituto da analogia deve-se a uma hipótese que não tem regulação por norma, mas sim uma disposição que se assemelha.

Analogia e leis penais em branco

As leis penais em branco são entendidas como leis que dependem de outra norma para que tenham sentido, uma vez que o próprio nome “em branco” nos diz, falta um complemento na norma. Caracteriza-se também como um imperativo na primeira parte da norma, e em segunda parte segue-se uma proibição ou comando, ou seja, uma conduta a qual o indivíduo deve praticar ou não (JÚNIOR in ÂMBITO JURÍDICO, 2012, *on-line*).

A doutrina divide as normas penais em branco em dois segmentos: o sentido lato, onde seu complemento origina da mesma fonte formal da norma incriminadora, ou seja, a própria fonte responsável pela preparação dos materiais complementares é a mesma da fonte da lei penal em branco, portanto, a fonte da legislação é homogênea. Já o sentido estrito, as normas penais são aquelas que complementam as regras penais de outra instância legislativa, diferentes das normas a serem complementadas, tendo em vista a diversidade de fontes legislativas, as fontes aqui também são heterogêneas (JÚNIOR in ÂMBITO JURÍDICO, 2012, *on-line*).

Destarte a complementação necessária á lei penal em branco, um exemplo claro é o artigo 33 da Lei 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, onde descreve em seu texto os imperativos os quais o indivíduo está proibido de fazer. Notadamente a terminologia “droga” não está descrita no corpo do artigo, tratando-se, portanto de uma lei penal em branco (SILVA in ÂMBITO JURÍDICO, 2010, *on-line*).

A descrição do que se caracteriza enquanto droga, encontra complementação de forma heterogênea na portaria 344/98 da ANVISA. Caso o instituto da analogia fosse aplicado a este tipo penal descrito no artigo como “oferecer droga”, o indivíduo sofreria com uma analogia *in malam partem*, visto a diversidade a qual se encaixa nesta conduta.

A possibilidade ou não da utilização da analogia em leis penais em branco vai depender da interpretação de cada caso, visto que a mesma se aplica quando houver o cumprimento dos requisitos que norteiam o tipo penal básico, construindo o tipo penal derivado.

Caso o fato fosse de um tipo penal derivado como, por exemplo, o de consumo isolado (frente à conduta do artigo 33 da Lei 11.343/2006), não seria lógico aplicar o mesmo tipo de sanção de quem comete um tipo penal privilegiado, de forma que para que o réu obtenha exclusão da tipicidade, faz-se necessário o uso da analogia *in bonam partem* (SILVA in ÂMBITO JURÍDICO, 2010, *on-line*).

ESTUDO DO CONCEITO DO CRIME ORGANIZADO E SUA PUNIBILIDADE

O conceito de crime organizado é um fenômeno um tanto quanto complexo em seu entendimento, bem como a sua definição, fazendo-se necessária a distinção entre crime organizado e organização criminosa, visto que, no que tange a aplicação da tipificação penal, ambos são correlatos.

A correlação é nítida, pois o crime organizado pode ser definido de modo geral como o conjunto das condutas penais da organização criminosa. De acordo com o artigo 2º da Lei 12.850/13: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa...” está é a tipificação legal no que diz respeito ao fato delituoso da orga-

nização criminosa.

É de extrema valia a observância de como o crime organizado é atuante no seio social, dada a lacuna existente deixada pelo próprio legislador em definir o mesmo, neste caso a doutrina têm se empenhado com mais dedicação em fornecer uma definição mais clara e eficaz para o entendimento (SOARES; FRUCTUOZO, 2019, p.4).

Fazendo uma análise histórica, a Lei 12.850/13 que além de definir organização criminosa também dispõe sobre investigação criminal, anteriormente era a Lei 9034/95, que por sua vez possuía uma lacuna inegável quanto a dificuldade em interpretar e aplicar no corpo dos seus dispositivos legais, um conceito acerca do que seria crime organizado, causando uma certa desordem terminológica, indo em contrário com o que nas normas internacionais versam acerca de crime organizado, cite-se a Convenção de Palermo, bem como o ordenamento jurídico interno (VIANA, 2017, p. 111).

Com o intuito de atender a exploração de jogos de azar, tráfico, sequestro, roubos de cargas entre outras condutas que reverberavam à época, editou-se a Lei 9034/95, que trazia em seu arcabouço jurídico, medidas legais para combater e reprimir o crime organizado.

A legislação mencionada esteve em vigor por quase 20 anos no país, e apesar de dispor sobre formas de prevenção e de repressão das atividades praticadas por organizações criminosas, a Lei 9034/95 não era exclusiva para tutelas o crime organizado, visto que esta também abarcava condutas típicas da criminalidade comum.

Utilizava inclusive uma cláusula genérica quantos aos seus mecanismos, como bem se observa no artigo 1º da Lei 10.217/01 que alterou alguns artigos da Lei 9034/95, onde referenciava que a mesma versava entre os meios de prova e procedimentos de investigação, decorrida de quadrilha, bando ou organizações criminosas de qualquer tipo.

Visto que a Lei 9034/95 escolheu abranger em seu corpo jurídico formas diversas de criminalidade, acabaram por destinar as mesmas, os mesmos instrumentos de investigação e processuais. Tornando desta forma a noção do que seria organização criminosa ainda mais difundida (VIANA, 2017, p. 113).

Dentre tantas controvérsias que a mencionada lei trouxe, urge ressaltar que a mesma previa expressamente a vedação da liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme é possível observar no artigo 7º da mesma, impossibilitava que o réu apelasse em liberdade (artigo 9º), caso o réu fosse condenado por crime que decorria de organização criminosa, este começaria em regime fechado (artigo 10), além de equiparar de forma clara, a organização criminosa com bandos e quadrilhas.

Em suma, a falta de uma inexistência do conceito de organização criminosa (bem como de crime organizado, levando em conta a correlação de ambas), deixa clara a ineficácia do diploma legal, visto que suas normas feriam o princípio da legalidade penal ao não sintetizar com clareza seu conceito, bem como fazia uma equiparação equivocada com as quadrilhas e bandos.

Com o advento da Lei 12/850/13 que revogou a Lei 9034/95, amplas alterações foram feitas no diploma legal, definindo então organização criminosa, bem como tipificando de forma autônoma e exclusiva o crime organizado, promovendo assim uma legislação especial e específica para organização criminosa (VIANA, 2017, p. 127).

Desta forma, logo em seu artigo 1º, §1º da Lei 12.850/13, encontra-se a definição jurídica do que é organização criminosa, onde 4 ou mais pessoas de forma organizada, objetivam obter de forma direta ou indireta obter vantagem, mediante a prática de infrações penais superiores a 4 anos, ou ainda que sejam de caráter transnacional.

No que tange ainda ao conceito de crime organizado que também possui ótica transnacional, é importante dizer que através das Convenções das Nações Unidas conhecida como Convenção de Palermo, solidificou-se um poderoso instrumento para o combate ao crime organizado transnacional. Na Convenção de Palermo abordam-se três principais áreas específicas às quais o crime organizado incide, sendo: o Tráfico de Pessoas (em especial mulheres e crianças); o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; além do Tráfico Ilícito de Armas de fogo (bem como suas peças, componentes e munições) (UNODC, 2004, *on-line*).

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 769), há certa impossibilidade em aplicar a Convenção de Palermo, visto que na verdade existe um grande vazio legislativo, que não podia se suprimido por um juízo de valor de tal órgão julgador, daí a importância do advento da Lei 12.850/13 em suprir esse vácuo.

Em exemplo da aplicação do entendimento firmado através da Convenção de Palermo, apesar da posição do tribunal, e ainda que a Lei nº 12.683/12 alterasse a legislação para eliminar a lista anterior de crimes, o Ministro Luiz Fux votou pela não adesão ao Artigo VII. Devido à falta de definição jurídica do crime de organização criminosa, o artigo 1º da Lei nº 9.613/98 não pode ser aplicado, pois o Ministro entendeu que a própria expressão não equivaleria a crime, tratando-se então da figura do sujeito passivo responsável pela consecução do delito antecedente, estando o crime cometido por qualquer das espécies de organização criminosa que conhecemos desta forma oportuna a caracterizar como antecedente da lavagem de dinheiro (ANSELMO in CONJUR, 2017, *on-line*).

Ainda na ótica conceitual, define como crime organizado Renato Brasileiro de Lima (2020, p.773): “Noutro giro, a expressão crime organizado por extensão refere-se às infrações penais praticadas pela organização criminosa ou pelas associações criminosas”.

Faz-se necessário diferir o conceito de crime organizado por natureza com o conceito de crime organizado por extensão. O primeiro trata-se da punição devido ao cometimento do crime de organização criminosa, descrito na Lei 12.850/13 no artigo 2º, caput ou ainda pelo cometimento dos delitos de associação criminosa (que encontra previsão legal no artigo 288 do Código Penal). O segundo refere-se às infrações penais propriamente ditas, praticadas por organização criminosa ou associações criminosas (LIMA, 2020, p. 773).

Na égide da compreensão da característica mais latente que se aplica a organização criminosa, destaca-se o termo estruturalmente ordenada, visto que trata-se de uma conspiração planejada até de forma empresarial, visto que os indivíduos que fazem parte de uma organização criminosa costumam fazer um recrutamento controlado de pessoas que estejam à seu serviço, controlam os custos para realizar as atividades necessárias, observam fluxo de caixa tanto de mercadorias quanto de serviços, dividem tarefas e principalmente territórios (GOMES in JUS-BRASIL, 2013, *on-line*).

Destaca-se também o fato de que o uso de violências é comum, mas não necessário para que se caracterize uma organização criminosa. A prática mais comum de violência é a inti-

midação e ameaça, para que as pessoas que vivem no local dominado pela organização cooperem e obedeçam a suas regras (GOMES in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

O entendimento de crime organizado vai além da organização criminosa, que é apenas uma fração do que este é a aplicabilidade de sanção penal especial ao crime organizado está descrita de forma minuciosa no §2º do artigo 1º da Lei 12.850/13.

Em observância ao que define a Lei no artigo 2º caput como crime organizado, refere-se a quem promove (impulsiona e dá apoio a uma organização criminosa), constitui (quem cria uma organização), financia (contribui de forma financeira), e integra (faz parte). Mostrando assim, que o cometimento de qualquer um destes tipos é o suficiente para caracterizar-se o delito de organização criminosa, tratando-se de um tipo penal misto alternativo (GOMES in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

Atinente ao estudo de crime organizado bem como a organização criminosa (viés de estudo do presente artigo científico), importante dizer que a paz e a tranquilidade público não são os únicos bens jurídicos tutelados, visto que a nítida evolução da atuação das organizações criminosas utilizam-se cada vez menos da violência e usam cada vez da apropriação de patrimônios, pois é o que lhe trazem o que mais veneram: o lucro (GOMES in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

Entre as instituições públicas e privadas de mais alto nível, o crime organizado tem alta penetração. Seu escopo é o lucro. Não existe crime organizado para fins de caridade. O saque de dinheiro alheio, especialmente dinheiro público, é uma das áreas favoritas do crime organizado, que tem dado uma grande contribuição para o financiamento de atividades de campanha de políticos. Ele geralmente não aparece com pessoas que se envolvem em atividades aventureiras e exageradas para ele. O crime organizado é a força motriz que está por trás dele. Ele tem aspectos reais e os desejos de outras pessoas (GOMES in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

Em contrapartida, quanto ao instituto da punibilidade do crime organizado, primeiramente é necessário recordar que punibilidade nada mais é que o direito de punir do Estado a quem cometeu o fato delituoso, o chamado *ius puniendi*. Na seara do crime organizado, bem como já vimos anteriormente à dificuldade que o fenômeno criminal encontra desde o princípio em ser conceituado e definido, sua punibilidade não é diferente.

Atualmente, por haver em nosso ordenamento jurídico legislação especial que tutele o Crime Organizado, constam como pena mínima para o cometimento de crime de organização criminosa o tempo de 3 anos como base, visto que a maioria dos indivíduos que cometem esse crime, o cometem em conjunto com outra infração penal.

Como exemplo da punibilidade para quem comete o crime de organização criminosa mediante uso de arma de fogo (não basta apenas portar a arma, tem que ser usada), a sanção penal será aumentada até a metade, conforme se observa no artigo 2º, §2º da Lei 12.850/13.

Neste diapasão, não se permite que nas mesmas circunstâncias (no caso o uso de armas) e no mesmo contexto factual, ensejar uma dupla condenação: crime organizado agravado + crime autônomo de portar ou possuir arma de fogo. O mesmo pano de fundo factual não autoriza essa dupla condenação (GOMES in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

O artigo 2º continua trazendo em seus respectivos parágrafos as possibilidades de au-

mento e agravo diante da pena base de 3 a 8 anos de reclusão, cite-se o parágrafo 3º do mesmo que dispõe sobre o aumento de pena no caso do indivíduo que exerce uma função de domínio na organização criminosa, bastando que exista o comando e não sendo necessária a prática pessoal dos atos de execução. Notadamente, esta é uma situação agravante onde o próprio dispositivo indica em seu texto, não se aplicando neste caso o artigo 62, inciso I do Código Penal (que trata das circunstâncias agravantes), e sim a regra da Lei 12.850/13.

Seguem as outras previsões de aumento de pena ou agravante: caso haja participação de criança ou adolescente; existência de concurso com funcionário público que se vale da sua condição para cometimento de infração penal; quando o produto ou proveito da infração penal destinar-se ao exterior; caso haja conexão com outras organizações criminosas; caso haja evidência de transnacionalidade da organização.

O referendo atual do Pacote Anticrimes, leia-se, Lei 13.964/19, inclusive trouxe em seu arcabouço de mudanças no ordenamento jurídico relevantes à Lei de Crime Organizado, cite-se a inclusão do instituto da colaboração premiada (modalidade de confissão) como meio de obtenção de prova, conforme se observa à partir do artigo 3º-A.

A Lei 12.850/13 prevê os seguintes benefícios ao indivíduo que aceitar o acordo de colaboração premiada: não oferecimento da denúncia, perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade, condenação do colaborador com redução de pena em até dois terços ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Deve-se levar em conta o grau de colaboração; quanto mais efetivo, maior deve ser o prêmio (FIGUEIREDO in CONJUR, 2020, *on-line*).

Ademais, visando combater com cada vez mais eficácia o crime organizado, o advento do Pacote Anticrimes trouxe ainda mais inovações legislativas para facilitar o entendimento, prevenção e repressão do cometimento do crime organizado, de forma a tornar suas infrações penais atinentes mais eficazes, de forma a garantir que a punibilidade seja cada vez mais contundente ao tratar este fenômeno criminal.

A finalidade do mesmo é justamente servir como um condão de forma que a aplicação da sanção penal quanto ao delito de crime organizado, seja mais eficaz, dada às circunstâncias que por muitas vezes dificulta o processo de aplicação da pena que encontra percalços desde a fase investigatória do crime, trazendo à tona a ideia palpável da impunibilidade.

O legislador partiu do pressuposto de que ao viabilizar de forma mais ampla o instituto da colaboração premiada, nessa linha de raciocínio quanto maior for a colaboração do réu maior então seria a redução da pena deste, todo esse procedimento cabível ao magistrado, tirando de ótica então a possibilidade do Ministério Público impetrar embargos acerca de sua concordância ou não em relação à colaboração premiada em suas alegações finais (FIGUEIREDO in CONJUR, 2020, *on-line*).

Por fim, visto ser o instituto de Crime Organizado um tipo penal intrinsecamente ligado ao constante crescimento de criminalidade no Brasil, para que sua punibilidade seja eficaz a necessidade de uma constante inovação legislativa é prioridade para que este não seja apenas punível, mais passível de prevenção (FIGUEIREDO in CONJUR, 2020, *on-line*).

ANÁLISE CRÍTICA DO CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA: HÁ UM CONCEITO LEGAL?

Apesar da alteração legislativa no Código Penal através da Lei 12.850/13, não houve mudança no corpo do artigo 288-A: “Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código”. Como se pode observar, o artigo, traz em si o dolo específico de cometimento de crimes específicos da milícia, estes contidos na referida redação do mesmo (ZANELLA, 2020, *on-line*).

Indo mais adiante, o crime de milícia limita-se aos que se encontram previstos na lei penal, dada a sua má redação, onde independe os bens jurídicos protegidos, ou a pena que lhes seja atribuída (LIMA, 2020, p. 880-881).

Frise-se que existe um vácuo (omissão) legislativo, no que tange a definição de um número mínimo de pessoas necessário para que se caracterize uma milícia privada (ou particular). Assim, o ideal é que se parta do princípio que milícia privada seja uma subespécie de associação criminosa, interpretando então conforme dispõe o caput do artigo 288 do Código Penal “associação de 3 ou mais pessoas” de forma constante.

A origem de milícia privada está intrinsecamente ligada ao surgimento da milícia no Rio de Janeiro, que com uma lacuna de poder desocupado, houve o ingresso de vários grupos civis e agentes públicos vistos de forma inicial como se fossem heróis, dada tamanha fragilidade na comunidade devido a incidência da violência.

A entrada destes membros, era justamente com o pretexto de prestar serviços de segurança, justamente pela ausência do poder estatal nessas regiões. Para fazer isso, cobravam dos moradores uma pequena taxa para que pudessem prestar os seus serviços (LIMA, 2020, p. 881).

Vale salientar que, os traficantes de drogas, bem como os pequenos criminosos acabaram sendo expulsos dos lugares que ocupavam anteriormente, justamente por conta do armamento da milícia (LIMA, 2020, p. 881).

A partir daí, as milícias passaram a perceber que oferecer outros tipos de serviços diversificando assim as suas atividades, como: meio de transporte alternativo, distribuição de gás e de água, bem como conexões de internet e TV ilícitas.

De fato, a violência que inicialmente visava apenas traficantes e criminosos, passou a atingir também os moradores em geral, dada a forma obrigatória com que as milícias “ofereciam” os seus produtos e serviços, e assim promoviam uma extorsão, bem como espalhavam uma onda de medo, através do seu controle (LIMA, 2020, p. 881).

No que tange a existência de um conceito legal, cabe destacar uma ausência acerca disso, justamente devido a omissão legislativa em caracterizar no corpo do artigo, as características de milícia privada.

Desta forma, ante essa ausência, pode-se entender e caracterizar milícia como um grupo que faz uso de armamento irregular, para tomada de território, visando assim o controle do mesmo, bem como da população que ali vive; fazem jus da coação para obrigar que a população aja conforme os seus interesses; possuem o ânimo de lucro como causa central; fazem uso de

um discurso aparentemente pacificador, que visa o bem estar geral da comunidade, bem como a sua proteção e manutenção da segurança; além da nítida participação de agentes públicos, qual seja, pertencentes ao Estado (LIMA, 2020, p. 881-882).

Vale salientar, que no caso da análise do bem jurídico tutelado pelo artigo 288-A do Código Penal, é justamente subjetiva, essa sensação de segurança social por parte da população, o enfadado bem estar social que num primeiro momento, a milícia faz jus para conseguir “ganhar” território, exalando a falsa e deturpada sensação de segurança. A supressão do vazio que o Estado deixa, esse é o motim da milícia, suprir essa carência (BITTENCOURT in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

Por fim, vale destacar que essa omissão, proposital ou desproposital por parte da legislação em fornecer um conceito legal, acaba se tornando responsabilidade tanto da doutrina, quanto da jurisprudência de supri-la através de uma interpretação lógica, concisa e racional.

A ausência de um conceito legal, bem como a amplitude dada ao tipo penal da milícia privada, sobrecarrega a doutrina em fornecer uma definição que caberia ao legislador especificar (BITTENCOURT in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

DA NECESSÁRIA ANALOGIA ENTRE CRIME ORGANIZADO E MILÍCIA COMO POLÍTICA CRIMINAL E COMBATE E PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE: CONSTITUCIONALIDADE?

A necessidade em compreender que o crime de milícia é uma forma de crime organizado, é essencial para que se possa estabelecer uma analogia entre estes, visto que o próprio Código Penal cita que para constituição de milícia, os sujeitos que se unem para este objetivo fim devem se “organizar” (BRASIL, 2012).

Cabe ressaltar que milícia é parte da estrutura do crime organizado, que possui *modus operandis* por meio de armamentos e violência, justamente por origem de força policial, paramilitar e até de grupos de extermínio (SANCHETONE, 2013, *on-line*).

Em sede de política criminal, podemos conceituar como sendo um sistema de princípios e regras que através das quais o Estado promove tanto a repreensão de delitos, quanto a prevenção destes. De modo geral, também inclui os meios e métodos utilizados na aplicação das penas, bem como das medidas de segurança, de forma a resguardar os interesses da sociedade, assim como ser capaz de reinserir o infrator no meio social (NASCIMENTO in ÂMBITO JURÍDICO, 2006, *on-line*).

É necessário frisar, que a política criminal, está intrinsecamente ligada ao bem jurídico tutelado, visto que é através desta que o Estado externaliza suas repreensões às infrações penais cometidas de acordo com o que o escopo penal tutela.

A principal serventia da política criminal serve, ou pelo menos deveria servir como base no que tange o Direito Penal brasileiro, de forma a ser alicerce para a criação normativa, e não um mero meio para tipificação de condutas delitivas sem observar o bem jurídico tutelado (NASCIMENTO in ÂMBITO JURÍDICO, 2006, *on-line*).

Na seara aqui estudada, como já citado anteriormente, o bem jurídico o qual entremeia

tanto o crime de milícia, quanto o crime organizado, é a paz pública, bem como subjetivamente falando, a sensação de segurança social e o bem estar. Ambos bens jurídicos atinentes ao coletivo (BITTENCOURT in JUSBRASIL, 2013, *on-line*).

No que tange o acometimento do crime organizado em si, bem como a milícia (uma das formas destes), há de se atentar que tanto a Constituição Federal, quanto a democracia de Direito, são de certa forma entraves para o poderio e controle miliciano e paramilitar. As suas ações são como uma segunda via visto a ausência do poder Estatal (MANSO, 2020, p. 128 – 129).

Uma das razões para a aceitação ainda que primária por parte da comunidade em permitir o controle das milícias, era justamente em ver que estes num primeiro momento faziam por eles o que o Estado não era capaz de fazer (MANSO, 2020, p. 23).

Afirmar que os crimes organizados de forma geral, e neste caso, a milícia é oriundo de uma grande falta de políticas públicas que abarquem as comunidades carentes, não é um exagero, mas uma realidade (AGÊNCIA SENADO in SENADO NOTÍCIAS, 2009, *on-line*).

Neste caso, apesar de não se tratar de concessão para praticar crime organizado ou crime de milícia, a nítida ausência estatal para com seus agentes públicos no que diz respeito à justa remuneração, fiscalização de serviço bem como proteção frente aos riscos no exercício da função, além de melhores condições para o trabalho.

A criação de políticas públicas, quais sejam, soluções para problemas que abarcam a sociedade, é indispensável para a prevenção do cometimento de crimes delituosos por partes dos agentes públicos, bem como para manter as necessidades de uma comunidade carente que por vezes permanece invisível para o Estado.

No que tange ao combate ao crime organizado, é recente a Resolução que instaurou no âmbito do Ministério Público, um Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, o GAECO.

O GAECO tem como objetivo identificar os casos de crime organizado, bem como prevenir e reprimir tais atividades ilícitas atinentes ao Estado do Rio de Janeiro (MPRJ, ano, *on-line*). Este responsabiliza-se tanto pela investigação, quanto pela coordenação das forças-tarefas elencadas ao crime organizado.

Ainda na seara de combate ao crime de milícia, não se pode deixar de citar a célebre CPI das Milícias presidida no ano de 2008 pelo Deputado Marcelo Freixo na Alerj, sendo um marco histórico ao finalmente colocar luz à um problema há muito enfrentado pela sociedade.

Em seu parecer, a CPI frisa que a omissão do Estado na promoção de políticas públicas para promover inclusão social e econômica, bem como garantir a segurança social, foi pontual para que seus agentes públicos utilizassem de forma ilegal controle pelas comunidades carentes (ALERJ, 2008, *on-line*).

Dentre as suas pontuações, a CPI citou inúmeras vezes acerca da responsabilidade social do Estado em cumprir o que lhe é atinente, pois é justamente a sua ausência que fez de forma indireta, com o que o crime de milícia alastrasse e tomasse conta das comunidades.

O indiciamento de diversos agentes públicos e agentes políticos, foi justamente ver na prática a repreensão pelo crime de milícia, apesar destes por muitas vezes, dada a dificuldade

em se tratar dessa conduta delituosa e em discuti-la, se esconderem atrás do escudo da impunidade.

No entanto, o comprometimento com o combate e prevenção com os crimes de cunho organizado, bem como de milícia, não podem se reduzir ao esforço de apenas alguns, mas sim, deve ser dever do Estado fiscalizar e atuar de frente a esse fenômeno criminal.

A constitucionalidade em punir o crime de milícia, cabe a seara do Direito Penal, dada a redação disposta pelo legislador no artigo 288-A do Código Penal, apesar deste mesmo não atribuir um conceito legal ao crime de milícia, direcionando assim para que a doutrina sanasse esse vazio.

Cabe citar que os demais crimes de cunho organizado, são tutelados pela Lei de Crime Organizado 12.850/2013, não cabendo a esta a constitucionalidade do crime de milícia.

A ausência de especificidade do crime de milícia em sua conceituação, bem como na definição do que seja milícia privada, organização paramilitar, grupo ou esquadrão da morte, dificulta o enquadramento dos crimes no referido tipo legal, não prestando atenção ao que diz o princípio da taxatividade, que regula justamente a definição correta do tipo penal (ANTUNES; SARAIVA, 2019, *on-line*).

Por fim, cabe salientar que essa ausência legislativa, são um afrontamento aos princípios norteadores do Direito, tornando assim inviável a efetiva aplicabilidade da lei, dificultando o combate bem como a punibilidade dos crimes de milícia.

Caso Marielle e Anderson: a problemática na culpabilização na atuação da milícia

Marielle e Anderson foram cruelmente assassinados no dia 14 de março de 2018, em um atentado no carro em que era transportada no Rio de Janeiro. A então vereadora Marielle Franco, era defensora dos Direitos Humanos, socióloga, dava visibilidade para temas de suma importância no cunho social, como o direito das mulheres e dos negros. Foi eleita no ano de 2016 como a quinta vereadora mais votada no Rio de Janeiro (FREITAS, in VALOR, 2022, *on-line*).

O caso ainda permanece em aberto, e o desconhecimento do mandante do crime é um dos pontos centrais para o entendimento do crime. Os suspeitos como executores do assassinato, que se encontram detidos desde 2019, são os ex-policiais militares Ronnie Lessa e Élcio de Queiroz (FREITAS, in VALOR, 2022, *on-line*). O caso vem sendo investigado pela GAECO e pela Polícia Civil, e há a suspeita do envolvimento das milícias com o crime ocorrido.

No que tange o colhimento tanto de indícios, quanto de testemunhos do ocorrido, é notório saber que os primeiros momentos após o crime são decisivos para ditar o rumo da investigação (MANSO, 2020, p. 193).

Contrariamente, podemos observar que o que se destaca no assassinato de Marielle, é justamente a ausência de imagens de câmeras de rua que possam ter filmado o momento do crime, a ausência da arma do crime, bem como outros indícios materiais, sendo assim nitidamente uma ação extremamente profissional e bem calculada.

Manso (2020, p. 224-225), elucida que o caso Marielle e Anderson denotam uma reali-

dade desconfortável acerca das questões ligadas aos crimes de cunho organizado: a omissão Estatal para com o combate a esses crimes (tenham eles motivações políticas, militares ou paramilitares) foi um combustível para que os criminosos pudessem agir sem quaisquer temores, visto a grande névoa que paira sobre a impunidade.

Ainda que de forma rápida, analisemos as figuras tidas como executores do assassinato: ambos ex-policiais e supostamente integrantes do tão conhecido “Escritório do Crime” (que já foi chefiado supostamente por Adriano de Nóbrega, morto numa operação policial) (CORSINI in CNN BRASIL, 2021, *on-line*).

Lessa, apontado por investigação como um atuante em um grupo paramilitar em Gardênia Azul e Rio das Pedras (comunidades do Rio de Janeiro), teria vínculo com explorações de máquinas de caça níquel, envolvimento com bingo e venda de água. Sargento aposentado que quando em situação ativa, era tido como uma “máquina de matar” (MANSO, 2020, p. 200-208).

O caso Marielle é apenas um dos muitos os quais identifica-se o intento da possível atuação das milícias, bem como a profissionalidade de suas ações.

Colocar um olhar mais atento sob a ótica do Rio de Janeiro, faz-se necessário devida a toda história que o mesmo possui em relação a atuação contundente das milícias, grupos de extermínio, facções e esquadrões da morte.

A rede de conexão demonstra-se num ciclo que se verifica a clara ausente atuação estatal para com as comunidades, bem como fiscalização de seus agentes públicos; o animus de controle e violência extrema por parte destes grupos de crime organizado; a forma com que a corrupção é tratada e vista de forma quase que comum; a agudeza da desigualdade econômica e a complexidade em que se conectam os interesses políticos, e a necessidade de fazer predominar a voz que tem mais poder.

Não se pode esquecer, o comum desejo entre todos estes protagonistas atuantes para o alastramento do crime organizado: a pura intenção de locupletar. De prevalecer o seu domínio. Do controle rígido para obtenção de lucro em sua forma mais crua e dura. Da facilidade em controlar e gerenciar as situações para que os beneficiem.

A fatídica ausência legislativa no cunho da punibilidade do crime de milícia é apenas um atenuante que de forma direta, colabora para que o enquadramento por estas condutas delitivas se tornem ainda mais difíceis de serem reprimidas.

A força com que a “bandagem” construiu e sedimentou sua atuação, controle e violência, precisa de muito mais do que um golpe para ser derrubada.

Enquanto não houver extrema rigidez na fiscalização dos crimes de milícia, compreensão de políticas criminais, criação de políticas públicas que sanem a ausência estatal, seriedade legislativa na tipificação penal, combate de frente aos crimes organizados, Marielle, Anderson, Patrícia, “Marias e Josés” da vida, continuarão sendo objetos desse grande jogo de poder e violência.

Não se pode sanar uma doença, sem que se conheça a sua ou suas causas. O mesmo se aplica a problemática que envolvem todos os Crimes organizados, é necessário que se coloque enfoque neles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral desse estudo acadêmico, foi trazer de forma minuciosa um estudo acerca do instituto do Crime Organizado, trazendo de forma analógica um entendimento acerca da Organização Criminosa e o Crime de Milícia.

Conforme já foi demonstrado anteriormente, o ímpeto de “organizar-se” com o fito de cometer condutas delituosas, está longe de ser um acometimento recente. Ocorre que, apesar de todo esse endosso histórico, a tipificação de crime de milícia só se deu através do advento da Lei 12.720/2012.

Na seara do Crime Organizado, a lei que o rege também é recente, qual seja, 12.850/2013. Essa nítida falta de repreensão e controle por parte do Estado, contribuem para a enorme dificuldade em culpabilizar estes delitos.

Em contrapartida podemos observar que, somente reprimir de forma rígida estes tipos penais, não são a solução para diminuir a ocorrência da prática destes.

Somente havendo políticas públicas que alcancem as comunidades que são acometidas pelo poderio forçado destes grupos (sejam paramilitares, esquadrão, milícia particular ou organização criminosa), o Estado poderá corrigir as suas ausências naquilo que é dever deste prestar, visto que a prestação que se dá por “terceiros” é uma via de mão dupla que inclui coerção e violência.

A regulação por parte de tipos penais, também precisa trabalhar em conjunto com políticas criminais que sejam capazes de prevenir estes crimes, e sem dúvidas, a principal atitude por parte do Estado deve ser em fiscalizar minuciosamente.

Conforme já foi visto, é dever do Estado prestar, zelar e fiscalizar a segurança pública da sociedade, entendimento abarcado na Constituição Federal no artigo 144, tendo em vista a preservação da ordem pública e o direito dos indivíduos sociais.

Nesse mesmo estudo, viu-se ainda a possibilidade do envolvimento de uma organização criminosa com os grupos de milícia, não havendo para tanto um “agravante” tipificado, visto que a Organização Criminosa é regida pela Lei de Crime Organizado, e a Milícia encontra-se disposta no artigo 288-a do Código Penal.

A ausência legislativa no que tange a situação descrita acima, denota uma necessidade de correção, de forma que a punição para este delito possa ser mais precisa. Tanto a Organização Criminosa, quanto a Milícia ferem um bem tutelado em comum: a segurança pública.

A mais recente alteração legislativa por parte do chamado Pacote Anticrimes, apesar de ter alterado diversos dispositivos da lei penal e processual penal, não conseguiu alcançar esses vácuos legislativos existentes no que tange os crimes organizados, como se observa na ausência de definição do que seria milícia no próprio corpo constitucional.

Outra dura realidade, é a falta de fiscalização do Estado por parte de seus agentes públicos, visto que estes muitas vezes se valem das deficiências dos seus cargos (como por exemplo a má remuneração e as péssimas condições de trabalho) para obter uma vantagem econômica indevida.

Sabemos que estes detalhes não são justificativas nem mesmo anuências para que estes agentes públicos se associem a organizações criminosas, milícia, grupos paramilitares entre outros, mas precisamos reconhecer que muitas vezes a falta de atenção do Estado com seus funcionários acaba sendo um estopim para estes.

A ausência estatal em garantir exercício digno da sua profissão, o que engloba uma justa remuneração, condições razoáveis laborais, é infelizmente uma realidade. É sabido que nada justifica o acometimento de condutas puramente corruptivas e violentas. Um Estado que se permite estar alienado a todos estes problemas massivos, não é capaz sequer de enxergar as soluções, que dirá conhecer as causas destes.

A compreensão do Crime Organizado em geral, como se pôde notar através deste artigo não é simples, e sim, complexa. Mas uma coisa se sobressai a toda essa dicotomia, que é a ausência da atuação do Estados em vários ordenamentos, seja em fiscalizar, seja em prevenir, seja em repreender ou mesmo em combater este mal social.

Enquanto o Estado não conseguir suprir todas essas nuances, com políticas públicas e criminais que sejam capazes de alcançar a todos, continuaremos a ver o crescimento massivo do Crime Organizado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. Princípio da Legalidade. JusBrasil. Bahia- BA, 2016. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333118862/principiodalegalidade#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20legalidade%20criminal,sse%20lei%20anterior%20ao%20fato.&text=%E2%80%93%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime%20sem%20lei,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comico%C3%A7%C3%A3o%20legal>> Acesso em: 02 out 2020.

ANTUNES, Marcia Arnaud. SARAIVA, Daniela. A ausência de tipificação dos crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privadas introduzidas pela Lei 12.720/12 e sua conseqüente ineficácia. Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Franca – SP, nº 30, p. 1-12, ago – dez 2019. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5847415.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ANSELMO, Márcio Adriano. O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado. Conjur. São Paulo - SP, 27 de jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado#_ftn5>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, inciso XXXIX. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out 2020.

BRASIL. Lei 9034 de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Lei 10.217 de 11 de abril de 2011. Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 3 jul. 2020

BRASIL. Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 out 2020.

BRASIL. Lei 12.720 de 27 de setembro de 2012. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12720.htm#art4>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ (MPRJ). Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO). Rio de Janeiro – RJ, 2022. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/grupos-de-atuacao/gaeco#:~:text=O%20GAECO%20tem%20por%20finalidade,de%20Justi%C3%A7a%20para%20atua%C3%A7%C3%B5es%20conjuntas.>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ). Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Ação de Milícia no Âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos – UFRJ. Rio de Janeiro-RJ. 2008. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Milícias atuam na ausência do poder público, afirmam especialistas. Senado Notícias. Brasília-DF. 03 de junho de 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/06/03/milicias-atuam-na-ausencia-do-poder-publico-afirmam-especialistas>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BITTENCOURT, CEZAR. Constituição de Milícia Privada. JusBrasil. Bahia- BA, 23 out. 2012. Disponível em: <<https://cezarbittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2012.720%2C%20de,quando%20praticado%20pelos%20referidos%20grupos.>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. Da norma penal em branco. Âmbito Jurídico. São Paulo- SP 01 de fev. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-norma-penal-em-branco/>>. Acesso em: 02 out 2020.

CORRÊA, Daniel Marinho. O princípio da legalidade no Direito Penal. Âmbito Jurídico. São Paulo- SP, 01 de jun. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-legalidade-no-direitopenal/#:~:text=No%20Direito%20Penal%2C%20o%20princ%C3%ADpio,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal>> Acesso em: 02 out 2020.

CORSINI, Iuri. Caso Marielle: confira a linha do tempo da investigação do crime. CNN Brasil. São Paulo- SP. 14 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/caso-marielle-confira-a-linha-do-tempo-da-investigacao-do-crime/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. A analogia no Direito Penal e a jurisprudência do STJ. Meu Site Jurídico Juspodvim. Salvador – BA, 08 de agosto 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodvim.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>>. Acesso em: 02 out 2020.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. O Princípio da Legalidade e suas implicações na Hermenêutica Penal. Revista Acadêmica de Direito Penal UERJ. Rio de Janeiro- RJ v.2, n.1 (2014). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14322>>. Acesso em: 02 out. 2020.

FIGUEIREDO, Caroline Vieira. As alterações do pacote “anticrime” na Lei de Organizações Criminosas. Conjur. São Paulo-SP, 13 de jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-13/caroline-figueiredo-pacote-anticrime-lei-organizacoes-criminosas>>. Acesso em: 13 de out. 2020.

FREITAS, Carolina. Assassinato de Marielle Franco completa quatro anos sem que se conheça mandante do crime. Valor, O Globo. São Paulo-SP. 14 de março de 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/03/14/assassinato-de-marielle-franco-completa-quatro-anos-sem-que-se-conheca-mandante-do-crime.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada. JusBrasil. Bahia-BH, 2013. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 13 out. 2020

GONÇALVES, Luiz Alcione. Uma abordagem histórica sobre o crescimento do crime organizado no Brasil. Âmbito Jurídico. São Paulo-SP, 01 de jun. 2012 Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/uma-abordagem-historica-sobre-o-crescimento-do-crime-organizado-no-brasil/>>. Acesso em: 3 jul 2020.

KADANUS, Kelli. O que são as milícias e por que é tão difícil combatê-las. Gazeta do Povo. Paraná-PR, 05 de jul. 2019 Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/milicias-o-que-sao-como-funcionam/>>. Acesso em: 3 jul 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 8ª edição. São Paulo: Juspodvim, 2020. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/180enc>>. Acesso em: 14 out. 2020.

MANSO, Bruno Paes. A República das Milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro. Editora Todavia. São Paulo – SP. 2020. 1ª edição.

MENEZES, Filipe. Analogia e Interpretação Analógica. Canal Ciências Criminais. Porto Alegre- RS 16 de abril 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/analogia-interpretacao-analogica/#:~:text=Por%20sua%20vez%2C%20a%20integra%C3%A7%C3%A3o,hip%C3%B3tese%20alguma%2C%20in%20malam%20partem>>. Acesso em: 02 out 2020.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Política criminal e eleição de bens jurídicos. Âmbito Jurídico. São Paulo – SP. 31 de março de 2006. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/politica-criminal-e-eleicao-de-bens-juridicos/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

OLIVIERI, Antônio Carlos. Crime organizado – No Brasil, fenômeno se originou na década de 70. Vestibular UOL. São Paulo-SP, 21 de jun. 2006. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/crime-organizado-no-brasil-fenomeno-se-originou-na-decada-de-70.htm>>. Acesso em: 3 jul 2020.

SANCHETONE, Salise Monteiro. Aspectos comuns entre o crime praticado por Milícias no Brasil e o tipo Mafioso na Itália. Revista de Doutrina TRF4. Porto Alegre – RS. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Salise_Sanchotene.html>. Acesso em: 20 abr.2022.

SILVA, Rêidric Víctor da Silveira Condé Neiva e. O uso da analogia nas normas penais incriminadoras

para extensão do tipo penal. Âmbito Jurídico. São Paulo- SP 01 de fev. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-uso-da-analogia-nas-normas-penais-incriminadoras-para-extensao-do-tipo-penal/>>. Acesso em: 02 out 2020.

SOARES, Gustavo Poloni; FRUCTUOZO, Ligia Maria Lario. A Problemática Conceitual De Crime Organizado. Intertemas Toledo Prudente. Presidente Prudente-SP,2019. Disponível em: <[intertemas.toledoprudente.edu.br > article > download](http://intertemas.toledoprudente.edu.br/article/download)>. Acesso em: 13 out. 2020.

SOUZA, Adelson Joaquim de. Direito Fundamental à Segurança Pública. Âmbito Jurídico. São Paulo-SP, 01 de fev. 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-fundamental-a-seguranca-publica/>>. Acesso em: 3 jul 2020.

TEIXEIRA, Lucas Borges. Em pacote de Moro, milícia era organização criminosa, mas pena era menor. Notícias UOL. São Paulo-SP, 14 de fev. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2020/02/14/pacote-moro-milicia-organizacao-criminosas.htm>>. Acesso em> 3 jul 2020.

TOLEDO, Daiana da Silva. O crime organizado e as políticas públicas de prevenção e repressão. Âmbito Jurídico. São Paulo-SP, 01 de abril de 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-organizado-e-as-politicas-publicas-de-prevencao-e-repressao/>> Acesso em: 13 out. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,combate%20ao%20crime%20organizado%20transnacional.&text=Texto%20da%20conven%C3%A7%C3%A3o%20em%20portugu%C3%AAs,12%20de%20mar%C3%A7o%20de%202004>>. Acesso em: 13 out. 2020.

VIANA, Lurizam Costa. A organização criminosa na lei 12.850/13. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Trabalho de Conclusão. Belo Horizonte-BH, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHGA3/1/a_organiza_o_criminosa_na_lei_12.850_13_disserta_o_lurizll_costa_viana_.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

ZANELLA, Everton Luiz. Associação criminosa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/413/edicao-1/associacao-criminosa>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Função social: perfil jurídico e base constitucional

Juliana Guimarães Müller

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) e pela Pontifícia Universidade Católica de SP (PUS/SP). Mestranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Servidora Pública Federal, Assessora Jurídica no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.19

RESUMO

Este estudo busca examinar as origens históricas e legislativas da função social, com o objetivo de estabelecer um conceito e de propor uma classificação quanto à sua natureza jurídica, com as respectivas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. A ideia é investigar, a partir dos painéis históricos de seu surgimento, o lugar que a função social ocupa hodiernamente bem como conectá-la às mudanças sociais que exigem atualização a partir das demandas sociais do mundo moderno altamente interdependente e globalizado.

Palavras-chave: teoria geral do direito. função social. natureza jurídica.

ABSTRACT

This study seeks to examine the historical and legislative origins of the social function, with the aim of establishing a concept and proposing a classification as to its legal nature, with the respective consequences for the Brazilian legal system. The idea is to investigate it, from the historical panels of its emergence, the place that the social function occupies today, as well as to connect it to social changes that demand updating based on the social demands of the highly interdependent and globalized modern world.

Keywords: general theory of law. social function. legal nature.

CONTEXTO HISTÓRICO GERAL

A discussão do tema central deste artigo, qual seja, a ideia de função social, se inicia com o exame da propriedade e de seu surgimento. Segundo Marilena Chauí¹, o estado de natureza refere-se à situação pré-social, na qual os indivíduos existiam isoladamente. Vigorava como lei apenas o poder da força e, para fazer cessar tal estado de vida ameaçador, passa-se à sociedade civil por meio do contrato social², a partir da renúncia dos homens à liberdade e à posse natural de bens, riquezas e armas, transferindo a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis.

Parte-se do conceito de direito natural: por natureza, todo indivíduo tem direito ao que é necessário à sobrevivência de seu corpo e à liberdade. O advento da propriedade privada, por sua vez, origina-se com a ideia de sociedade, baseada na coletividade voluntária, histórica e humana, em contraposição à ideia de comunidade, considerada como uma coletividade natural e divina. Assim, para a autora, a sociedade civil é o Estado propriamente dito, e vive sob as leis promulgadas e aplicadas pelo soberano. Atribuiu-se a esse líder poder para que protegesse os demais e garantisse a paz.

O apogeu da propriedade privada deu-se em Roma, principalmente pela sua expansão territorial constante, época em que o titular detinha o direito dela se utilizar como melhor lhe apossasse. Após a desagregação do império romano, a organização social desenvolveu-se sob o sistema feudal, que acabou por se mostrar ineficiente aos anseios comerciais em razão

¹ CHAUI, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, págs 220-223.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

das diferentes métricas e moedas. Os comerciantes queriam expandir seus negócios e, assim, acumular mais riquezas, principal fator que ensejou a crise do feudalismo. Com ela, passa-se ao Estado Moderno, cuja primeira fase é o absolutismo, sistema político administrativo vigente até o século XVIII, no qual o soberano concentrava todo o poder em suas mãos. Todavia, na França, a burguesia detentora de grande capacidade econômica desejava o destaque político reservado apenas aos nobres e ao clero.

Como o direito de propriedade não era, em princípio, um direito natural, John Locke, por meio de sua teoria liberal, faz do trabalho o legitimador da propriedade privada, ao sustentar que Deus instituiu, no momento da criação do mundo e do homem, o direito à propriedade privada como fruto legítimo do trabalho, ou seja, ele localiza o fundamento de tal direito na liberdade humana, eis que o homem, ao encetar livremente o seu esforço, passa a ter o direito de deter a coisa que amesalhou, de forma justa, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³. De fato, conforme bem aponta Comparato, “a relação de propriedade privada sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência”⁴.

Assim, sob a teoria liberal, estabelece-se que a função do Estado é tríplice: garantir o direito natural da propriedade sem interferir na vida econômica, resolver os conflitos existentes na sociedade civil, decorrentes das interações entre o indivíduo e o Estado, e regular tudo aquilo que pertence à esfera pública, garantida a liberdade de consciência individual. Na Inglaterra, o liberalismo se consolida em 1688, com a chamada Revolução gloriosa; no restante da Europa, a partir da Revolução Francesa de 1789. Nos Estados Unidos, consolida-se em 1776, com a luta pela independência. Nesse período, há o surgimento das primeiras ideias relacionadas à segurança social na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

É nesse contexto que se insere a passagem do estado absolutista para o estado liberal⁵, caracterizado pela separação dos poderes, a fim de impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante. Imperavam o capitalismo (regime econômico da acumulação de riquezas e de capital) e, posteriormente, o liberalismo econômico de Adam Smith, que trazia as ideias de divisão do trabalho como elemento essencial para o crescimento da produção, do mercado e da livre concorrência para operar a lei natural da oferta e da procura, que regeria as relações econômicas sem a interferência do Estado.

Com a revolução industrial se expandindo pelo mundo, houve grande aumento do capital resultante dos novos empreendimentos econômicos: a revolução têxtil iniciada na Inglaterra, com a substituição dos teares manuais pelas máquinas a vapor, bem como o surgimento da atividade econômica em larga escala, mudara completamente o cenário das relações sociais. De acordo com Fábio Konder Comparato:

a partir desse momento decisivo de transição histórica, quando toda a vida social passava a ser orientada para a atividade de produção e distribuição de bens ou de prestação de serviços em massa, conjugada ao consumo padronizado, tornou-se evidente que a mais importante distinção jurídica entre os bens passara a ser a de bens de produção e de

3 FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *A propriedade e a sua função social*, *Revista de Direito Agrário*, *Revista de Direito Agrário*, Brasília: Incra, n. 8, 1982, p. 31.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 63, jul./set. 1986, p. 73.

5 A segunda fase do Estado Moderno, pós-absolutismo, “surge como necessidade burguesa à medida que necessita – dentre outras funções como unificar territórios feudais a fim de criar mercado consumidor – instituir uma nova forma de relação social, em cuja aparência esteja inscrita a igualdade.” – In MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25.

consumo.⁶

Havia, agora, uma massa de proletariado, cuja força de trabalho acabou por ser aviltada pela doutrina liberalista tradicional. Ausente a fiscalização estatal, também eram ausentes quaisquer direitos dos trabalhadores, pois a norma jurídica estava voltada para o liberalismo e sem interferência do Estado nas relações jurídicas privadas. Os burgueses controlavam os meios de produção e restava à classe trabalhadora, maioria da população, o labor pesado.

Os trabalhadores, cansados da exploração cada vez maior decorrente da produção em massa iniciada com a revolução industrial, começaram a se organizar na luta contra a opressão, o que acabou por culminar com a revolução russa. A partir do levante do proletariado é que o Estado Social começou a ser gestado, na tentativa de se afastar a possibilidade de uma ruptura violenta do contrato social outrora estabelecido. Foram incluídos na sociedade os ideais de justiça social e de diminuição das desigualdades na divisão do produto econômico. Percebeu-se que não bastavam os direitos de primeira dimensão, consubstanciados no imperativo da conduta negativa do Estado (inviolabilidade da propriedade, da liberdade religiosa, de reunião e de expressão, entre outros), mas que seria necessário garantir, também, o bem-estar social, a partir de uma atuação positiva do Estado em prol dos explorados e em busca de lhes garantir o direito ao trabalho, à saúde, à educação e ao lazer – os chamados direitos de segunda dimensão. O Estado, então, começou a ser forçado a intervir mais na economia, com o objetivo de tentar diminuir as gritantes desigualdades sociais, tanto para implementar melhoras na vida dos marginalizados quanto para garantir a manutenção do Estado.

É nesse contexto que floresce a construção ideológica do bem-estar social e da função social do direito, esta última lastreada na assertiva de que os institutos (públicos e privados) devem atender aos fins delineados em seu conteúdo. Tais ideias dão azo ao constitucionalismo social, especialmente com o advento da Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, em 1919, com a Constituição Alemã em Weimar, uma vez a partir de então passa a existir um fim para o Estado como promovedor de políticas públicas. Mais do que garantidor da liberdade dos cidadãos, consoante era seu papel à luz da filosofia liberal, o Estado passa a desempenhar a função social de protegê-los.⁷

EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E LEGISLATIVA

É verdade que a máxima alemã “a propriedade obriga”, alçada ao status constitucional com a mencionada Constituição de Weimar, é paradigmática no que tange à ideia de função social (no caso, da propriedade), mas houve manifestações anteriores sobre o tema nas obras de Otto von Gierke (1889) e Karl Renner (1904)⁸. Também na França, ao final do século XIX surgiram as primeiras restrições ao direito de propriedade, a partir da teoria do abuso de direito, desenvolvida como óbice aos atos emulativos – ações do titular de um direito que, ao mesmo tempo em que não lhe importavam nenhum benefício, visavam ao prejuízo alheio.⁹

6 COMPARATO, *Op. cit.*, p. 72.

7 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica [livro eletrônico]*. Item 2.2.1. Segundo o autor, “São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado Intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada”.

8 MELO, Tarso Menezes de. *Direito e existência concreta: a ideologia jurídica e a função social da propriedade rural*, p. 44.

9 CHAVES, Marcelo Luiz. *Notas sobre o abuso do direito de propriedade: da teoria do abuso de direito ao exercício abusivo do domínio*. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, V.12 N.02 2020, p. 3.

O escrito mais conhecido, entretanto, é do jurista francês Leon Duguit, que em 1912 já defendia a ideia de que os direitos se justificariam apenas quando têm como escopo contribuir para uma missão social e que todo exercício do direito de propriedade que não perseguisse um fim de utilidade coletiva seria contrário à lei e poderia dar lugar a uma prestação ou reparação.¹⁰

De fato, é a partir das proposições de Duguit, cujas ideias constituíam grande alteração no tocante aos direitos subjetivos (uma vez que, para ele, não existiam senão à luz de uma missão social a ser atingida), que a concepção da função social da propriedade começou a tomar vulto. Interessante análise é trazida por Judith Martins Costa:

A atribuição de função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de 'direito subjetivo', um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da res, e de suas efetivas utilidades; em outras palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto de concreta situação jurídica.¹¹

Registre-se, ainda, que a propriedade, nos moldes teóricos da burguesia, começou a passar por profunda transformação a partir da primeira Guerra Mundial e do cenário de caos em que o mundo se encontrava, o que resultou, entre outros fatores, nos grandes marcos legais da construção ideológica da função social do direito: a Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, em 1919, a Constituição Alemã em Weimar.

A Carta Magna mexicana conferiu uma série de direitos fundamentais aos trabalhadores. O contexto fático foi o elemento nuclear das transformações sociais, exigindo-se do Estado uma estrutura normativa que amparasse os trabalhadores no plano dos direitos individuais como o trabalho, a saúde e a propriedade. A Constituição Alemã, por sua vez, trouxe ao cenário europeu o Estado Social de Direito. Esse modelo de Estado social alça ao campo do direito constitucional valores antes negados pelo liberalismo econômico, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social ao afirmar que “a propriedade obriga”. O direito de propriedade, até então tido como um direito subjetivo na órbita patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva na qual, ao lado dos poderes do titular, colocam-se obrigações positivas deste perante a comunidade: a propriedade acarreta obrigações e seu uso deve atender ao interesse geral.

Em nosso ordenamento jurídico, a Carta Magna de 1934 introduzira a garantia do poder de propriedade não ser exercido contra o interesse social ou coletivo. O texto constitucional de 1946, contudo, foi o primeiro texto pátrio a efetivamente introduzir a definição de função social, condicionando o direito de propriedade ao bem-estar social (artigo 141, § 16, e artigo 147), ao tratar da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Referido aspecto foi reproduzido na Constituição de 1967, sendo a função social erigida ao status de princípio da ordem econômica e social. A redação da Emenda Constitucional de 1969 manteve, em parte, o conteúdo do dispositivo anterior, sem afastar a propriedade de sua característica básica, qual seja, o cumprimento da função social.

No final dos anos 70, início dos anos 80, inicia-se a experiência no direito agrário bra-

¹⁰ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2ª edición, Madrid, España, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1920, p. 8.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

sileiro, com inspiração nas experiências da Espanha, Itália e França, ocasião em que começa a se construir a ideia de função social, centrada na figura da propriedade fundiária. Gizou-se, à época, como conteúdo de função social, o eixo da utilização do bem vinculado à finalidade a qual se destina, em especial no que tange às terras não exploradas (ou sub exploradas) com o escopo intrínseco de se fazer a sua utilização produtiva. A tese predominante que daí resultou, e está fundada no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), é a de que a função social da propriedade rural se exercia quando, explorada racionalmente, gerava produção, empregos, renda, tributos e mantinha preservação razoável dos recursos naturais renováveis. O ponto de partida para a construção teórica da função social vem destes tempos e, naturalmente foi se aperfeiçoando e ganhando substância.¹²

No arcabouço legislativo, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), em 1942, preceituava em seu artigo 5º que o juiz, ao aplicar a lei, deveria atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Verifica-se, também, na Lei nº 6.404/76, que trata das sociedades por ações, a menção de que o administrador deveria exercer suas funções no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (artigo 154) e que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (artigo 116, parágrafo único).

Com o advento da Constituição de 1988, resta cristalizado o Estado Democrático de Direito, apoiado nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais, com a garantia da participação de todos os cidadãos no sistema político nacional e com a busca da preservação da integridade dos direitos essenciais da pessoa humana, exigíveis e oponíveis ao Estado. A função social passou, assim, a ter expressa previsão constitucional (artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, e artigos 184 a 186).

É no capítulo que trata da ordem econômica que a Carta Magna fincou as bases para o que se estuda hodiernamente como “função social da empresa”, ao dispor que a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa são fundamentos a serem observados para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e estabeleceu diversos princípios diretamente relacionados à atividade empresarial, cujo fim deve contemplar benefícios não apenas para todos os envolvidos na atividade, mas também para a coletividade. A função social tem por objetivo, com efeito, reinserir a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, fornecendo padrão mínimo de distribuição de riquezas e de redução das desigualdades.¹³

Após a redemocratização, foi promulgada a Lei nº 8.629/93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária e evidencia a exigência de que o imóvel rural cumpra a sua função social e enumera os parâmetros para tal, esmiuçando os requisitos constantes do artigo 186 da CF. Por outro lado, também ao editar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), o legislador logo de início esclarece que a lei veio para estabelecer “normas

12 JUCÁ, Francisco Pedro. MONSTESCHIO, Horácio. *Empresa: Função social*. In *Revista Pensamento Jurídico – SP – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020*.

13 FRASÃO, Ana. *Função Social da empresa*. Tomo *Direito Comercial*, In *Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Edição 1, Julho de 2018*.

de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo” (artigo 1º, parágrafo único) e deixa clara a necessidade de se evitar a inadequada utilização também dos imóveis urbanos.

O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, traz em seu texto a presença da socialidade do direito civil, em cláusulas gerais¹⁴ que abrem espaço para construção e reconstrução contínuas a partir de princípios e diretivas do ordenamento jurídico sistematicamente considerado. Assim o faz, por exemplo, ao descrever os limites da liberdade contratual, ao dispor em seu artigo 421 que deverá ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”. Da mesma forma, quanto aos parâmetros para cumprimento da função social da propriedade, em seu artigo 1228, §§1º e 2º:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

A função social, como se vê, está invariavelmente e irreversivelmente presente em diversos âmbitos do nosso ordenamento jurídico, como bem coloca Tarso de Menezes Melo:

A partir da Constituição Federal de 1988, tornou-se recorrente a inclusão do princípio da função social na legislação brasileira, e, conseqüentemente, espalhou-se pelo discurso da dogmática jurídica e da jurisprudência a ideia de que, assim, o direito se abria para uma tendência de conformação dos princípios liberais a necessidades da sociedade como um todo.¹⁵

CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL

A origem latina do termo, *functio*, refere-se desempenho ou exercício do direito ou dever de agir conferido à pessoa a partir das normas jurídicas.¹⁶ Da mesma forma, a acepção que a técnica do Direito Administrativo atribui à palavra *função* indica o direito ou dever de agir, atribuído ou conferido por lei, a fim de assegurar a vida da administração pública ou o preenchimento de sua missão, segundo os princípios instituídos pela própria lei, consoante consigna Francisco José Carvalho. A partir desta ideia, podemos coletar algumas definições sobre o tema, iniciando com a do referido autor:

Entendemos que a função social é o dever jurídico imposto ao titular do bem móvel e imóvel, de atender às exigências legais e morais, de modo a compatibilizar o uso, gozo e fruição da coisa, respeitando os direitos da coletividade e operando a vontade de socializar os frutos, que podem ser produzidos com a correta utilização do bem da vida. A função é o exercício ou a atividade de um ser dotado ou não de vida. Corresponde ao papel a que deve desempenhar em dado momento ou circunstância quando empreendido para uma finalidade, para alcançar um objetivo, para cumprir o seu conteúdo.¹⁷

¹⁴ É o caso da cláusula de boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil).

¹⁵ MELO, Tarso Menezes de. *Op. cit.*, p. 10. Cumpre registrar que o autor continua, no sentido de que “a submissão legal das garantias particulares ao cumprimento de função social é ainda uma tímida “boa intenção” no confronto com a realidade”

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico. Forense: Rio de Janeiro, 2002. p. 372.*

¹⁷ CARVALHO, Francisco José. *Teoria da Função social do Direito. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 123.*

Segundo José Mário Delaiti de Melo¹⁸:

a função social é um princípio inerente a todo o direito subjetivo. Tradicionalmente, definiu-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para a satisfação de um interesse próprio. Todavia, a evolução social demonstrou que a justificação de um interesse privado muitas vezes é fator de sacrifício de interesses coletivos. Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá legitimidade à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios sociais. Caso contrário, o ato de autonomia privada será considerado inválido.

Por fim, Augusto Geraldo Teizen Júnior:

A função social, lato sensu, consiste na proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos mais fracos na relação contratual, tendo como critério o favorecimento da repartição mais equilibrada da riqueza. É a aplicação, no fundo, do princípio da igualdade substancial. É um preceito constitucional, qual seja, zelar pela liberdade e pela igualdade dos indivíduos. Porém, deve haver uma real e substancial liberdade e uma verdadeira igualdade, compelindo a sociedade a eliminar a miséria, a ignorância, a excessiva desigualdade entre os indivíduos, classes e regiões.¹⁹

Ao tratar da função social dos bens de produção, o eminente jurista Fábio Konder Comparato apreciou o tema da seguinte forma: para ele, função significaria o poder de dar ao objeto da propriedade um determinado destino e de vinculá-lo a certo objetivo, ao passo que o adjetivo social demonstraria a ligação desse objetivo com o coletivo em detrimento do individual, e constituiria um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica, inconfundível com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios, eis que exercido no interesse da coletividade.²⁰

Importante, também, destacar que a função social se acopla a diversos tipos de propriedades que demandam a identificação das obrigações direitos de seus respectivos titulares. A autora Judith Martins-Costa destaca:

a questão é de saber como se estrutura, em diferentes graus, a função social, conforme a função que o direito é chamado a operar e as efetivas utilidades das res para a sociedade, sendo certo que nem a Constituição brasileira nem o novo Código Civil traduzem a distinção, determinando apenas que 'a propriedade (isto é, qualquer propriedade) atenderá à sua função social'. E se toda e qualquer propriedade 'atenderá à sua função social', assim não apenas a propriedade do solo ou a dos bens de produção, mas também a propriedade imaterial e a propriedade da empresa, por exemplo.²¹

É possível, assim, formular a ideia de que a função social amplamente considerada atinge a essência de um direito e modifica seu conteúdo, de forma a legitimar a tutela do ordenamento jurídico e a estabelecer não somente limitações, mas exigências para o seu exercício, uma vez que estipula destinação vinculada ao benefício coletivo. Há verdadeiro dever de, juntamente com o Estado, assegurar os direitos estabelecidos coletivamente como primordiais e de nova hermenêutica em torno das atribuições que devem permear o comportamento jurídico, com o cuidado de que não seja apenas superficial a funcionalização dos direitos.²²

Assim, por exemplo, a empresa e a atividade empresarial existem em interação com a

18 MELO, José Mário Delaiti de Melo. *A função social da propriedade*. Portal âmbito Jurídico, 2013.

19 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

20 COMPARATO, Op. cit., p. 75

21 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 151.

22 Nesse sentido, cumpre registrar importante observação feita por Orlando Gomes: "Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois legitima o lucro, ao configurar a actividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como um exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente." apud MELO, Tarso Menezes de, Op. Cit., p. 47.

sociedade em geral, e os seus interesses legítimos não excluem o dever jurídico de coordenação com os interesses gerais da sociedade. Busca-se o equilíbrio das relações, objetivo para o qual o Direito é o instrumento por excelência. Releva notar, portanto, que, como a função social é imperativa e legitimadora institucional, também ela há de merecer proteção jurídica, até porque é de interesse de toda a sociedade que funcione, a fim de contribuir para o bem-estar geral constitucionalmente preconizado²³.

Constata-se, ainda, que o dogma da autonomia da vontade dos negócios jurídicos sofre certa mitigação, a partir da constatação de que os contratos têm, também, uma dimensão social, uma vez que seus efeitos não se destinam apenas às partes contratantes, mas alcançam toda a sociedade. A função social, nesse cenário, possui um amplo campo de abrangência e deflui de todo o sistema normativo, a fim de coibir contratos que possam ensejar ofensas a valores como a dignidade da pessoa humana ou a interesses metaindividuais. O Código Civil, inclusive, delineia essa transcendência da esfera privada ao dispor em seu artigo 2035 que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A revolução tecnológica em curso e a permanente incorporação de tais inovações no processo produtivo traz consequências às relações sociais e econômicas como um todo. A função social busca, então, articular um razoável equilíbrio entre a valorização do trabalho e a liberdade de iniciativa. No caso da atividade empresarial, por exemplo, pode-se dizer que é integralmente cumprida quando observados os quatro requisitos outrora indicados no estatuto da terra, aqui aplicados à ideia de empresa: fornecer bem-estar ao proprietário (lucro em justa remuneração ao capital investido, bem assim como ao trabalho gerencial e de direção do empreendimento, à expertise utilizada, aos meios tecnológicos e processos de produção); manter níveis satisfatórios de produtividade e competitividade; assegurar a conservação dos recursos naturais e a observação da legislação nas relações de trabalho em curso, ao encontro do mandamento constitucional de valorização do trabalho e da dignidade da pessoa.²⁴

Consoante já advertia o eminente autor Fabio Konder Comparato, nos longínquos idos de 1986, “a harmonização entre os interesses empresariais e o largo interesse da coletividade local, regional ou nacional, só poderá ser alcançado quando a ordem econômica e social estiver fundada no princípio do planejamento democrático.”²⁵

Como se vê, não é tarefa simples estabelecer um conceito de função social. Mais profícuo, talvez, partir de seu conteúdo e de suas bases constitucionais.

BASE CONSTITUCIONAL E PERFIL JURÍDICO.

Partindo-se da premissa de que a Constituição é o instrumento jurídico do pacto político e social que estabelece finalidades e objetivos para a sociedade na etapa histórica respectiva, pode-se dizer que, atualmente, a função social tem estatuto constitucional e dimensão política no sentido de pertencer aos interesses gerais da sociedade como categoria jurídica com importância fundamental para a organização da sociedade, a partir da consciência de que se vive

²³ JUCÁ, Francisco Pedro. *MONSTESCHIO, Horácio. Op. cit.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *COMPARATO, op. cit. p. 78.*

hodiernamente o tempo da interdependência de tudo e de todos.²⁶ Nota-se o caráter prospectivo de tal proposição, estabelecendo a racionalidade que guiará a solução de novas questões.

No primeiro artigo da Constituição Brasileira, no qual estão estabelecidos os fundamentos do Estado e da organização deliberada em sociedade, estão insculpidas as bases: a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros. No artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, vê-se que o inciso XXII é imediatamente seguido pelo inciso XXIII, disciplinando que a propriedade atenderá a sua função social. Vê-se, pois, que a Lei Maior somente tutelar a propriedade, garantindo a sua perpetuidade e exclusividade, quando esta for social.

Não se deve deixar passar despercebida a presença da função social da propriedade no rol de direitos e garantias fundamentais. Aplicadas as lições de Canotilho²⁷, para quem são princípios jurídicos fundamentais “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”, e que se constituem em importante fundamento para interpretação e aplicação do direito, fornecendo diretivas materiais de interpretação das normas, é cabível asseverar que à função social da propriedade foi conferido status de princípio-garantia, com alto grau de generalidade e, também por isso, imenso peso normativo.

Da mesma forma, ao ser abordado o tema no capítulo da Ordem Econômica, gizou-se a valorização do trabalho e da livre iniciativa, inserindo-se previsão expressa da conciliação da atividade empresarial com a sua função social. Novamente nos dizeres de Canotilho, estar-se-ia diante de um princípio politicamente conformador, pois explicita as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, que demarcam as opções políticas nucleares e espelha a ideologia inspiradora da Constituição.

Vê-se, pois, que os elementos caracterizadores e que dão forma à ideia de utilização adequada sempre que alcançado o fim a que se destina, que historicamente tem orientado a construção conceitual de função social, estão claramente explicitados nos dispositivos constitucionais invocados. O direito de propriedade é direito fundamental, mas, não obstante tenha alcançado status de direito inviolável, simultaneamente é vinculado à exigência de atendimento à função social.

E qual, então, a natureza jurídica da função social? A doutrina ainda se debate: princípio, atributo, diretriz ou cláusula-geral?

Celso Ribeiro Bastos preconizava que o termo função social detém um conteúdo que não pode ser definido de maneira estática, porque a ideia de função social é evolutiva e muda conforme muda a estruturação das sociedades²⁸. Também Orlando Gomes manifestou-se sobre a dificuldade de se conceituar tal expressão:

Apesar da imprecisão da expressão função social e, sobretudo da dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem precauções pelos juristas em geral.²⁹

26 JUCÁ, Francisco Pedro. *MONSTESCHIO, Horácio. Op. cit.*

27 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1125-1129

28 BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público, p. 75.*

29 *apud* MELO, Tarso Menezes de, *Op. cit.*, p. 46.

Humberto Ávila, ao propor a sua definição de princípios, diz que são “normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização” e que “seu elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas”³⁰ Segundo o autor, “são normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras, (...) fundamentais e genéricas que demandam complementação.”³¹ Sob este cenário, não se afiguraria equivocada a afirmação no sentido de que a função social seja um princípio do nosso ordenamento jurídico. Tampouco se apresenta, contudo, a melhor opção, porquanto princípios são passíveis de sopesamento e ponderação que podem ensejar até mesmo o seu afastamento, situação que não é a desejada para a função social.

Em alguns casos, todavia, há previsão de consequência específica em caso de inobservância da função social, como quando as propriedades, rurais e urbanas, não a cumprem (situação que pode ensejar a desapropriação). Estar-se-ia, então, diante de um conceito jurídico indeterminado? Antes de mais nada, cumpre perquirir o que seriam tais normas vagas que, segundo Rodrigo Reis Mazzei, dividem-se em duas espécies: a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado³².

A cláusula geral detém conteúdo relativo e o legislador lhe atribui definição ampla e flexível. É o que ocorre, por exemplo, no já referido artigo 422 do Código Civil, em que há a menção à boa-fé sem que seja feita uma definição do que ela representa, porquanto seu sentido advirá da realidade social e do momento histórico de sua aplicação. A respeito, confira-se a posição de Fernando Rey Martinez, para quem:

A função social da propriedade privada é uma cláusula geral, não um conceito jurídico indeterminado, pois, ao contrário, a do vínculo social da propriedade é um conceito intencionalmente indeterminado, podendo orientar os objetivos constitucionais. A determinação da função social com cada tipo de propriedade envolve “uma delicada avaliação do equilíbrio geral do país, que só pode ser feita com responsabilidade por quem, como o legislador, goza das mais amplas possibilidades de avaliação e julgamento.”³³

Ao passo que o conceito jurídico indeterminado, como ensina José Carlos Barbosa Moreira, é utilizado pelo legislador

nas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.³⁴

Destarte, se o ato interpretativo resultar no preenchimento do conceito jurídico indeterminado, a solução erigirá da própria norma legal, que indicará as consequências.

Sobre as definições em exame, há que se buscar socorro no magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

17.Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de

30 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 157.

31 *Op. cit.*, p. 160

32 MAZZEI, Rodrigo Reis. *Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil*. In: ARRUDA ALVIM & ALVIM Thereza (Coord.), *Comentários ao novo código civil brasileiro, parte geral, vol 1*, Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. LXXXII.

33 JUCÁ, Francisco Pedro. MONSTESCHIO, Horácio, *Op. Cit.*

34 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 64.

diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, par. 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. VI, p. 120-121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, par. 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.³⁵

Ora, não se discute que o cumprimento da função social é, como se viu, imperativo constitucional indeclinável. Todavia, quais são os limites ao negócio jurídico celebrado? Caberá ao julgador atribuir os efeitos aos atos praticados em discordância com a referida norma? Pensada a função social sob o prisma do conceito jurídico indeterminado, o labor consistirá em estabelecer o significado da expressão, uma vez que as consequências jurídicas já estariam postas. Por tal razão, considera-se indevida a alocação do termo em estudo sob tal rubrica.

Antonio Rulli Neto, por sua vez, ao tratar da função social dos contratos, a menciona como cláusula geral³⁶. Sobre a determinação de que o juiz atendesse aos fins sociais da lei, contida na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), ressalta o autor:

O dispositivo acena que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ou seja, ao invés de aferrar-se à letra fria do texto, o juiz deve fixar-se claramente no objetivo da lei e da justiça: manter a paz social. Hoje em dia, diante dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais consta a erradicação da pobreza e da marginalização (artigo 3º, III, da Constituição Federal), pode-se dizer que os “fins sociais” a que alude o texto da LICC estão estreitamente vinculados à busca de maior igualdade material entre os cidadãos brasileiros e à modificação do caráter do direito de propriedade (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal), que deixa de ser absoluto e incontrastável para tornar-se, a um só tempo, um instrumento de descentralização econômica (função clássica) e de bem-estar e igualdade social (função moderna).³⁷

Por tudo isso, entende que se trata de verdadeira norma-diretriz, incluída pelo legislador no ambiente constitucional para nortear e dar base ao sistema e sua interpretação.³⁸ Tal proposição vai ao encontro da maioria dos temas correlacionados à função social, uma vez que não se estabelece aprioristicamente o seu conteúdo, na maioria dos casos. Elucidativa é a lição de Judith Martins-Costa:

as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.³⁹

Qualquer que seja a posição adotada, trata-se de noção efetivamente ampla e que ainda padece de dificuldades para a sua concretização, de forma que eventual tentativa de restringir a noção de função social à uma única natureza poderia acarretar outros percalços para seu implemento. Como bem pontua Ana Frazão:

35 NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, 1ª Edição; São Paulo: RT, 2002.

36 RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato [livro eletrônico]*. São Paulo: Saraiva, 2011. Capítulo I, item 1

37 *Ibidem*, Capítulo 1, item 3.

38 *Ibidem*, Capítulo 2, item 5.

39 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

É importante observar que o reconhecimento da noção de função social não foi capaz de resolver, por si só, o problema do exercício de direitos subjetivos, na medida em que a fluidez do conceito ensejou as mais diversas interpretações sobre seu alcance, sobretudo no que toca à criação de deveres positivos, e não apenas a abstenções decorrentes dos direitos. Acrescente-se, também, que o fato de a função social ter sido alçada a princípio jurídico ensejou grande discussão – persistente até os dias de hoje – sobre a possibilidade de os poderes e faculdades que caracterizam os direitos subjetivos coexistirem com deveres positivos em favor da coletividade.⁴⁰

A dificuldade ocorre justamente porquanto, no Estado contemporâneo, a estabilidade institucional e a legitimação política que lhe dá sustentação orienta a sua atuação para controle dos níveis de conflito social e de busca pela redução das desigualdades em todos os sentidos, perseguindo um patamar considerado como minimamente aceitável de status social e econômico, materializado principalmente na capacidade real de consumo e de acesso mínimo a bens e serviços, inclusive identificando tal acesso como mecanismo de inclusão social dos indivíduos, a fim de que também participem das relações sociais como consumidores e como fornecedores de bens e serviços, em cadeia articulada e indissociável, absolutamente interdependente e, portanto, imperativa.⁴¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que a evolução do processo econômico, com a produção em escala de bens e serviços, a massificação do consumo e o progresso tecnológico, são circunstâncias que vêm alterando a realidade e, conseqüentemente, demandam o acompanhamento do ordenamento jurídico, pois, ao mesmo tempo em que predomina excessivo individualismo, contraditoriamente, tudo é relacionado. Nesse diapasão, considerar a função social como cláusula geral certamente abre espaço para a flexibilidade necessária para que o arcabouço jurídico possa acompanhar as mudanças da humanidade.

Há que se pensar um regramento sistêmico à luz do entendimento de que todas as atividades a serem desempenhadas devem se preocupar com a organização racional de recursos, meios, materiais, técnicas, processos e trabalho direcionados à produção, circulação e distribuição de bens e serviços determinados sem descuidar de seu impacto na sociedade, já que todas as atividades humanas existem e acontecem dentro e em relação a ela. O Direito as regula, sempre a partir da observância da realidade, de modo que a noção de função social se refere ao cenário em que se desenvolve a tarefa mais essencial do Direito, qual seja, a organização social, e se revela como um dever de todos em relação a cada um.

Pensar a função social como uma cláusula geral interpretativa ou mesmo como uma diretriz que deve nortear as relações jurídicas em todos os níveis é abrir caminho para conscientizar a sociedade como um todo de que os tempos são de interdependência global e, como tal, todos os atos praticados têm reflexos sobre a sustentabilidade e a manutenção dos pactos sociais necessários à sobrevivência.

⁴⁰ FRASÃO, Ana. *Op. cit.*

⁴¹ JUCÁ, Francisco Pedro. MONSTESCHIO, Horácio, *op.cit.*

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Função Social da Propriedade. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CARVALHO, Francisco José. Teoria da Função social do Direito. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- CHAVES, Marcelo Luiz. Notas sobre o abuso do direito de propriedade: da teoria do abuso de direito ao exercício abusivo do domínio. Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa, V.12 N.02 2020, p. 01/33.
- CHAUÍ, Marilena. Filosofia. São Paulo: Ática, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 63, jul./set. 1986.
- DUGUIT, León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, 2ª edición, Madrid, España, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1920.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. A propriedade e a sua função social, Revista de Direito Agrário, Revista de Direito Agrário, Brasília: Incra, n. 8, 1982.
- FRASÃO, Ana. Função Social da empresa. Tomo Direito Comercial, In Enciclopedia Jurídica da PUCSP, Edição 1, Julho de 2018. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>, acesso em maio de 2022.
- JUCÁ, Francisco Pedro. MONSTESCHIO, Horácio. Empresa: Função social. In Revista Pensamento Jurídico – SP – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____, Judith. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ARRUDA ALVIM & ALVIM Thereza (Coord.), Comentários ao novo código civil brasileiro, parte geral, vol 1, Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. LXXXII.
- MELO, Tarso Menezes de. Direito e existência concreta: a ideologia jurídica e a função social da propriedade rural. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós-graduação strictu sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28112007-085733/pt-br.php>, acessado em março de 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, 1ª. Edição; São Paulo: RT, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RULLI NETO, Antonio. Função Social do Contrato [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão política [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 3,0Mb; PDF.

MELO, José Mário Delaiti de Melo. A função social da propriedade. Portal âmbito Jurídico, 2013. Acesso em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20%C3%A9%20um,satisfa%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20interesse%20pr%C3%B3prio>. Acesso em maio de 2022.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Da adoção legal para adoção à brasileira

Cleiton Pazello Soares

Acadêmico de Direito 10º Período pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Quézia Souza Martins Rozza

Acadêmica de Direito 10º Período pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.20

RESUMO

O presente estudo delimita analisar acerca da adoção legal bem como da adoção à brasileira, destacando os aspectos gerais do instituto, e também do poder de decisão sobre qual modalidade abraçar mediante a investigação da legalidade e ilegalidade de tais práticas. Para tal, constatou-se que a adoção é de suma importância para o Direito Brasileiro, pois é por meio dela que um casal ou uma pessoa, impossibilitado por algum motivo, pode realizar o sonho de ter um filho. Sua natureza parental é conceder um lar às crianças, face ao princípio da dignidade contido na CRFB/88, criando um vínculo de filiação entre pessoas estranhas. Usa-se aliado a isto, a proteção aos direitos da criança e do adolescente e, para tanto, a CRFB/88 descreve os direitos tidos por prioritários. O princípio constitucional relacionado à criança e ao adolescente é o princípio da proteção integral. Segundo a própria CRFB/88 é dever de todos (família, sociedade e Estado) assegurarem os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Por fim, a finalidade primordial da adoção se pauta em oferecer um ambiente familiar favorável à criança e ao adolescente, que, por algum motivo, ficou privado de sua família biológica, atendendo, assim, as suas reais necessidades, dando uma família, onde se sintam protegidos. Nessa esfera, devido a grande burocratização envolvendo as alterações no modus operandi do Cadastro Nacional de Adoção – CNA, os Tribunais superiores têm afirmado o entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor quando nas práticas de adoção à brasileira (condição em que os pais socioafetivos recebem o filho sem a intervenção do Poder Judiciário), uma vez que, em vossas apreciações, não há de forma alguma nenhuma inconstitucionalidade nestas decisões, vez que o parágrafo único, do art. 242, CP/1940 permite a não aplicação da pena e, além do mais, o que importa é o bem-estar do adotado que terá seus direitos mínimos, estipulados pelo Art. 227, da CRFB/88 garantidos.

Palavras-chave: adoção. filhos. ilegalidade. legalidade. práticas. proteção.

ABSTRACT

This study sets out to analyze about legal adoption as well as informal adoption, highlighting the general aspects of the institute, as well as the power of decision on which modality to embrace by investigating the legality and illegality of such practices. For this, it was found that adoption is of great importance for Brazilian law, because it is through it that a couple or a person, unable for some reason, can accomplish the dream of having a child. Its parental nature is to grant children a home, in view of the principle of dignity contained in CRFB/88, creating a bond of affiliation between strangers. It is allied to this, the protection of the rights of children and teenagers, therefore, CRFB/88 describes the rights that have priority. The constitutional principle related to children and teenager is the principle of integral protection. According to CRFB/88 itself, it is the duty of everyone (family, society and State) to ensure the fundamental rights of children and teenagers. Finally, the primary purpose of adoption is to provide a favorable family environment to the child and adolescent, who, for some reason, was deprived of his or her biological Family, meeting their real needs, giving a family, where they feel protected. In this sphere, due to the great bureaucratization involving the operation of the National Registry of Adoption, the Superior Courts have affirmed the understanding that the best interest of the child should prevail in the practices of informal adoption (a condition in which the socio-affective parents receive the child without the intervention of the Judiciary), since, in their appraisals, there is in no way any unconstitutionality in these decisions, since the sole paragraph of art. 242, CP/1940 allows for the non-application of the penalty and, moreover, what matters is the well-being of the adopted who will have his or her minimum rights, stipulated by Art. 227, of the CRFB/88 guaranteed.

Keywords: adoption. children. illegality. legality. practices. protection.

INTRODUÇÃO

O instituto da adoção no Ordenamento Jurídico Brasileiro exerce grande importância nas discussões atuais em razão do caráter parental presente nestas relações jurídicas, pois cria um vínculo de filiação entre pessoas distintas. Ora, é por meio dele que o Estado transfere a tutela de uma criança/adolescente àquele que demonstra interesse e atende aos requisitos legais.

No tocante à Carta Magna, os direitos conferidos em especial à crianças e adolescentes possuem prioridade, dado o interesse na proteção integral desses tutelados. Portanto, há previsão expressa que a responsabilidade na efetivação desses direitos é de caráter coletivo, ou seja, cabe a família, sociedade e Estado garantir sua efetivação.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo geral analisar o instituto da adoção legal no Brasil e explanar a modalidade de adoção a brasileira e seus principais aspectos. Assim, destacam-se como objetivos específicos: a) analisar o instituto da adoção através de seu histórico; b. discorrer acerca das relações jurídicas no processo de adoção legal; c. Explanar especificamente sobre a modalidade de adoção a brasileira e os fatores que a impulsionam e; d. examinar a legalidade nesta modalidade de adoção.

Dito isto, a finalidade primordial da adoção se pauta em oferecer uma atmosfera salubre à criança e ao adolescente, proveniente de um lar em que houve o rompimento do poder familiar. Pois, quando se for constatado a ausência de seus genitores, cabe ao Estado atender provisoriamente suas necessidades básicas, incluindo sua reinserção em um ambiente familiar que perpetuem tais garantias. E, nisto se evidencia a relevância deste tema.

Seguindo esta problemática, a presente pesquisa se limitou a investigar os seguintes questionamentos: Como é o processo formal de adoção no Brasil e por que existem certas formalidades para finalizá-lo, ocasionando demora e insegurança e acabando por corroborar com a adoção ilegal popularmente conhecida como “à brasileira”?

Para responder a indagação levantada, hipoteticamente, utiliza-se o artigo 47 da lei nº 8.069/1990, onde há a comprovação de que a adoção é uma prática legal no Brasil, porém possui diversas exigências, o que ocasiona em um processo moroso que abre margem para a adoção a brasileira.

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

Na primeira seção será realizada uma análise dos principais aspectos históricos da adoção; por conseguinte, será analisado os princípios constitucionais que norteiam todo o procedimento e, por fim, será explanado os principais aspectos da lei nº 8.069/1990 - ECA a respeito do tema proposto. Na segunda seção será apresentado o conceito de relação jurídica no tocante a adoção legal, bem como será abordada a modalidade de adoção à brasileira e os possíveis fatores que levam a prática desta adoção. A terceira seção se pautará na análise da legalidade e ilegalidade nas práticas de adoção, e os critérios para adotar.

Nesse contexto, será destaque na pesquisa o Cadastro Nacional de Adoção – CNA, criado em 2008 pelo CNJ, com o objetivo de auxiliar no processo judicial e acelerar o tempo de espera, colocando o interessado (criança/adolescente) como sujeito principal do processo. Fri-

sa-se que o sistema inicialmente tinha por objetivo a celeridade, porém tornou-se burocrático e moroso, corroborando com a prática da adoção irregular ou adoção a brasileira, o que constitui crime previsto no artigo 242 do Código de Processo Penal, como será abordado posteriormente.

A presente pesquisa utilizou-se do método indutivo, com a abordagem na forma qualitativa, utilizando para catalogar os dados obtidos as técnicas documental e bibliográfica.

DO INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO AO LONGO DOS TEMPOS

A adoção é um instituto antiquíssimo e sua regulamentação surgiu da necessidade em razão das práticas realizadas por um determinado povo. Nesse sentido, destaca Calderón¹:

O instituto da adoção é vetusto, presente nos fragmentos das legislações mais remotas que se tem notícia. A reiteração em todas as eras, evidência o enorme significado de utilidade e importância com que se apresentou ao longo da história.

Inicialmente, aponta Gonçalves² que a adoção surgiu como instituto religioso de garantir o culto aos ancestrais familiares, para que não houvesse a extinção da família. Nesse linear, apenas eram atendidos os interesses do adotante e de seus parentes consanguíneos, e estabelece:

Embora já fosse um ato praticado, mesmo que com outra finalidade, somente teve uma positivação legal com a criação do Código de Hamurabi, considerado como o primeiro ordenamento codificado, datado de 1700 a.C., o qual tratou de maneira expressa acerca do instituto da adoção determinando que seria considerado como filho àquela criança que fosse tratada como tal, que recebesse o nome da família do adotante e que lhe fosse ensinada uma profissão pelo pai adotivo, devendo ser mantida uma relação recíproca entre ambos.

Com o início da Idade Média, Gonçalves³ dispõe que a adoção caiu em desuso em virtude da grande influência exercida pela igreja católica na sociedade, pregando que apenas os filhos de sangue deveriam ser considerados legítimos e merecedores do nome de família.

O Brasil teve introduzida a adoção através das Ordenações Filipinas e da promulgação, em 1828, de uma lei que tratava do assunto com características do direito português. Gonçalves⁴ esclarece que o processo para a adoção era judicializado, devendo ser realizada audiência para a expedição da carta de recebimento do filho. Entretanto, o autor assevera que não havia um ordenamento específico, de modo que se fazia uma junção de normas, buscando-se um referencial possível de ser utilizado.

Outros dispositivos que tratavam do instituto foram surgindo ao longo do tempo, como o Decreto nº 181 de 1890⁵ que instituiu o casamento civil no ordenamento brasileiro, dando ensejo ao Livro do Direito de Família no Código Civil de 1916⁶, o qual passou a disciplinar sistematicamente acerca da adoção, dedicando onze artigos ao tema (368 a 378), os quais tratavam dos requisitos para a realização da adoção, ou seja, o CC/ 1916 considerou a adoção como uma relação jurídica entre adotante e adotado, havendo entre eles apenas um parentesco meramente

1 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 67.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 378.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 379.

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 379-380.

5 BRASIL. Decreto nº 181, de 34 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm#:~:text=Promulga%20a%20lei%20sobre%20o%20casamento%20civil.&text=Art.,ou%20prova%20que%20a%20supra. Acesso em: 05 ago. 2022.

6 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

civil, possuindo como objetivo proporcionar filiação para aqueles que não pudessem ter filhos biológicos.

Nesse sentido, Pereira⁷ destaca que os requisitos para a adoção eram bem semelhantes aos do Código Napoleônico, devendo o adotante contar com mais de 50 anos de idade, não possuir filhos de qualquer natureza, ser pelo menos 18 anos mais velho do que o adotado, em caso de adoção por casal esses deveriam ser legalmente casados, além do que o ato era efetivado por escritura pública.

Com o implemento da Lei nº 3.133/1957, Calderón⁸ salientam eu houve uma alteração na redação de alguns dos artigos atinentes ao assunto presentes no CC/1916, trazendo uma menor rigidez aos requisitos para a adoção, vez que diminuiu a idade do adotante para 30 anos, bem como a diferença de idade entre adotante e adotando para 16 anos.

Outra modificação importante trazida pela referida lei, nos apontamentos de Calderón⁹ foi a desconsideração da necessidade de que o casal adotante não poderia ter filhos para que pudesse adotar, sendo apenas exigido que ficasse comprovada a estabilidade conjugal por no mínimo 5 anos. Ainda, para que se pudesse dissolver a adoção seria necessário um consenso entre adotante e adotado:

Poderia ainda o adotado receber o nome da família, optando por manter ou não os dos pais consanguíneos, fazendo, dessa forma, com que fosse considerado, perante a sociedade, como filho legítimo assim como os filhos naturais.

Já em 1965, Gonçalves¹⁰ salienta que a Lei nº 4.655/1965 introduziu a denominação da legitimação adotiva, pela qual era possível a adoção de menores até sete anos de idade que tivessem destituído o pátrio poder dos seus pais biológicos e que mantivessem uma relação com os pais adotivos por pelo menos 03 anos, considerado como período de adaptação.

Em 1979, com a Lei nº 6.697 Gonçalves¹¹ destaca que foi implementado o Código de Menores, o qual substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, passando o ordenamento jurídico a contemplar três espécies de adoção, sendo a adoção simples àquela que permitia a adoção de menores que se encontravam em situação irregular vivendo em condições desumanas; a adoção plena àquela que atribuía ao filho adotado à condição de legítimo; e a adoção do Código Civil destinada à adoção de pessoas de qualquer idade.

Mudanças foram ocorrendo com o passar do tempo e atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹², em seu artigo 227, § 6º assegura que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Com a criação e a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a partir da Lei nº 8.069/1990, Venosa¹³ salienta que a adoção passou a ter uma nova normatização, determinando a adoção plena para os menores de 18 anos e restringindo a adoção simples

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito Civil: Direito de Família*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.411.

8 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 30.

9 CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 30.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 380.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 380.

12 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

13 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 278.

unicamente aos maiores.

O próprio Código Civil de 2002¹⁴, faz menção da competência do ECA/1990 para reger a adoção de menores.

Finalmente com a instituição da Lei nº 12.010/2009¹⁵ - Lei Nacional da Adoção (Brasil, 2009) todas as adoções passaram a ter regimento único pelo ECA/1990, respeitando algumas ressalvas quanto à adoção de adultos. Tal legislação tem como escopo principal a família, e a adoção vem como objetivo secundário.

No final do ano de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.509/2017¹⁶, que trouxe alterações a diversas legislações quanto ao tema de adoção. Dentre as novidades, destacam-se:

- a) os novos prazos e procedimentos para o trâmite dos processos de adoção, menores do que aqueles previstos anteriormente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);
- b) um procedimento mais simplificado para entrega voluntária de crianças e adolescentes à adoção;
- c) a nova lei também trouxe alterações às legislações trabalhistas, estendendo aos pais adotantes as mesmas garantias que pais biológicos possuem, por exemplo o direito à licença maternidade, intervalos para amamentação da criança adotada durante a jornada do trabalho e estabilidade no emprego durante o período de adoção provisória.

Em razão das constantes transformações ocorridas com o instituto ao longo das décadas, Pereira¹⁷ esclarece que se foi ajustando a legislação ao que melhor aproveitasse ao adotando, passando-se a ser considerada, a adoção, um meio bastante seguro de colocação em famílias substitutas, desde que atendidos determinados requisitos e, conseqüentemente, ocorrida a geração de certos efeitos.

Requisitos para adoção

Acerca dos requisitos para adoção, nas apreciações de Lôbo¹⁸, todas as pessoas civilmente capazes são legítimas para adotar, ou seja, ser maior de 18 anos, de qualquer estado civil.

O ECA/1990¹⁹ estabelece alguns requisitos para a adoção:

Art. 42 - Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º - Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2º - Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º - O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Digiácomo; Digiácomo²⁰ esclarecem que penas os indivíduos com idade igual ou supe-

14 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 02 ago. 2022.

15 BRASIL. Lei Nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em 03 ago. 2022.

16 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 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm. Acesso em 03 ago. 2022.

17 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instruções de Direito Civil: Direito de Família. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.414.

18 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 277.

19 BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

20 DIGIÁCOMO, Murilo José. Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988. Ministério Público do Estado do Paraná MP/PR. Artigo: 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>. Acesso em: 05 ago. 2022.

rior a dezoito anos tem o direito de adotar e que, evidentemente, não se poderia adotar um filho de idade igual ou superior à do adotante. O futuro pai ou mãe tem que ser mais velho para que possa educar de modo apropriado a criança ou adolescente e desempenhar o exercício do pátrio poder.

No caso descrito pelo § 4º, do art. 42, Digiácomo²¹ observam que é adotado o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. É permitido o processo de adoção quando há interesse de ex-companheiros que conviveram com a criança e possuem vínculos de afetividade com a mesma com a finalidade de proteger o melhor interesse do adotando.

Digiácomo²² esclarecem que o tutor ou curador poderão adotar seu tutelado ou curatelado, apenas quando prestarem judicialmente contas de sua administração dos bens do candidato a adotado. O procedimento deverá se dar sob a fiscalização do Ministério Público, e deverá ser feito inventário e solicitação da exoneração domúnus público.

Lôbo²³ salienta, também, que é necessário comprovar em juízo que possuem uma estabilidade familiar, ou seja, uma situação de fato, assegurada na convivência familiar autônoma dos que desejam adotar. Outro requisito disposto na lei é sobre o consentimento dos pais ou dos representantes legais no momento da adoção, entretanto não há necessidade deste consentimento quando os pais são desconhecidos ou destituídos do poder familiar. E se o adotando for maior de 12 anos precisa ouvir se concorda com a adoção, conforme disposto no art. 45, §1 e § 2º, do ECA/1990.

Com isso, Lôbo²⁴ justifica que a lei permite que qualquer pessoa capaz, independente do estado civil pode adotar bastando que comprove que tem 18 anos e que seja pelo menos 16 anos mais velho o adotando e que tenha uma estabilidade na família, ou seja, que possui uma casa e que essa é administrada de uma forma que não vai colocar em risco a responsabilidade assumida pela adoção constituída.

ANÁLISE DA LEGALIDADE E ILEGALIDADE NAS PRÁTICAS DE ADOÇÃO

Em se tratando da proteção aos direitos da criança e do adolescente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 descreve os direitos tidos por prioritários. O princípio constitucional relacionado à criança e ao adolescente é o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Nesse sentido, a presente seção demonstrará a finalidade primordial da adoção, que se pauta em oferecer um ambiente familiar favorável à criança e ao adolescente, que, por algum motivo, ficou privado de sua família biológica, atendendo, assim, as suas reais necessidades, dando uma família, onde se sintam protegidos.

21 DIGIÁCOMO, Murilo José. *Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988. Ministério Público do Estado do Paraná MP/PR. Artigo: 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>. Acesso em: 05 ago. 2022.*

22 DIGIÁCOMO, Murilo José. *Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988. Ministério Público do Estado do Paraná MP/PR. Artigo: 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>. Acesso em: 05 ago. 2022.*

23 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 278.*

24 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 278.*

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO E A MOROSIDADE PARA ADOTAR

Lançado em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é uma ferramenta digital que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos processos de adoção em todo o país.²⁵

Em 2018, ano em que o CNA completou uma década de existência, uma nova versão entrou em funcionamento para facilitar as adoções de nove mil crianças que aguardam por uma família em instituições de acolhimento de todo o país. O novo CNA - que tem como modelo o sistema criado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ-ES) - tem o objetivo de colocar a criança como sujeito principal do processo, para que se permita a busca de uma família para ela, e não o contrário.²⁶

Para tanto, interessante se faz a compreensão de como se dá o seu acesso. Dias²⁷ explica que para entrar com o processo de habilitação para adoção os candidatos devem protocolar uma petição inicial que deverá ser instruída de diversos documentos, quais sejam:

[...] comprovante de renda e de endereço; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível, como dispõe o art. 197 – A, do ECA. Depois disso, os candidatos indicam o perfil da criança que pretendem adotar, o Ministério Público dará o parecer, podendo inclusive pedir audiência para ouvir os postulante e testemunhas. E a inscrição deles está condicionada a um período preparatório psicossocial e jurídico, mediante a frequência obrigatória a programas de preparação psicológica, orientação e estímulo a adoção, conforme art. 197 – C, do ECA.

Após todo esse processo, deferida a habilitação, os postulantes serão inscritos no cadastro nacional de adoção.

Porém, Maciel²⁸ salienta que esse cadastro especial só vai ser consultado quando não houver nenhuma pessoa habilitada no cadastro nacional para adoção com o perfil daquela criança disponível:

Ademais, a alimentação desses cadastros será feita pela autoridade central estatutária, ou seja, o Poder Judiciário, e a responsabilidade vai ficar a cargo do Conselho Nacional de Justiça, conforme dispõe o art. 50, § 9º, do ECA. Depois da pessoa já estar habilitada ela será inscrita no cadastro nacional de adoção, o qual possui uma ordem, e ficará aguardando ser chamada para uma criança e/ou adolescente com aquele perfil escolhido no momento da habilitação. E será entregue também a essa pessoa o certificado que comprova que está habilitada para adotar.

Quando surgir a criança com o perfil que foi escolhido, a pessoa será chamada por ordem de antiguidade para conhecê-la e se houver a empatia entre eles, será iniciado o processo de adoção. Porém, se não houver, será chamado a pessoa seguinte constante no cadastro nacional de adoção.²⁹

O principal problema advém do Poder Judiciário que tenta amenizar e solucionar tais conflitos, visto que a celeridade foi criada com intuito de viabilizar e agilizar o processo. O surgimento de listas de cadastramento de crianças e adolescentes e de pretendentes no processo

25 CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Publicação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 08 ago. 2022.

26 CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Publicação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 08 ago. 2022.

27 DIAS, Maria Berenice. Manual das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 496.

28 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 226-227.

29 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 227.

de adoção, inicialmente foi uma ideia bem-sucedida, contudo desde o surgimento das novas mudanças introduzidas, houve um aumento de crianças nas instituições devido à grande burocratização, ou seja, ao invés de facilitar e ser um instrumento célere, passou a ser um processo moroso.³⁰

Sobre esse tema, Dias³¹ ressalta a triste situação das crianças e adolescentes que sentem na “pele” a burocracia e retarda a possibilidade de serem adotadas em tempo hábil:

A enorme burocracia que cerca adoção faz com que as crianças se tornem ‘inadotáveis’, palavras feias, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém que, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou pais foram destituídos do poder familiar por maus-tratos ou por abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.

A agilidade processual na adoção se tornou um fator negativo, isto é uma, enorme burocracia procedimental e desnecessária que faz o processo ser moroso, tendo que atender requisitos primeiramente para os pretendentes, consistir em habilitados é necessário acompanhamento com assistente social e preencher todos os requisitos processuais, para poder dar prosseguimento e iniciar o processo de adoção, escolher a criança pretendida através de perfis.³²

Dias³³ destaca que culturalmente o Brasil não tem hábito de conscientização e de programas de incentivo à adoção que possa ser trabalhado a curto, médio e longo prazo, para que sejam efetivas. Algumas implicações em torno da adoção são os pretendentes, que na maioria das partes, escolhem as crianças com faixa etária de zero a quatro anos, pois, acreditam que com essa idade podem educar conforme seus padrões, porém é um grande equívoco, pois isso permite que crianças maiores fiquem marginalizadas à espera de um lar. Este é um dos grandes obstáculos na escolha de crianças mais velhas que ficam conhecidas como “não adotáveis” todo esse transtorno procedimental sobre caí sob enfoque do adotado.

A realidade existente é que permanecem inúmeras crianças nas instituições, pois há crianças e adolescentes ainda não cadastradas para o processo de adoção; estes que não estão nas listas são considerados não habitados devido a sua situação, entretanto deve-se os entes estatais acelerar os procedimentos processuais sem interferir na instrumentalidade processual.

ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira é uma modalidade que consiste no ato das pessoas registrarem em seu nome, como se seus filhos fossem, crianças pertencentes a outra família de origem biológica.

Na opinião de Souza³⁴ é de se ressaltar que podem “pais adotivos” serem penalmente responsabilizados, já que o art. 242 do CP reputa como crime “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”, cominando pena de reclusão, de dois a seis anos. É verdade que, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo, “se o crime é praticado por

30 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.505.

31 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.507.

32 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito Civil: Direito de Família*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.123.

33 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 505.

34 SOUZA, HáliaPauliv de Souza. *Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 115.

motivo de reconhecida nobreza”, a pena passa a ser de detenção, de um a dois anos, podendo o Magistrado deixar de aplicá-la.

De forma complementar ao que já foi estudado, Maluf³⁵ alerta para a não observação das exigências legais para tal atribuição de filiação, algumas vezes utilizando-se até mesmo de documentos falsos, seja de maternidades, médicos ou hospitais e enfatiza:

A prática de tal modalidade envolve a execução de um ato ilícito, que fez parte da realidade brasileira há muito tempo. Tem, inclusive, tipificação criminal, podendo implicar em reclusão. Era mais frequente ao longo da história, devido ao número considerável de crianças abandonadas em hospitais, conventos e até mesmo residências; lembrando que este comportamento em muito refletia o efeito social das normas civis de reconhecimento paterno-filiais, que restringiam a filiação e criavam 'classes de filhos', legítimos e ilegítimos.

Maluf³⁶ destaca que, com o princípio da afetividade respaldado constitucionalmente e também expresso no ECA/1990, modificado pela lei nacional de adoção, tem sobreposto o vínculo de afetividade sobre o vínculo biológico nos casos de julgados de adoção à brasileira e esclarece que o vínculo está estabelecido devido a configuração padrão dessa modalidade, que é a presença contínua desde os primeiros momentos de vida da criança, e aprecia:

A jurisprudência vem definindo a manutenção desse elo, considerando como algo irreversível e que se rompido, geraria impactos significativos para a criança; além de que, o registro feito é um ato jurídico que espelha a realidade descrita e se solidifica como uma adoção, que é irrenunciável. Essa modalidade perdeu força devido a abrangência dos conceitos de filiação e direitos pessoais, bem como a própria evolução tecnológica que possibilita identificações e registros rápidos de informações genéticas (ex. DNA), seja para registros civis de nascimento, como para eventuais necessidades futuras para o bem-estar da criança. A recomendação legal direta é que se trata de um ato ilícito e como tal não deve ser praticado.

Nessa esteira, a norma ensina que não se deve tomar como um filho que foi gerado por outro sem o devido processo legal, mas não se pode desconsiderar a realidade quando está envolvida na manutenção de relações de afetividade vividas e evidenciadas.

Diante de tal situação, Souza³⁷ levanta o questionamento acerca dos motivos de tal ato ilegal ser tão comum no Brasil, mesmo havendo legislações específicas para a regularização de tal procedimento, a exemplo da previsão no Código Penal³⁸ de 1940, art. 242: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”, com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão.

O objetivo da adoção nada mais é do que aumentar a família, seja por amor ou simplesmente em razão de querer continuar com a genealogia. Entretanto, Maluf³⁹ ressalta que mesmo existindo amparo jurídico para a consolidação de tal ato, é importante levar em consideração alguns fatores que conduzem a tal prática da adoção ilegal, como o desejo de ter para si um novo membro na família, a sensibilidade em face do abandono infantil que ocorre em nossa sociedade e o afeto com crianças.

Por outro lado, Lobo⁴⁰ observa que nas análises ao Cadastro Nacional da Adoção – CDA,

35 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 595.

36 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 595.

37 SOUZA, HáliaPauliv de Souza. *Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 115.

38 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/del2848.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

39 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

40 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 110

também milhares de crianças ainda estão disponíveis para a adoção, entretanto, os número de possíveis adotantes sempre supera o número de crianças para serem adotadas. Mesmo assim, tanto a morosidade do processo judicial, como exigências dos possíveis pais em relação a criança (raça, cor, idade etc.) acabam por dificultar ainda mais tal procedimento, fazendo com que estes se esgotem e acabem por optar por uma solução mais fácil, uma vez que o desejo de obter uma nova prole é gigantesco.

Entretanto, Maluf⁴¹ observa que a adoção não se trata apenas de um ato isolado de caridade, mas sim, da satisfação de um desejo subjetivo relacionado à maternidade/paternidade. Entretanto, embora existam várias crianças em abrigos, muitas delas deixam de ser adotadas, uma vez que o processo de adoção exige tempo e paciência.

Assim, aqueles que desejam a adoção acabam por optar por um caminho mais fácil, mesmo se tratando de um ato ilegal.

A prática da adoção ilegal na atualidade: análise da adoção à brasileira

Em análise a prática da adoção irregular, Venosa⁴² destaca que é aquela em que há a entrega direta da criança à pessoa interessada em adotar e, nessa esfera, o autor esclarece que a adoção irregular, algumas vezes, é geradora, também da prática denominada pela doutrina e jurisprudência de adoção à brasileira, que refere-se as situações em que os pais socioafetivos, que receberam o filho sem a intervenção do Poder Judiciário, cometem o crime previsto no artigo 242, CP/1940⁴³, registrando como seu o filho de outro.

Essa prática ilegal, ainda nas apreciações de Venosa⁴⁴ é praticada há vários anos em nosso país, não podendo se dizer ao certo quando começou e quantas pessoas ingressaram no seio familiar através desta prática. Entretanto, a adoção à brasileira existe e (in)felizmente ainda existirá enquanto existirem pessoas dispostas a realizar tal procedimento, seja com boas ou más intenções

Gonçalves⁴⁵ destaca que, em geral, aqueles que optam por esta modalidade possuem boas intenções e apenas desejam tornar aquele ser seu filho e, ao mesmo tempo impedir que mais uma criança seja isolada e até mesmo permaneça por anos em um abrigo, sem qualquer expectativa de vida digna. Assim, percebe-se que estas pessoas diferem daquelas que jamais optariam por tal procedimento, por ferir a legislação, sendo classificadas em dois grupos:

As pessoas que realizam a 'adoção à brasileira', podem ser divididas em dois grupamentos distintos do ponto de vista de móvel psicológico para o ato: os que precipitadamente realizam essa colocação indevida por medo de constarem na fila de interessados em adoção. Com eventual demora na chamada por especificação excessiva das características da criança pretendida (geralmente branca, recém-nascida e do sexo feminino), poderia haver o medo de envelhecimento dos interessados, com profundo distanciamento em relação à faixa etária do 'adotado' (quebra da mística de geração natural no seio familiar) ou frustração decorrente de situação não resolvida (mito do tempo perdido, que poderia ser aproveitado com uma criança já inserida na família); os que recorrem à "adoção à brasileira" com apreensão de desaceitação do Poder Judiciário (ou do Ministério Público) em aceitar o perfil dos interessados. Há pessoas que têm insegurança em suas atitudes, imaginando que o juiz de Direito (ou o promotor de Justiça) possa criar dificuldades à colo-

41 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 596.

42 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 49.

43 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/del2848.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

44 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 49.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 19.

cação adotiva com objeções variadas (falta de recursos financeiros, anomalias psíquicas, inadequação para os cuidados de uma criança etc.).

Nessa esteira, Gonçalves⁴⁶ acrescenta que não se trata apenas de um ato egoístico ilegal, mas sim de medo, medo de nunca ter um filho ou de demorar mais do que o normal para tê-lo, fazendo com que várias pessoas optem por vias ilegais para constituir uma família, se importando apenas com o resultado, e não com os meios utilizados e sua (i)legalidade.

Venosa⁴⁷ esclarece, também, que realmente tal conduta é tipificada pelo ordenamento jurídico, entretanto, ao mesmo tempo em que há a tipificação, também há uma excludente prevista no parágrafo único do art. 242, CP/1940⁴⁸: “Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

Ora, a própria legislação exclui a imposição de pena quando o delito é praticado por reconhecida nobreza, ou seja, quando a conduta está revestida de boas intenções, visando uma vida digna para o tutelado. Logo, há a tipificação para se evitar que crianças sejam adotadas com fins maléficis, e ao mesmo tempo, se reconhece que há casos em que o objetivo é garantir a dignidade daquele indivíduo:

Tal conduta configurava o delito insculpido no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei nº 6.898/81 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza.

Nesse sentido, Lôbo⁴⁹ alerta que a dignidade inerente a todos os seres humanos implica que eles sejam tratados como iguais e com respeito, e qualquer ato que possa culminar em sua coisificação viola não só o indivíduo diretamente atingido, mas toda a coletividade que sofrerá as consequências dessa conduta:

Assim, quando uma criança é coisificada e tratada como objeto em uma relação ‘negocial’ entre os pais biológicos e os possíveis adotantes, há uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, cabe ao Poder Judiciário, como representante do Estado e consequentemente dos anseios da sociedade, impedir esse tipo de fraude à legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente e aos direitos individualmente considerados da criança envolvida no conflito.

Assim, o combate à “adoção à brasileira” verifica-se como essencial para que sejam efetivadas condições regulares de desenvolvimento dos adotados, bem como para que não sejam reduzidos a meros objetos. Entretanto, Gonçalves⁵⁰ observa que prevalece o melhor interesse para o menor, pois se este não fosse adotado, teria grandes chances de viver exposto a perigos ou crescer em um abrigo sem chance de ser adotado ou ter uma vida digna.

Os Tribunais superiores mantêm entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor nas práticas de adoção à brasileira, não há de forma alguma nenhuma inconstitu-

46 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 19.

47 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 49.

48 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/del2848.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 53.

50 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6. p. 19.

cionalidade nestas decisões, uma vez que o parágrafo único, do art. 242, CP/1940 permite a não aplicação da pena e, além do mais, o que importa é o bem-estar do adotado, uma vez que este terá seus direitos mínimos estipulados pelo art. 227, da CRFB/88 garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, foi possível observar que o instituto da adoção foi introduzido no Brasil através das Ordenações Filipinas, mas foi com a promulgação da CRFB/88 que princípios como o do melhor interesse da criança e adolescente, proteção integral ao menor, igualdade jurídica entre todos os filhos, livre planejamento familiar, paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana encontraram respaldo, o que desembocou no ECA/90, e posteriormente na Lei nº 12.010/2009 e Lei nº 13.509/17 que determinam os procedimentos para adoção no Brasil.

Visando a desburocratização, foi lançado em 2008 o Cadastro Nacional de Adoção - CNA, como uma ferramenta digital que auxilia os Magistrados na condução dos procedimentos nos processos de adoção. Ocorre que em 2018, objetivando melhorar o sistema, criaram-se listas de cadastramento de crianças e adolescentes e de pretendentes no processo de adoção. Inicialmente foi uma ideia bem-sucedida, contudo posteriormente estas mudanças ocasionaram no aumento de crianças nas instituições devido à grande burocratização. Portanto, ao invés de facilitar e ser um instrumento célere passou a ser um processo moroso.

Neste sentido, foi possível obter o resultado sobre o problema de pesquisa e sua respectiva hipótese, restando a mesma CONFIRMADA, ou seja, a adoção é sim uma prática legal no Brasil, porém é extensa a lista de exigências para que seja concluída e, devido a essas exigências, torna-se mais lento o processo de adoção, de acordo com artigo 47 do ECA e corroborando com a prática da adoção irregular, também denominada pela doutrina e jurisprudência de adoção à brasileira.

Nesse sentido, os Tribunais superiores têm o entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor nas práticas de adoção à brasileira, estando as decisões pautadas na própria CRFB/88, uma vez que o parágrafo único, do artigo 242, CP/1940 permite a não aplicação da pena, pois o que se busca é o bem-estar do adotado, uma vez que este terá seus direitos mínimos estipulados pelo artigo 227, da CRFB/88 garantidos.

Nesse contexto, a presente pesquisa elucidou que os “pais ilegais” optam por um procedimento facilitado por não crerem no sistema oferecido pela legislação, realizando todos os atos à margem da lei, sem se preocuparem com as consequências deste ato, que poderá ser responsabilizado futuramente. No mundo social, esta prática de adoção sequer é conhecida como crime, pelo contrário, acredita-se que a sua realização é um ato nobre, não devendo de forma alguma ser investida de ilegalidade. Porém, legalmente, tal não pode ser chamado de adoção, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo na verdade, uma simulação errônea de filiação.

É evidente que o combate à “adoção à brasileira” se torna essencial para que sejam efetivadas condições regulares de desenvolvimento dos adotados e acompanhamento efetivo do Estado. Entretanto, frisa-se que perante os Tribunais sempre há de prevalecer o melhor inte-

resse para a criança.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto nº 181, de 34 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm#:~:text=Promulga%20a%20lei%20sobre%20o%20casamento%20civil.&text=Art.,ou%20prova%20que%20a%20suppra.

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/del2848.htm.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

BRASIL. Lei Nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Lei Nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm.

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 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Publicação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 08 mai. 2019.

CANAVARROS, Leandro. Exceções à regra da habilitação e cadastramento prévios à adoção. CRK Advogados e Consultores: 2019. Disponível em: <https://crk.adv.br/excecoes-a-regra-da-habilitacao-e-cadastramento-previo-a-adocao/>.

CEMIN, Marta. Guia de Adoção: No jurídico, no Social, no Psicológico e na Família. São Paulo. Roca, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, Murilo José. Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988. Ministério Público do Estado do Paraná MP/PR. Artigo: 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instruções de Direito Civil: Direito de Família. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

A teoria da perda de uma chance aplicada ao erro médico: análise da jurisprudência do TJSC

Bruno Mohammed Zoher Jaffal

Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Cleiton Pazello Soares

Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Quézia Souza Martins Rozza

Graduanda do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Claudia Regina Althoff Figueiredo

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Especialista em Direito Civil pela Universidade de Blumenau - FURB; Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Damásio de Direito – DAMÁSIO EDUCACIONAL; e Graduada em Direito pela Universidade de Blumenau - FURB. Advogada. Professora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Segurança Pública Política Criminal, e no de Advocacia Prática Criminal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; pesquisadora e professora do Curso de graduação em Direito da UNIVALI. Atua na coordenação do grupo de estudos em Jurisprudência Cível do curso de graduação em Direito da UNIVALI, campus Balneário Camboriú-SC

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.21

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consubstancia-se na indagação acerca da responsabilidade do médico relacionado a práticas ilícitas, pela denominada perda de uma chance. A responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever de uma pessoa em reparar prejuízos causados a outrem, quer seja por seus atos ou de terceiros. Já a teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenua determinada perda. Procurando responder os devidos questionamentos, primeiramente é feita uma breve análise acerca do instituto da responsabilidade civil, analisando sua conceituação e espécies. Na sequência, busca-se à responsabilidade civil do médico, que, na qualidade de profissional liberal, em regra será subjetiva. Sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional. No item seguinte, por fim, é tratado da teoria da perda de uma chance aplicada na responsabilidade civil do médico. A este respeito, examina-se os parâmetros aplicados pela doutrina e pela jurisprudência para a definição do quantum devido a título de indenização pela chance perdida. Revela-se, assim, a relevância da presente pesquisa, visto tratar-se de um instituto controverso, tanto em relação à sua natureza jurídica, quanto relacionado à fixação de seu valor. Quanto à Metodologia empregada, se utiliza do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, sem pretensão de se esgotar o tema, e sim, instigar a reflexão para novas pesquisas no âmbito acadêmico.

Palavras-chave: responsabilidade civil. perda de uma chance. erro médico.

ABSTRACT

The objective of the present work is based on the question about the responsibility of the doctor related to illicit practices, for the so-called loss of a chance. Civil liability can be understood as the duty of a person to repair damages caused to others, whether by their acts or by third parties. On the other hand, the theory of loss of a chance is characterized by the liability of the agent who, by action or omission, removes the chance of others to acquire a future advantage or bonus that mitigates a certain loss. Seeking to answer the appropriate questions, firstly, a brief analysis is made about the institute of civil liability, analyzing its conceptualization and species. Subsequently, the doctor's civil liability is sought, which, as a liberal professional, will normally be subjective. Proof of guilt is essential, that is, when there is negligence, malpractice or recklessness on the part of the professional. Finally, the next item deals with the theory of loss of a chance applied to the physician's civil liability. In this regard, the parameters applied by doctrine and jurisprudence for the definition of the quantum due as compensation for the lost chance are examined. Thus, the relevance of the present research is revealed, since it is a controversial institute, both in relation to its legal nature and related to the establishment of its value. As for the methodology used, it uses the inductive method and bibliographic research, without pretending to exhaust the theme, but rather, to instigate reflection for new research in the academic field.

Keywords: civil responsibility. loss of a chance. medical error.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever de uma pessoa em reparar prejuízos causados a outrem, quer seja por seus atos ou de terceiros. Portanto, gera a obrigação de ressarcimento em eventuais prejuízos perpetrados. O objetivo do presente trabalho consubstancia-se em verificar a responsabilidade do profissional da medicina relacionado a práticas ilícitas, pela denominada perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenua determinada perda. Isto é, consiste especificamente em ressarcir a oportunidade que se perdeu e não apenas a vantagem em si. Portanto, a vantagem não pode ser meramente hipotética, cabendo a quem alega comprovar que havia uma possibilidade real e palpável.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico, deve-se esclarecer que nesta seara busca-se o ressarcimento aos casos em que, por ação ou omissão do médico, o paciente é prejudicado com o erro de diagnóstico, tratamento inadequado ou inércia, que por vezes, pode causar mal irreversível e até a morte.

Procurando responder os devidos questionamentos, primeiramente é feita uma abordagem acerca do instituto da responsabilidade civil, analisando sua conceituação e espécies. Na sequência, busca-se à responsabilidade civil do médico, que, na qualidade de profissional liberal, em regra é subjetiva. Sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional.

No item seguinte, por fim, é tratado sobre a teoria da perda de uma chance aplicada na responsabilidade civil do médico. A este respeito, é examinado os parâmetros aplicados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para a caracterização da perda de uma chance.

Revela-se, assim, a relevância da presente pesquisa, pois trata-se de um instituto que suscita diversas divergências, tanto em relação à sua natureza jurídica, quanto relacionado à fixação de seu valor. Isto posto, cumpre apurar a real viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil por erro médico.

Quanto à Metodologia¹ empregada, se utiliza do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, sem pretensão de se esgotar o tema, e sim, instigar a reflexão para novas pesquisas no âmbito acadêmico.

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil consiste em um ordenamento que tem como essência não lesar o outro. Constitui-se na obrigação de reparar o dano gerado a outrem, em virtude de atos intencionais ou não, inclusive, cometidos por terceiro. A inobservância de um dever jurídico configura ilícito, que, na maioria das vezes, provoca prejuízos para outros, criando um dever jurídico que é o de reparação.

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia das Pesquisas Jurídicas: teoria e prática*. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87-91.

Sendo assim, em seu sentido jurídico, relaciona-se com a ideia de desvio de conduta. Consoante Sérgio Cavalieri Filho²:

[...] designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

No Brasil, o sistema normativo jurídico estabelece as regras essenciais para o convívio harmônico em sociedade e garante a reparação de danos, de forma amigável ou judicial. Assim, nota-se que o propósito deste instituto é não prejudicar aquele que segue as regras postas.

Ademais, a responsabilidade civil pode ser dividida em quatro tipos, subdivididos em dois grupos, são eles: razão da culpa e natureza jurídica.

Razão da culpa: responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade subjetiva está associada ao conceito de culpa, seu elementar pressuposto. O Código Civil, em seu artigo 186³, conservou a responsabilização subjetiva como regra geral.

Neste sentido, Pereira⁴ leciona:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Destaca-se, nesta espécie de responsabilidade, que o dever de reparação advém somente da culpa ou dolo do agente, na mesma proporção do ato ilícito cometido, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Consoante Sergio Cavalieri Filho⁵ “[...] pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”

Em relação a responsabilidade civil objetiva, ao contrário do que se observa na modalidade subjetiva, não se exige prova da prática ilícita do agente causador do prejuízo, pois ela está baseada na teoria do risco criado, isto é, o autor da violação cria o dever de indenizar uma vez que desempenha atividade ou causa situações que possam prejudicar terceiros.⁶

Na mesma esteira, corroborando com este entendimento, Carlos Roberto Gonçalves⁷ expõe que “Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.” Ainda, fundamenta-se no artigo 927⁸, parágrafo único do Código Civil.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2014, p. 14.

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em 09 jun. 06 2022. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁶ SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*. Paris. v.1, p. 274.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15. ed. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 59.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

Ademais, no tocante à responsabilidade civil, a prática delituosa poderá ocorrer de uma ação ou omissão, e não obstante, da presença de prejuízo sofrido pela vítima, e o nexo de causalidade. A respeito do nexo causal, apura-se que o Código Civil acolhe a teoria da causalidade direta e imediata, disposto em seu artigo 403⁹. Sendo assim, o fator jurídico elementar é tão somente aquele vinculado diretamente ao dano, sem a intervenção de outra circunstância subsequente.

Natureza jurídica: responsabilidade civil contratual e extracontratual

O pressuposto da obrigação de ressarcimento é um fato jurídico (*lato sensu*). Poderá ser um acontecimento natural (*fato stricto sensu*), um negócio jurídico, enfatizando os contratos, e, atos jurídicos não negociais, tendo como exemplo atos ilícitos, abuso de direito, entre outros.¹⁰

Destarte, sabendo que a responsabilidade poderá decorrer da lei ou de contrato, dispõe Ricardo Pereira Lyra¹¹:

O dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão é pertinente a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Portanto, a responsabilidade civil contratual origina-se de uma norma, ou dever, proveniente de um negócio jurídico unilateral ou bilateral, no qual um sujeito deixa de cumprir o dever legal estipulado, criando um dano ou inadimplemento. Para Maria Helena Diniz¹² “[...] é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação”.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual se dá com a ocorrência de uma lesão sem um contrato anteriormente constituído entre as partes, ou seja, é a ofensa às normas legais ou afronta de um direito, provocando danos a outrem, cabendo ao agente realizar a reparação. Neste diapasão, quando a obrigação de indenizar não está interligado a um contrato, diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual.¹³

Como adverte Aguiar Dias¹⁴, “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é uma.”

Portanto, observado os principais critérios para constatação da responsabilidade civil originária, passa-se à análise da responsabilidade civil do médico.

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.” Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 09/06/2022.

9 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 09/06/2022.

10 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 30.

11 LYRA, Ricardo Pereira. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 149.

13 BACARIM, Maria Cristina de Almeida. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, 2000, p. 85.

14 DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 129.

Da responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil do médico provém, também, da regra geral. Responsabilidade esta que é subjetiva, visto ser indispensável a confirmação de sua culpa. Esta acontece quando um médico, no desempenho da atividade, provoca um prejuízo ao paciente, por ação ou omissão, sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional. Tal responsabilidade fundamenta-se no dispositivo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90¹⁵).

Assim, Décio Policastro¹⁶ ressalta que:

[...] a responsabilidade inicia, quando o médico se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou encontrar a enfermidade. [...] Será contratual quando a prestação dos serviços for verbalmente, por escrito ou tacitamente (subentendido, não expresso formalmente, implícito). Será extracontratual quando, embora sem prévia existência de contrato, um acontecimento imprevisto e grave cause situação de emergência tal, que obrigue o médico intervir para dar assistência de urgência a alguém: desastres, calamidades, vítima de mal súbito, acidente em via pública.

Logo, o médico assume um dever de meio e não de fim, responsabilizando-se a cuidar do enfermo com atenção e diligência adequadas. Para a garantia do cumprimento de tal responsabilidade, o profissional se compromete a seguir rigorosamente os procedimentos técnicos para cada situação. Cumprindo estes requisitos e ainda assim não logrando êxito, o mesmo não deverá ser responsabilizado, pois não há garantias de que os pacientes sejam totalmente curados.¹⁷

Todavia, importante frisar que nos casos de procedimentos estéticos, entende a doutrina que o médico assume a obrigação do que foi proposto, haja vista o pacto anteriormente firmado entre as partes de que o resultado corresponderia às expectativas criadas por quem os procura. Nestes casos, inverte-se o ônus da prova em relação à culpa, cabendo ao profissional esclarecer as circunstâncias de tal fato.

Por fim, incumbe ao médico prestar as informações necessárias aos pacientes sobre procedimentos e serviços prestados, inclusive acerca dos riscos destes. Esta incumbência originária do Código de Defesa do Consumidor, também está prevista no artigo 34 do Código de Ética Médica.¹⁸

Nesse sentido, analisaremos o reconhecimento do erro médico na perspectiva da perda de uma chance, aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO ERRO MÉDICO

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida inicialmente pelo Direito francês no século XIX. Entretanto, o primeiro caso é retratado em 1911 no direito inglês, no qual a autora

15 "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm; Acesso em 09/06/2022.

16 POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-4.

17 CROCE, Delton. *Erro médico e direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

18 "Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal." Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em <<https://www.portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/codigo-de-etica-medica-res-1931-2009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares/>> Acesso em 10/06/2022.

da ação se tratava de finalista em um concurso de beleza, juntamente com outras 49 garotas que disputavam por doze prêmios distintos. Ocorre que a autora foi impedida pelo requerido e organizador do evento de realizar a última prova e, observando que ela possuía ao menos 25% de chance de ganhar um dos prêmios, foi aplicada a referida teoria com a procedência da ação.¹⁹

Posteriormente, em 1964, a França julgou o primeiro caso sobre a perda de uma chance que se referia a responsabilização do médico por erro de diagnóstico, que resultou em tratamento inadequado e invalidez permanente, restando comprovado que a atitude imperita do médico retirou a possibilidade de melhores tratamentos e até a cura do paciente.²⁰

A teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenuie determinada perda, ou seja, consiste especificamente em ressarcir a oportunidade que se perdeu e não apenas a vantagem em si. Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza²¹ conceitua que “a perte d’une chance representa a hipótese em que a conduta de determinado agente faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe gerar um benefício futuro”, configurando-se assim uma evolução jurídica quanto aos ramos da responsabilização civil.

A teoria da perda de uma chance também foi tratada por Sérgio Cavalieri Filho²² em sua obra, sendo conceituada como:

[...] caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda

Nesse íterim, deve-se observar que a aplicabilidade de tal instituto está condicionada a perda de uma chance real, que deverá ser evidenciada, juntamente com a culpa e o nexo de causalidade existente entre a conduta e a oportunidade que se perdeu, conforme afirmação de Sérgio Cavalieri Filho²³:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

Portanto, a vantagem não pode ser meramente hipotética, cabendo a quem alega comprovar que havia uma possibilidade real e palpável.

Ademais, tem-se que o cotejo probatório necessita ser superior a 50%, isto é, a vítima deve comprovar que havia a viabilidade de conseguir o benefício em mais de 50%, sob pena de não se caracterizar a perda de uma chance e por oportuno, ser declarada a improcedência do pedido.²⁴ Pois, conforme demonstrado, o dano constitui-se com a oportunidade suprimida, não

19 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

20 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

21 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 206.

22 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. p. 82.

24 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

sendo possível comprovar com exatidão se a oportunidade seria obtida ou não. Portanto, o quantum indenizatório busca suprimir o prejuízo causado em razão desta perda e não do resultado que possivelmente a vítima obteria com esta oportunidade.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico, deve-se esclarecer que nesta seara busca-se o ressarcimento aos casos em que, por ação ou omissão do médico, o paciente é prejudicado com o erro de diagnóstico, tratamento inadequado ou inércia, que por vezes, pode causar mal irreversível e até a morte.

Todavia, há divergências doutrinárias quanto à aplicação da referida teoria ao erro médico, sendo classificada em alguns casos como modalidade autônoma de dano. Visto que na teoria clássica, conforme demonstrado acima, tem-se como base conceitual para a aplicabilidade a certeza de autoria e a incerteza quanto aos resultados obtidos; já a aplicação ao erro médico, têm-se comprovado a extensão do dano, evidenciado pelo status quo da vítima, entretanto há dúvidas se a atuação do médico foi o fato gerador do dano.

Em razão disso, algumas correntes contrárias à aplicação da perda de uma chance ao erro médico têm seu embasamento na impossibilidade de responsabilização quando há dúvidas sobre o agente causador do dano. No entanto, ao julgar o Recurso Especial nº 1.254.141/PR, a Ministra Nancy Andrighi²⁵ esclarece em seu voto que tal argumento não pode se sustentar, pois:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

Por conseguinte, a Ministra conclui em seu voto:

[...] A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar. (negrito e itálico no original).

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Wilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bitly.com/RXaxAU>. Acesso em: 09 jun. 2022.

Restando evidenciado que a aplicabilidade está condicionada a comprovação de que a ação do médico privou o paciente de uma chance real de tratamento, mesmo que não se possa comprovar que o tratamento correto o curaria ou geraria uma melhora significativa.

Ora, é importante frisar que a atividade exercida pelo médico é de grau completo e, portanto, o profissional deve estar habilitado e fornecer o melhor atendimento. No tocante a responsabilidade civil do médico que pode ensejar o fato que frustrou o ganho, Nelson Grisard²⁶ discorre:

[...] obrigações do médico para com seu paciente são obrigações de meios, de zelo e de prudência, e não resultados. Esta situação caracteriza uma obrigação contratual moral implícita entre paciente e médico. Para demonstrar que não foram cumpridas tais obrigações, o doente deverá provar que houve imprudência ou negligência, e o médico procurará verificar se o paciente cumpriu com sua parte no contrato, ou seja, se acatou suas recomendações e prescrições que levariam ao resultado positivo desejado ou esperado. Na indicação terapêutica, o médico é livre para a escolha do tratamento, decisão a que chega fazendo um balanço entre os riscos e a eficácia das medidas preconizadas.

Dessarte, embora o médico tenha legitimidade e liberalidade para escolher e indicar o melhor tratamento, sua atuação pode e deve sofrer reprimenda, caso comprovado que havia tratamento alternativo que não incidisse no erro cometido.

CRITÉRIOS APLICADOS PELO TJSC PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO

Partindo dos conceitos apresentados anteriormente, esta seção tem por finalidade analisar os critérios utilizados pelo TJSC para aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico. Em razão do espaço e da temática empregada, foi utilizado o critério da atualidade para delimitar a pesquisa no prazo de 01.01.2018 a 01.01.2022, e utilizado as palavras erro médico e perda de uma chance, no qual obteve um resultado de 7 (sete) acórdãos, dentre estes, em quatro julgados foi reconhecida a responsabilidade do médico.

O presente julgado trata-se de responsabilização do médico pediatra que se ausentou do hospital em horário de plantão, estando em lugar incerto e incomunicável. Ocorre que a menor teve um agravamento em seu estado durante a ausência do médico e veio a óbito em razão de uma doença que é a segunda maior causa de óbitos infantis. Nesse sentido, o Tribunal²⁷ entendeu que a responsabilidade do médico foi proporcional a sua conduta, ou seja, a sua participação para o dano foi a falta de auxílio técnico necessário, mesmo que embora o resultado ao final fosse o mesmo, o médico tinha o dever de estar ao lado da paciente para fornecer o melhor tratamento no caso de emergência. Configurando, pois, nexos entre a ação de ausentar-se com a perda da chance de melhor tratamento, mesmo que embora não foi possível comprovar com laudo técnico se houve nexos em sua conduta com o resultado morte.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. MORTE DA FILHA MENOR DOS AUTORES. IMPUTAÇÃO DE DESÍDIA DO PROFISSIONAL. MÉDICO PEDIATRA DE SOBREVISO QUE SE AUSENTOU DO HOSPITAL E SE DIRIGIU PARA LOCAL INCOMUNICÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA FUNDADA NA PROVA PERICIAL ENTÃO PRODUZIDA. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CINDIDO PARA DILIGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL. AVALIAÇÃO DO PERITO SOBRE

26 GRISARD, Nelson. *Manual de orientação ética e disciplinar*. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013, p. 25.

27 SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0000073-72.2001.8.24.0040/SC. Relator: Desembargador Flavio Andre Paz de Brum. Disponível em: <https://bit.ly/3aSnqoZ>. Acesso em 10 jun; 2022.*

O PRONTUÁRIO MÉDICO DA INFANTE. EXPERTISE QUE ISENTOU O RÉU DA RESPONSABILIDADE PELA MORTE DA MENOR. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JULGADOR QUE NÃO ESTÁ ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PROVA DIANTE DE FUNDAMENTAÇÃO PRECISA. CONDUTA DO RÉU QUE CONTRIBUIU NA SÉRIE DE EVENTOS QUE OCASIONOU O ÓBITO DA INFANTE. INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DO PRONTUÁRIO. MÉDICO PLANTONISTA QUE DETERMINOU A CIÊNCIA DO PEDIATRA ASSISTENTE SOBRE O AGRAVAMENTO DO QUADRO DA MENOR. LOCAL INCOMUNICÁVEL. CRIANÇA ACOMETIDA DE MOLÉSTIA CLASSIFICADA À ÉPOCA DOS FATOS COMO SEGUNDA MAIOR CAUSADORA DE ÓBITOS INFANTIS. DADO INSUFICIENTE PARA DETERMINAR AÇÃO DILIGENTE DO RÉU. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **VÍNCULO DA CONDUTA NEGLIGENTE DO RÉU COM O CURSO CAUSAL E NÃO COM O RESULTADO VERIFICADO. NAS HIPÓTESES EM QUE SE DISCUTE ERRO MÉDICO, A INCERTEZA NÃO ESTÁ NO DANO EXPERIMENTADO, NOTADAMENTE NAS SITUAÇÕES EM QUE A VÍTIMA VEM A ÓBITO. A INCERTEZA ESTÁ NA PARTICIPAÇÃO DO MÉDICO NESSE RESULTADO, À MEDIDA QUE, EM PRINCÍPIO, O DANO É CAUSADO POR FORÇA DA DOENÇA, E NÃO PELA FALHA DE TRATAMENTO [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** (grifou-se)

Ao julgar apelação dos autos 0305946-06.2016.8.24.0023²⁸, a corte deixa claro que a comprovação do nexos causal e a responsabilidade médica em razão de erro que provocou sofrimento do feto, foram evidenciados na integralidade através de perícia, conforme ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, MATERIAL E PERDA DE UMA CHANCE. ERRO MÉDICO. GESTANTE QUE, NOS PRIMEIROS SINAIS DE TRABALHO DE PARTO, DIRIGIU-SE À MATERNIDADE CONVENIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LONGA ESPERA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CESARIANA. SOFRIMENTO FETAL POR ASPIRAÇÃO DO LÍQUIDO AMNIÓTICO. AUSÊNCIA DE MONITORAMENTO DOS BATIMENTOS CARDÍACOS E DE REALIZAÇÃO DE AMNIOSCOPIA. NATIMORTO. PERÍCIA QUE ATESTOU A IRREGULARIDADE DA CONDUTA MÉDICA. NEXO CAUSAL DEVIDAMENTE COMPROVADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. APELO DO RÉU. 1) AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INOCORRÊNCIA. PERITO QUE ATESTOU QUE “DEMORA ENTRE O PRIMEIRO ATENDIMENTO E A REALIZAÇÃO DO PARTO PODE SER CONSIDERADA CAUSADORA OU FATO AGRAVANTE PARA A OCORRÊNCIA DA MORTE DA CRIANÇA”. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AMNIOSCOPIA, “EXAME ROTINEIRO E QUE FAZ PARTE DA BOA PRÁTICA OBSTÉTRICA, ESPECIALMENTE NO CASO EM QUESTÃO”. NEXO DEVIDAMENTE COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. 2) MINORAÇÃO DO QUANTUM. DESCABIMENTO. INDENIZAÇÃO FIXADA DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO IMENSO ABALO PSICOLÓGICO SUPORTADO PELOS AUTORES. PRECEDENTES DESTA CORTE. 3) CONSECUTÓRIOS LEGAIS DEVIDAMENTE FIXADOS. CORREÇÃO DESNECESSÁRIA. 4) PRETENSÃO DE REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. ENUNCIADO N. 326 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO DESPROVIDO.

Por oportuno, deve-se frisar que a perda de uma chance restou evidenciada em razão da conduta ilícita de não fornecer o pronto atendimento quando a gestante se direcionou já em trabalho de parto, também pode-se constatar que ao realizar a cirurgia, o profissional deixou de acompanhar os batimentos cardíacos e de realizar exame de amnioscopia, o que é caracteriza uma irregularidade procedimental. Tais condutas foram consideradas determinantes para o óbito do feto.

Importante ressaltar que o dano se refere a prestação irregular ou falha por parte do médico, não sendo tão relevante o resultado. Ora, poderia acontecer do feto nascer com vida, entretanto, restou comprovado que a atitude irregular do médico provou diversos eventos que retiraram da gestante a chance de receber um atendimento cirúrgico adequado e até de receber seu feto com vida e saudável. Podendo afirmar ainda, através do parecer técnico, que o profis-

28 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0305946-06.2016.8.24.0023/SC. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39j0grL>. Acesso em: 10 jun; 2022.

sional chegou a contribuir para a condição natimorto.

Ao realizar a consulta jurisprudencial no site de domínio do TJSC com o tema que está sendo abordado no presente trabalho, um dos resultados se refere a recurso de apelação relacionado ao processo nº 0003892-55.2008.8.24.0045²⁹, proveniente de Palhoça-SC, no qual havia incidência do código de Processo Civil de 1973. Ao realizar o julgamento, o magistrado da instância inicial condenou o réu, em razão de óbito por erro médico, a danos morais e perda de uma chance. Entretanto, tal sentença restou anulada em razão do julgamento extra petita, pois não fora requerida na inicial pelo autor.

Apelação cível nº 0009027-02.1999.8.24.0033³⁰, resultou em dois julgados, no presente caso ocorreu que o paciente sofreu um acidente de trânsito no qual lesionou seu membro inferior esquerdo. Foi encaminhado ao primeiro hospital que realizou o curativo e deixou resíduos de corpo estranho dentro do curativo. Posteriormente o paciente foi encaminhado para um segundo hospital que não abriu o curativo e realizou o acompanhamento do quadro do paciente com medicamentos, ao notar que o quadro clínico se agravava, foi encaminhada para cirurgia e submetido a amputação no membro. O autor requereu a condenação de ambos os hospitais, em especial o segundo hospital por perda de uma chance.

No referido acórdão não restou evidenciado os requisitos básicos da responsabilidade civil clássica, quanto mais a responsabilidade pela perda de uma chance atrelado ao erro médico, eis que as provas apresentadas foram insuficientes para relacionar a conduta com o dano e para comprovar que houve negligência no atendimento prestado pelo segundo hospital.

O julgado³¹ a seguir trata-se de perda de uma chance evidenciada pelo erro médico em razão de que a paciente acometida por tumor grave, recebeu laudo repleto de contradições e que por fim, informava ser tumor benigno. Entretanto, a paciente apresentava uma massa irregular na região pélvica e fortes dores. Ocorre que o médico responsável ao verificar o laudo não se atentou às contradições e sintomas visíveis, em razão disso, a paciente ficou sem tratamento por seis meses, conforme enunciado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS MOVIDA CONTRA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS E MÉDICO ASSISTENTE. AUTORAACOMETIDA POR TUMOR DE OVÁRIO (TERATOMA). DIAGNÓSTICO INICIAL DE TUMOR BENIGNO. RESULTADO INCORRETO. RETARDO NO TRATAMENTO DA MOLÉSTIA. FALECIMENTO NO CURSO DO PROCESSO. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS SUCESSORES DA AUTORA. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO. ANÁLISE DO MATERIAL RETIRADO DO CORPO DA PACIENTE. CONCLUSÃO DE TUMOR BENIGNO COM POSSIBILIDADE DE EVOLUÇÃO PARA MALIGNO. REANÁLISE POSTERIOR DO MESMO MATERIAL POR LABORATÓRIO DIVERSO. SEGUNDO EXAME QUE IDENTIFICOU TUMOR MALIGNO COM AGRESSIVIDADE EM GRAU MÁXIMO. PERÍCIA JUDICIAL QUE APONTA CONTRADIÇÕES E INCORREÇÕES CIENTÍFICAS NO LAUDO FORNECIDO PELO RÉU. UTILIZAÇÃO DE TÉCNICA DEFICIENTE. ATO ILÍCITO VERIFICADO. DANO CONSUBSTANCIADO NO RETARDO DO DIAGNÓSTICO CORRETO, COM CONSEQUENTE DEMORA NA PRESCRIÇÃO DO TRATAMENTO ADEQUADO (QUIMIOTERAPIA). CONSIDERÁVEL REDUÇÃO DA

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003892-55.2008.8.24.0045/SC. Relator: Desembargador Paulo Vilson Fontana. Florianópolis, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3QeyRYu>. Acesso em: 11 jun; 2022.

30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0009027-02.1999.8.24.0033/SC. Relator: Desembargadora Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aXIPgU>. Acesso em: 11 jun; 2022

31 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003327-84.2004.8.24.0125/SC. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NRpV9R>. Acesso em: 12 jun; 2022.

PROBABILIDADE DE SOBREVIDA. PERDA DE UMA CHANCE. ADEMAIS, SUJEIÇÃO DA PACIENTE A DOR INTENSA E SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO ATÉ A ELUCIDAÇÃO DO EQUÍVOCO. NEXO DE CAUSALIDADE ATESTADO PELA PROVA PERICIAL. PACIENTE QUE POR MESES PADECEU DE MOLÉSTIA GRAVE SEM TRATAMENTO ADEQUADO, A QUAL LEVOU A PACIENTE A ÓBITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, CAPUT, DO CDC). DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO ASSISTENTE. PROFISSIONAL QUE, MESMO MUNIDO DE LAUDO HISTOPATOLÓGICO EIVADO DE ERRO E CONTRADIÇÕES, DEIXOU DE PROCEDER NOVA INVESTIGAÇÃO. PROFISSIONAL QUE TINHA À SUA DISPOSIÇÃO, AINDA, OUTROS ELEMENTOS A PONDERAR ANTES DE DESCONSIDERAR A POSSIBILIDADE DE TUMOR MALIGNO. PERÍCIA JUDICIAL QUE RECONHECE QUE FORAM IGNORADAS AS DIRETRIZES DE ABORDAGEM DE PACIENTE COM MASSA PÉLVICA. RECLAMAÇÃO CONSTANTE DA AUTORA DE DORES INTENSAS. ADMINISTRAÇÃO DE MORFINA. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO COM EXAMES MAIS SENSÍVEIS NÃO OBSERVADA. SINTOMAS APRESENTADOS QUE EXIGIAM CONDUTA DIVERSA. NÃO ENCAMINHAMENTO A PROFISSIONAL ESPECIALISTA NA ÁREA DE ONCOLOGIA. FALHA NO DEVER DE USO DA MELHOR TÉCNICA DISPONÍVEL. ATO ILÍCITO IMBUÍDO DE CULPA NA MODALIDADE NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADO. CONDUTA QUE SE SOMOU À DO CORRÉU NA PRODUÇÃO DOS DANOS VERIFICADOS. PRESENÇA DE NEXO CAUSAL. SOLIDARIEDADE. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DE GASTOS COM TRATAMENTO DE SAÚDE. DESPESAS COM CONSULTAS MÉDICAS, EXAMES LABORATORIAIS E PLANO DE SAÚDE QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO SÃO INDENIZÁVEIS. PACIENTE QUE, AO SE CONSULTAR COM O MÉDICO ASSISTENTE PELA PRIMEIRA VEZ, JÁ SE ENCONTRAVA ENFERMA. DESPESAS COM TRATAMENTO QUE, INDEPENDENTEMENTE DA CONDUTA DOS REQUERIDOS, TERIAM QUE SER REALIZADAS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE NESSE PONTO. RESSARCIMENTO INVIÁVEL. DANOS MORAIS. OFENSAS À PERSONALIDADE DA PACIENTE. PERDA DE CHANCE DE MAIOR SOBREVIDA E SUBMISSÃO A SOFRIMENTO (DOR) DESNECESSÁRIO. JUÍZO DE PROBABILIDADE.

Ora, restou claro que houve nexo entre a conduta do profissional e o resultado perda de uma chance, estando evidenciado o dano pelo prazo de seis meses sem receber um tratamento adequado, o que inclusive resultou na morte da paciente.

Outro recurso analisado se relaciona ao processo 0002129-07.2009.8.24.0070³², em razão de que um paciente menor foi encaminhado pelos pais ao médico por três vezes apresentando sintomas de meningite. Em razão disso, o médico forneceu medicamentos para enjoo e febre, o que posteriormente comprovou ser responsável pela piora no quadro. Em razão disso, o profissional foi condenado em 50% em razão de evidenciado nexo causal entre sua conduta e a perda de melhora que o menor sofre, que inclusive veio a óbito posteriormente.

Portanto, é possível perceber que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina faz uma aplicação da perda de uma chance com a devida observância dos aspectos gerais da responsabilização civil médica, de modo que analisa também os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, especialmente o nexo causal e a existência de culpa na conduta do profissional da saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance utiliza como critérios essenciais os aspectos indispensáveis para a responsabilidade. Nesse sentido, embora algumas correntes o conceituem como uma classe autônoma de dano, as bases dessa teoria remem o prévio conhecimento da responsabilidade civil clássica.

³² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0002129-07.2009.8.24.0070/SC. Relator: Desembargador Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mHy1Gk>. Acesso em: 12 jun; 2022.

Por oportuno, pode-se concluir que a atividade desenvolvida pelo médico, por ser em regra uma obrigação de meio, não cabe imputar-lhe a cura do paciente, mas apenas fornecer os melhores tratamentos e diagnóstico certo, em observância que este presta um serviço essencial e técnico, no qual a inobservância de uma regra ou pode acarretar prejuízos irreversíveis ao paciente. Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance busca ressarcir o prejuízo causado ao paciente e aos seus entes, quando proveniente de atitude ilícita do médico.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo TJSC, os julgados têm como base os preceitos estabelecidos pelo STJ, no qual remetem a observância dos critérios da responsabilidade civil clássica, enquanto gênero. Já nas especificidades, todos os julgados analisados apresentaram laudo técnico para comprovar o nexo causal entre a atitude do médico e o resultado, para constatar se a perda da chance contribuiu, mesmo que indireta, para o evento danoso. Nisso, fixa-se o quantum indenizatório com base na proporcionalidade.

Nesse aspecto, cabe ao julgador verificar a especificidade de cada caso, eis que o dano final está evidenciado, entretanto faz-se necessário a presença de uma chance real que a vítima perdeu em razão da atitude do médico, o que vale ressaltar, é difícil em razão dos riscos que esta atividade profissional possui.

REFERÊNCIAS

BACARIM, Maria Cristina de Almeida. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual. Revista de Direito do Consumidor, n. 33, 2000.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 09/06/2022.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/codigo-de-etica-medica-res-1931-2009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Wilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bityli.com/RXaxAU>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em 09/06/2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CROCE, Delton. Erro médico e direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Aguiar. Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 7.

GOMES, Orlando. Obrigações. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- GRISARD, Nelson. Manual de orientação ética e disciplinar. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LYRA, Ricardo Pereira. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia das Pesquisas Jurídicas: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87-91.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- POLICASTRO, Décio. Erro médico e suas consequências jurídicas. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SANTA CATARINA L. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0002129-07.2009.8.24.0070/SC. Relator: Desembargador Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mHy1Gk>. Acesso em: 12 jun; 2022.
- SANTA CATARINA Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0305946-06.2016.8.24.0023/SC. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39j0grL>. Acesso em: 10 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0000073-72.2001.8.24.0040/SC. Relator: Desembargador Flavio Andre Paz de Brum. Disponível em: <https://bit.ly/3aSnqoZ>. Acesso em 10 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003892-55.2008.8.24.0045/SC. Relator: Desembargador Paulo Wilson Fontana. Florianópolis, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3QeyRYu>. Acesso em: 11 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0009027-02.1999.8.24.0033/SC. Relator: Desembargadora Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aXIPgU>. Acesso em: 11 jun; 2022
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003327-84.2004.8.24.0125/SC. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NRpV9R>. Acesso em: 12 jun; 2022.
- SAVATIER. Traité de la responsabilité civile. Paris. v. 1.
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2012.
- SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. Rio de Janeiro: Renovar. 2015.

A importância da legislação nacional na proteção dos conhecimentos tradicionais e na preservação da biodiversidade brasileira

**The importance of national legislation
in the protection of traditional
knowledge and in the preservation of
brazilian biodiversity**

Amanda Moreira de Carvalho

Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP)

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.22

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar o impacto da legislação internacional e, principalmente, nacional na preservação dos conhecimentos tradicionais e na diversidade biológica. A primeira parte do artigo será destinada a conceituar conhecimentos tradicionais. Para tanto, será necessário explorar o que são os povos tradicionais, quem são estes povos, por quem eles são representados e sua importância para a preservação da biodiversidade brasileira. Em um segundo momento serão exploradas as legislações que tratam da preservação destes conhecimentos tradicionais. Será demonstrado que apesar do tema ser relevante há alguns anos no cenário legislativo internacional, no cenário nacional é um tema recente. Um enfoque maior será empregado para tratar da Lei 13.123/2015 que está em vigor e é a legislação nacional mais completa quando o assunto é preservação da biodiversidade e repartição de benefícios. Ao final, esforços serão dedicados para responder se a legislação existente é competente e suficiente para preservação desses conhecimentos.

Palavras-chave: comunidades tradicionais. preservação da biodiversidade. Lei 13.123/2015.

ABSTRACT

This study aims to analyze the impact of international and, mainly, national legislation on the preservation of traditional knowledge and biological diversity. The first part of the article will be aimed at conceptualizing traditional knowledge. Therefore, it will be necessary to explore what traditional peoples are, who these people are, by whom they are represented and their importance for the preservation of Brazilian biodiversity. In a second moment, the laws that deal with the preservation of this traditional knowledge will be explored. It will be shown that despite the theme being relevant for some years in the international legislative scenario, in the national scenario it is a recent theme. A greater focus will be used to deal with Law 13.123/2015, which is in force and is the most complete national legislation when it comes to biodiversity preservation and benefit sharing. In the end, efforts will be dedicated to answering whether the existing legislation is competent and sufficient to preserve this knowledge.

Keywords: ditetragonal communities. biodiversity preservation. Law 13.123/2015.

INTRODUÇÃO

Não é segredo que o Brasil é um dos países com a maior biodiversidade do planeta terra. Dados apontam que em território nacional há mais de 116.000 espécies de animais e mais de 46.000 espécies de vegetais catalogadas (VIVEN, 2022, sem numeração).

Essa diversidade se dá em grande parte devido ao Brasil ter em sua composição seus biomas terrestres e três ecossistemas marinhos. Essa diversidade favorece a proliferação das mais diversas espécies em um único país. Todos esses fatores contribuem para que cerca de 20% de todas as espécies do mundo sejam encontradas neste país (ADIERS, 20?).

Toda essa riqueza há muitos séculos é fonte de preocupação de diversas comunidades tradicionais que, a partir de conhecimentos seculares, preservam e fazem dessa biodiversidade

sua fonte de renda e subsistência.

Apesar desse nobre papel, essas comunidades são muitas vezes ignoradas e a falta de proteção dessas comunidades implica diretamente na falta de proteção à biodiversidade que protegem.

COMUNIDADES TRADICIONAIS: AS GUARDIÃS SECULARES DA BIODIVERSIDADE BRASILEIRA

Povos e comunidades tradicionais são definidos como:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007, não paginado).

De forma menos técnica, pode-se afirmar que os conhecimentos tradicionais ou saberes tradicionais são aqueles que foram criados, gerados, transmitidos e preservados por comunidades tradicionais de forma autônoma, ou seja, não relacionada ao saber científico moderno, que é o que adquirimos em universidades.

Esses conhecimentos, em regra, são advindos de observação da natureza. As mencionadas comunidades observam os fenômenos naturais, psicológicos e internos inerentes ao seu modo de viver e vão repassando essas observações de geração em geração. Em regra, a forma de transmitir esse conhecimento é oral.

Conhecimento tradicional é o conhecimento intergeracional dos povos amazônicos, transmitido oralmente e relacionados, diretamente, aos seus aspectos culturais, folclore, uso e manejo dos recursos naturais importantes tanto para a conservação da diversidade biológica amazônica, quanto para o seu uso sustentável (MATHEUS, 2019, p. 99)

São exemplos de conhecimentos tradicionais o conhecimento sobre plantas medicinais, o manejo destas plantas, técnicas de caça, de pesca, modos de navegação entre outro.

No Brasil cerca de 650 mil pessoas se consideram pertencentes à essas comunidades e dentre as 29 comunidades tradicionais catalogadas estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades tradicionais de matriz africana ou de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, os pescadores artesanais, os pomeranos, entre outros (PAULO, 2019, não paginado).

AS LEGISLAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS QUE BUSCAM PROTEGER OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Quando se entende o que são os conhecimentos tradicionais e quem são os povos que guardam esses conhecimentos, percebe-se a importância de protegê-los.

Como já explorado, o Brasil é um dos países com a maior diversidade biológica do mundo, contando com milhares de espécies de fauna, flora e microrganismos. Todos esses elementos fazem parte do denominado “patrimônio genético brasileiro” e os conhecimentos sobre como manejar esses elementos origina-se nos conhecimentos tradicionais. Está é a importância de proteger esses conhecimentos.

A Constituição Federal, ainda que de forma tímida e reduzida, trata das Comunidades Tradicionais. O art. 215 da Carta Republicana aponta como dever do Estado a proteção das manifestações culturais dessas comunidades:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura V valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988, não paginado)

Em seu artigo 216, por sua vez, a Constituição define o que constitui patrimônio cultural brasileiro e, dentre outros, cita grupos que manifestam formas de expressão, criar, fazer e viver próprias:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. (BRASIL, 1988, não paginado)

Ainda em âmbito nacional, tem-se a lei nº 13.123 de 2015. Esta lei tem suas origens na ECO 92, uma convenção que ocorreu em 1992 no Rio de Janeiro e que buscou traçar um plano que traçasse ações relacionadas a pobreza, miséria, consumo, recursos naturais e sua gestão e o cumprimento dos Direitos Humanos.

Dentre muitos frutos dessa conferência, surgiu a Convenção da Diversidade Biológica. Esta convenção entra em vigor no ano de 1993 e conta com três objetivos principais: a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do uso dos recursos genéticos (CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, 1992, p. 5).

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CBD), assinada no período da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992, apresenta a necessidade de se observar um valor intrínseco da biodiversidade, sua relevância para a evolução e manutenção dos sistemas essenciais para a vida e a preservação, a prevenção e a redução da perda da diversidade biológica. (MARTINS, 2017, p. 367)

Com entrada em vigor desta convenção, o esperado era quem uma legislação nacional logo surgisse atendendo aos preceitos da Convenção ao qual o Brasil foi signatário. Ao contrário das expectativas criadas, não houve de imediato uma preocupação dos poderes competentes

para a produção deste texto legal.

A situação começa a mudar quando no ano de 2000 a imprensa nacional começa a divulgar um acordo de cooperação técnica entre o órgão Bioamazonia e a empresa suíça Novartis. Neste acordo a empresa suíça teria uma disponibilidade de 10 anos para atuar em território nacional realizando bioprospecção para produção e comercialização de produtos fármacos oriundos de plantas e microrganismos da Amazonia legal.

No mencionado acordo, em um primeiro momento, haveria destinação dos lucros, caso ocorressem, para o Brasil. Essa destinação, contudo, seria por um período determinado ao passo que a empresa farmacêutica poderia, passado esse período, colher para sempre e de forma integral os lucros oriundos dos fármacos advindos da exploração nacional.

A mídia então começou a veicular matérias apontando os possíveis impactos negativos deste acordo para o Brasil. Toda essa pressão acabou gerando uma aceleração na aprovação de projetos sobre preservação da biodiversidade brasileira que estavam engavetados. Em 2001 surge, então, a Medida Provisória 2.186-16/2001 regulamentada pelos decretos 3.945/2001 e 4.946/2003.

Em linhas gerais essa Medida Provisória tratava do acesso à componente do patrimônio genético; acesso aos conhecimentos tradicionais associados e sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos desses patrimônios:

Art.1º Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos: I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção; II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes; III - à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e IV - ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica. (BRASIL, 2001, não paginado)

Apesar de necessária a regulamentação das questões de diversidade biológica por meio de algum instrumento legal, a mencionada medida provisória causou confusão na comunidade científica. Seu texto era dotado de conceitos confusos e muitos profissionais atuantes na área desconheciam sua existência e a ignoravam.

Em 2015 surge então a Lei nº 13.123/2015. Esta lei representa uma resposta ao que se esperava desde a assinatura da Convenção da Diversidade Biológica. Entre outras matérias, a lei trata sobre pesquisa, desenvolvimento tecnológico e exploração econômica de patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. Especificamente sobre conhecimento tradicional, a lei conceitua em seu art. 2º como “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético”. (BRASIL, 2015, não paginado)

Pelo art. 8º desta lei, também se assegurava a proteção aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita. (BRASIL, 2015, não paginado)

Ademais, a lei estabelecia como direito das comunidades tradicionais a participação nas tomadas de decisões, no âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao

uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País. Além disso, foi convencionado que para alcançar o conhecimento tradicional associado de origem identificável, haveria necessidade de obtenção de consentimento prévio informado que poderia ocorrer por meio de assinatura de termo, registro audiovisual, parecer de órgão competente ou adesão de protocolo comunitário.

Os conhecimentos tradicionais de origem não identificável, ou seja, aqueles “em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”, por sua vez, não careciam de consentimento. (BRASIL, 2015, não paginado)

A lei prevê também o que convencionou-se chamar de “repartição de benefícios”, ou seja, toda vez que houver algum tipo de benefício oriundo da exploração econômica de produto que seja resultado da exploração desse conhecimento tradicional, deverá haver repartição de forma justa e equitativa deles. Nos termos dos artigos 19 e 20 essa repartição poderá ser monetária ou não monetária. Quando for monetária, será devida uma parcela de 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, podendo esse número cair até 0,1 % em caso de acordo entre as partes envolvidas. Quando a repartição for não monetária, ou seja, através, por exemplo, de projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção destes conhecimentos, a repartição de benefícios deverá ser equivalente a 75% do previsto para a modalidade monetária.

Além da referida lei, há de se mencionar como legislação internacional importante o protocolo de Nagoya. Este protocolo entrou em vigor em outubro de 2014 e trata de acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização à Convenção sobre Diversidade Biológica, implementando o art. 15 da Convenção da Diversidade Biológica.

Apesar do Brasil ter papel fundamental nos debates para criação deste protocolo, o mesmo só foi ratificado em 2021 através de carta de ratificação enviada à ONU. Dentre os pontos mais relevantes deste protocolo então o de reconhecer que os países têm soberania sobre os recursos genéticos existentes em seu território, podendo-se exigir uma participação dos benefícios decorrentes de sua utilização pelos interessados, o de estabelecer que os lucros de produção e a venda de produtos elaborados com recursos genéticos serão obrigatoriamente compartilhados com o país de origem e o de obrigar os países que aderiram o protocolo a proporcionar segurança jurídica, clareza e transparência em sua legislação ou seus regulamentos nacionais de acesso e repartição de benefícios (UNITED NATIONS, 2011, p. 4 – 25).

Para o Brasil foi importante ratificar este protocolo pelo fato de que com essa ratificação será possível participar das reuniões na Organização das Nações Unidas com direito, inclusive, a voto. Como já explorado, o Brasil é dono de 20% da biodiversidade mundial, poder votar temas relacionados à biodiversidade é essencial para preservação do patrimônio genético brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível concluir, o Brasil guarda em seu território riqueza de valor inestimável: sua biodiversidade. Esta, por sua vez, há séculos é cuidada e explorada por comunidades tradi-

cionais que passam de geração em geração seu conhecimento sobre como manejar tal riqueza.

Apesar dos esforços das comunidades de defensores do meio ambiente, as legislações que protegem essas comunidades são recentes e ainda apresentam falhas. Percebe-se que atualmente a maior referência no que diz respeito à preservação dos conhecimentos tradicionais é a lei 13.123/2015.

A despeito da nobre intenção do legislador a construção dessa lei é problemática. De sua leitura podemos conceber que há uma facilitação no acesso aos conhecimentos tradicionais ao passo que o acesso à repartição dos benefícios é dificultado. Prova disso é que para a exploração dos denominados “conhecimentos tradicionais associados de origem não identificável” não depende sequer de consentimento de órgão ou de comunidade, ao passo que para os de “origem identificável” basta uma mera declaração audiovisual, por exemplo.

Ademais, como declara a própria lei em questão, às comunidades tradicionais é garantido participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso. Apesar da garantia, quase sempre, no outro polo destas decisões estão megacorporações. A luta não é equilibrada, de um lado populações, em regra, vulnerabilizadas e de outro empresas com grande capital econômico. Nesse sentido, Ana Carolina Couto Matheus afirma que se trata de uma tragédia normativa:

A proteção ao CTA no Brasil, efetuada pela Lei n. 13.123/2015 representa uma “tragédia normativa”, porque “é claramente favorável ao capital em detrimento das populações envolvidas, não há uma justa recompensa, em alguns casos pode nem haver recompensa”, falta um processo de construção democrático e atenta à dignidade dos atores envolvidos (MATHEUS, 2019, p. 106)

Por fim, há a questão econômica. Da leitura da lei observa-se que, geralmente, será devida uma parcela de 1% da receita líquida anual obtida com aquela exploração, podendo chegar até 0,1% quando houver acordo. Levando em consideração que aquelas comunidades há séculos desenvolvem aqueles conhecimentos, descobrem a melhor forma de extrair aqueles produtos, a melhor época para plantar, para colher, como processar entre outros conhecimentos, a parcela de no máximo 1% dos lucros não parecem justa.

Explorar os conhecimentos dessas comunidades é essencial até para a preservação delas. Muitos conhecimentos tradicionais vão se perdendo por falta de catalogação ou da diminuição dessas populações. Essa exploração ajudará a economia daquelas comunidades, do país e implicará em desenvolvimento de tecnologias nos mais diversos ramos da ciência. Tal manejo, contudo, deve ser feito de forma sustentável. Como sintetiza Feres:

seguir a lei” implica resultados satisfatórios, mas injustos, pois acarreta em uma visão redutora de complexidade com relação às comunidades tradicionais. Além do mais, toda essa visão que paira sobre a Propriedade Intelectual e o Conhecimento Tradicional Associado, tem se relevado demasiadamente colonizadora, especialmente com relação ao direito de patentes como já foi anteriormente apresentada em estudos do caso da *Phyllomedusa* sp.25. (FERES, MOREIRA, 2015, p.213)

É dever da empresa harmonizar exploração biológica e preservação biológica. É tam-

bém dever dessas indústrias assegurar que a posse daqueles conhecimentos será revertida de forma justa às comunidades que os apresentaram para o mundo. Explorar é preciso, preservar também é preciso.

REFERÊNCIAS

ADIERS, Claudia Marins. A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais. (20?)

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022

BRASIL. [Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007]. Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206040&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.040%2C%20DE%207,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 22 jun. 2022

BRASIL. [Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.]. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm . Acesso em: 22 jun. 2022

BRASIL. [Medida provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001]. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm . Acesso em: 22 jun. 2022

CBD- Convention on biological diversity. Banco de Dados. Disponível em : <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf> . acesso em 01 de julho de 2022

FERES, Marcos Vinicio Chein; MARCELINO, Amanda Carrara; FERNANDES, Livia Tambasco Freire. Biodiversidade, conhecimento tradicional e direito de patente: o caso da arapanaúba. PIDCC - Revista de propriedade Intelectual Direito Contemporâneo e Constituição, Aracaju/Se, Ano IX, Volume 01 nº 02, p.066-085 Junho/2020

FERES, Marcos Vinicio Chein; MOREIRA, João Victor de Freitas. Considerações acerca do Conhecimento Tradicional e do Modelo de Acesso ao Patrimônio Genético. PIDCC - Revista de propriedade Intelectual Direito Contemporâneo e Constituição, Aracaju, Ano IV, Volume 09 nº 02, p.202 a 219 Jun/2015

FERES, Marcos Vinicio Chein; MOREIRA, João Victor de Freitas. DIREITO DE PATENTE E A INVISIBILIDADE DO CONHECIMENTO TRADICIONAL: o caso da Bauhinia sp . Revista de Estudos

Empíricos em Direito, vol. 3, n. 2, jul 2016, p. 248-266

FERES, Marcos Vinicio Chein; MOREIRA, João Victor de Freitas. O conhecimento tradicional relacionado ao complexo do curare e a legislação internacional sobre propriedade intelectual. *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, n. 1, 2018, p. 138 – 158.

FERES, Marcos Vinicio Chein; MOREIRA, João Victor de Freitas; ANDRADE, Felipe César. Conhecimento tradicional e direito de patente: fatos e contradições no caso da poaia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 4, n. 1, fev 2017, p. 57-71.

MARTINS, Lays Gomes. O registro de parentes e o conhecimento tradicional: proteção da biodiversidade? . *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora*, v. 8, n. 2, jul/dez 2017.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica: proteção jurídica e sustentabilidade. *Ponto de Vista Jurídico, Caçador*, v.8, nº 2, p. 97-113, jul./dez. 2019.

PAULO, Paula. 650 mil famílias se declaram 'povos tradicionais' no Brasil; conheça os kalungas, do maior quilombo do país. *G1*, 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/natureza/desafio-natureza/noticia/2019/10/29/650-mil-familias-se-declaram-povos-tradicionais-no-brasil-conheca-os-kalungas-do-maior-quilombo-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 01 de julho de 2022.

UN – UNITED NATIONS. Nagoya protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the convention on biological diversity, 2011. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf> . Acesso em: 20 junho. 2022.

VIVIEN. Qual a biodiversidade encontrada no Brasil?. *Vivendo Bauru*, 2022. Disponível em: <<https://www.vivendobauru.com.br/qual-a-biodiversidade-encontrada-no-brasil/>>. Acesso em: 01 de julho de 2022.

Interações comerciais decorrentes da Low-Touch Economy sob a perspectiva da nova economia institucional

Low-touch economy commercial interactions from the perspective of the new institutional economy

Luana Gabriela Dalmut

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Advogada. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2686921756292458>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6899-7087>

Aron Vitor 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>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.23

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 prevê a base aos princípios de Ordem Econômica Constitucional, consagrando como direitos fundamentais a liberdade, propriedade privada e atividade econômica. Além disso, a norma constitucional incumbe ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico. Dentro deste cenário, diante do distanciamento social imposto como medida sanitária decorrente da pandemia do Coronavírus (COVID-19), surge a Low-Touch Economy, um modelo de interações baseado no baixo toque, que apenas se tornou possível diante do avanço dos mercados digitais. Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a reformulação das interações comerciais, as quais foram modificadas em razão do cenário pandêmico. Com amparo nos preceitos da Análise Econômica do Direito (AED), em especial, na Nova Economia Institucional, que possui a premissa de que instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva, tal como permite induzir comportamento a um modo pré-estabelecido. Além disso, pretende-se avaliar como as mudanças sociais do distanciamento social, materializada pela prática low touch, interferem ou influenciam arranjos institucionais. Assim, por meio do método dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa, é possível constatar a influencia desta situação atípica às instituições, permitindo se verificar que a prática do low-touch economy poderá transformar, efetivamente, os modelos de negócios e permanecerá no mundo pós-coronavírus.

Palavras-chave: direito econômico. tecnologia. análise econômica do direito. Low-touch Economy. nova economia institucional.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 provides the basis for the principles of the Constitutional Economic Order, enshrining freedom, private property, and economic activity as fundamental rights. Moreover, the constitutional rule entrusts the State with the duty of promoting and encouraging scientific and technological development. Within this scenario, in face of the social distancing imposed as a health measure due to the Coronavirus pandemic (COVID-19), the Low-Touch Economy arises, a model of interactions based on low-touch, which only became possible due to the advancement of digital markets. Thus, this study aims to analyze the reformulation of commercial interactions, which were modified due to the pandemic scenario. Based on the precepts of the Law and Economics (LaE), especially in the New Institutional Economics, which has the premise that institutions affect economic performance in a systematic and predictive way, as it allows inducing behavior in a pre-established way. Furthermore, it is intended to evaluate how social changes in social distancing, materialized by low touch practice, interfere with or influence institutional arrangements. Thus, by means of the deductive method, developed through bibliographic and legislative research, it is possible to verify the influence of this atypical situation on institutions, allowing one to verify that the practice of the low-touch economy may effectively transform business models and remain in the post-coronavirus world.

Keywords: economic law. technology. law and economics. Low-touch Economy. new institutional economics.

INTRODUÇÃO

Momentos de crise impõem mudanças de hábitos e comportamentos. Com a crise sanitária verificada a partir do Coronavírus (COVID-19) e em razão do distanciamento social imprescindível para reduzir a disseminação do vírus, os agentes econômicos tiveram de se adaptar ao novo momento atípico vivenciado.

Todas as organizações tiveram de adotar medidas de segurança ou foram impelidos a reduzir suas atividades. Assim, torna-se premente a avaliação do mercado e a identificação de novos modelos de negócios que atendam as novas demandas da população, em atenção aos novos padrões de comportamentos.

Neste cenário, surge a Low Touch Economy que analisa de que forma a economia, será gerida ante a crise do COVID-19, por meio de por interações de baixo toque.

Partindo-se então do método dedutivo, a presente pesquisa estrutura-se em três itens. No primeiro, é exposto a Ordem Econômica Constitucional e o fomento do desenvolvimento econômico e à inovação tecnológica.

Após, no segundo item, parte-se para compreensão do low-touch como prática que foi intensificada durante a pandemia e, possivelmente, irá se tornar um dos principais modelos de atuação nas interações comerciais, uma vez que torna desnecessário o contato entre os agentes econômicos (fornecedores e consumidores).

Estabelecidos os marcos teóricos e normativos que englobam o tema, no terceiro item é ponderado, a partir da Nova Economia Institucional (NEI), os arranjos institucionais decorrentes da nova situação e quais os benefícios oriundos.

Desse modo, percebe-se que a pandemia trouxe mudanças de hábitos e comportamentos que poderão se manter mesmo pós-coronavírus, o que reflete nas relações comerciais e seus arranjos institucionais. Sendo assim, as empresas e comerciantes terão de se adaptar ao novo cenário para que possam continuar exercendo suas atividades, porém, agora, sob um novo ponto de vista.

INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A opção do Estado brasileiro pela adoção de um sistema econômico eminentemente capitalista reflete, conseqüentemente, nas normas regentes de sua sociedade. Ainda que a Constituição Federal de 1988 sugira de forma simultânea projetos políticos capitalistas e socialistas¹, há uma proteção – consagrada como direito fundamental – pela liberdade, propriedade privada e atividade econômica, demonstrando um elo entre os indivíduos e o Estado aos elementos ligados à distribuição efetiva de bens, serviços, uso da propriedade e da circulação de riquezas².

De igual forma, o artigo 174 delimita ao Estado a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, que exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento,

¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *O capitalismo e o socialismo na Constituição*, Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 5, 2004, p. 198.

² FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Uma Análise do Inciso IV do Artigo 170 da Constituição Federal*, Revista da PGBC, vol. 12, n. 2, pp. 57-69, dez. 2018, p. 58.

manejado como um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas³. Para Eros Grau, “este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos”⁴.

Sob este raciocínio, a Ordem Econômica Constitucional ao conferir a liberdade do exercício da livre concorrência (artigo 170, inciso IV), abarca a garantia de iniciar a atividade econômica, o suporte em inovar e em ter acesso à informação, e a liberdade de contratar, se vinculando a qualquer negócio que desejar⁵.

Ainda, estando a ordem econômica “inserida no corpo constitucional é preciso adotar uma visão sistêmica que permita a interação entre todos os seus dispositivos”⁶ e, por tal motivo, que se emerge a ideia de desenvolvimento que abranja diversas dimensões, não se limitando à seara econômica⁷.

A inovação tecnológica se encontra diretamente relacionada ao desenvolvimento econômico⁸, já que demanda do mercado maior concorrência, obrigando os agentes na constante busca pela melhoria dos produtos existentes, desenvolvimento de novos produtos, e diminuição do preço de custo⁹. Em sendo elemento essencial, o Estado possui o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (artigo 218, caput).

Para além do impacto econômico, as tecnologias se apresentam como soluções sociais e sustentáveis, podendo trazer resultados eficientes para setores diversos (educação, saúde, meio ambiente, energia, alimentação, dentre outros) e que, além do desenvolvimento, possibilitam a solução de necessidades sociais e criar formas colaborativas¹⁰. Desta forma, “o processo de desenvolvimento altera não só estruturas econômicas e produtivas, mas também sociais, institucionais e políticas, significando aumento da produção acompanhado do incremento da renda e da capacidade econômica da população”¹¹.

Ainda, é possível vincular a tecnologia como impulsionadora ao desenvolvimento, por possibilitar “novos e mais abertos modos de geração de riqueza, de uma riqueza que sirva para atender às necessidades reais da população e, paralelamente, por buscar mecanismos para uma mais justa distribuição”¹².

3 GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20.

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 32.

5 NUNES, Marcelo Guedes. *A liberdade economia como uma garantia no exercício de atividades econômicas*. In: CRUZ, André Santa. *Lei da Liberdade Economia – Lei 13874.2019 comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 75.

6 GONÇALVES, Oksandro Osdival. *A Ordem Econômica no Estado Democrático de Direito e a teoria de Martha Nussbaum: entre o crescimento econômico e desenvolvimento humano*, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4 (2018), n. 5, pp. 211-232, 2018, p. 214.

7 HACHEM, Daniel Wunder. *A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro*, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set, 2013, p. 115.

8 “O desenvolvimento econômico tem sido definido como um processo de crescimento constante e autossustentado da renda per capita ao longo dos anos, baseado numa mudança da estrutura econômica do país em questão. Ainda, o desenvolvimento se distingue de crescimento, já que este é um crescimento do produto e da renda per capita sem que se altera a estrutura da economia” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 407).

9 BLANCHARD, Oliver. *Macroeconomia (Trad. Claudia Martins)*. 4. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 229.

10 ZUCOLOTO, Graziela Ferreira; RESPONDOVESK, William. *Inovação com Impacto Social: afinal, do que falamos?*, IPEA, Radar nº 57, Agosto de 2018, p. 13.

11 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

12 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. *Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos*, *Revista Seqüência (Florianópolis)*, n. 71, p. 239-278, dez. 2015, p. 261.

LOW-TOUCH ECONOMY E REESTRUTURAÇÃO DOS MERCADOS

Na medida que as interações entre os agentes se tornam cada vez mais dependentes das tecnologias, exercendo influência em nossos valores, normas, interesses e culturas, se reconhece uma dúplici natureza destas novas tecnologias¹³, em parte na crescente eficiência do mercado e, por outro lado, conduz a resultados socialmente ambivalentes na condução de resultados imprevisíveis.

Atrelado a este cenário, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou estado de pandemia do COVID-19 (Coronavírus¹⁴). Os casos mais graves causados pelos coronavírus, por sua vez, são associados à síndrome respiratória aguda grave (SARS¹⁵).

Assim, diante da facilidade de transmissão e disseminação do vírus e da morosidade na distribuição e vacinação de toda a população, tornou-se necessária a adoção de medidas de saúde pública com o objetivo de controlar e diminuir o contágio, que consentem em contenção, mitigação e supressão¹⁶. Essas medidas, por sua vez, surtem o efeito esperado quando associada à métodos de confinamento, que consistem na quarentena, isolamento social, distanciamento social e, a mais restritiva, o lockdown.

Diante da situação atípica e do distanciamento social praticado pela população, as relações comerciais tiveram evidente impacto¹⁷, exigindo aos agentes econômicos pela busca de reestruturação e remodelagem na sua forma de atuar, desenvolver e prestar serviços ao mercado. Com efeito, a confirmação de ameaças globais demanda “transformações não-conjunturais, dentro de um mesmo domínio, mas estruturais nas engrenagens do sistema, tornando a abordagem da resiliência evolucionária mais promissora que a busca por sustentabilidade”¹⁸.

Esse novo estado da sociedade e economia global, permanentemente alterado pelo COVID-19, é denominado Low-Touch Economy, isto é, caracterizado por interações de baixo toque, saúde e medidas de segurança, novos comportamentos humanos, e permanentes mudanças na indústria¹⁹, utilizando-se da tecnologia para automatizar todo o processo, com o fim de garantir a sua manutenção no mercado, de forma atual e reformulada tal como o momento e as novas necessidades requerem.

13 COCKFIELD, Arthur J. *Towards a Law and Technology Theory*, Manitoba Law Journal, vol. 30, n. 3, Manitoba, November, 2004, p. 386.

14 “Os coronavírus são a segunda principal causa do resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. OPAS Brasil. 18/03/2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:folha-informativa-novo-coronavirus-2019-ncov&Itemid=875. Acesso em: 28 jul. 2022.).

15 O termo SARS significa Severe Acute Respiratory Syndrome ou Síndrome Respiratória Aguda Grave.

16 COVID VERIFICADO. *Medidas de confinamento são realmente necessárias e efetivas para evitar a propagação do vírus?* 2020. Disponível em: <https://www.covidverificado.com.br/post/medidas-de-confinamento>. Acesso em: 28 jul. 2022.

17 O Ministério da Economia divulgou lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil, são eles: 1 - Atividades artísticas, criativas e de espetáculos; 2 - Transporte aéreo; 3 - Transporte ferroviário e metroferroviário de passageiros; 4 - Transporte interestadual e intermunicipal de passageiros; 5 - Transporte público urbano; 6 - Serviços de alojamento; 7 - Serviços de alimentação; 8 - Fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias; 9 - Fabricação de calçados e de artefatos de couro; 10 - Comércio de veículos, peças e motocicletas. (Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil. Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil>. Acesso em: 29 Jul. 2022.

18 NICOLLETTI, Mariana et al. *Atuação empresarial para sustentabilidade e resiliência no contexto da COVID-19*, Revista de Administração de Empresas - RAE, v. 60, n. 6, nov-dez, pp. 413-425, 2020, p. 416.

19 BOARD OF INNOVATION. *Strategy Report: The winners of the Low Touch Economy - How companies can recover and grow in the new normal*, Amsterdam, 2020, p. 27.

A Low-Touch Economy analisa de que forma a economia, a um nível micro e macro, será gerida ante a crise do COVID-19. Sua vantagem mais direta do modelo reside na redução do Custo de Aquisição do Cliente (CAC), calculado pela divisão das despesas de marketing e vendas pelo número de consumidores conquistados em um determinado período²⁰. Dessa forma, há maior automação do modelo de negócio, e com isso o aumento da eficiência das vendas e, conseqüentemente, a redução do CAC, possibilitando que as empresas vendam suas soluções a preços mais baixos, de modo a alocar os recursos para os clientes e ganhando vantagem competitiva²¹.

Os regulamentos sanitários e sociais de higiene e distanciamento físico afetaram as relações comerciais como um todo, de maneira que – para se recuperar – precisarão ponderar a alocação de seus recursos, limitar as interações com terceiros, os formatos para tal interação e que, conseqüentemente, criarão novos standarts comportamentais nos nichos de mercado²²:

Figura 2 - Como pode redesenhar a sua organização empresarial?.

How can you redesign your organization?					
	General	Customer-facing units	Warehouses & distribution	Offices	Manufacturing
External interaction	<ul style="list-style-type: none"> Limit third-party interactions Change interaction formats Screen external collaborators 	<ul style="list-style-type: none"> Develop and expand new (business) models for customer touchpoints & interactions 	<ul style="list-style-type: none"> Hand-offs will take place outside warehouse with no interaction 	<ul style="list-style-type: none"> Consolidate entrances and exits to control traffic Provide catered lunches External-guest registration & screening 	<ul style="list-style-type: none"> Contractors only when essential Self-screening before on-premise by visitors
Staffing	<ul style="list-style-type: none"> Distributed workforce Identify jobs that might be fulfilled remotely full time New job routines with staggered with on-site/WFH 	<ul style="list-style-type: none"> Reduce store hours or close locations Increase store hours but spread attendance by appointment 	<ul style="list-style-type: none"> Reschedule trainings to online, remote or small groups Boost hiring for increased sick leave & increased demand 	<ul style="list-style-type: none"> Continue remote working Limit office work by 'batching' employees based on ID number or project teams 	<ul style="list-style-type: none"> Stagger shifts Gap between shifts
HR benefits	<ul style="list-style-type: none"> Compensation adapted to risk Dedicated bonus or benefits Salary adaption 	<ul style="list-style-type: none"> Bonuses for staff working high-risk periods or jobs Health checklists 	<ul style="list-style-type: none"> Pre-payment of bonuses Quarantined paid leave with temperature screening or antibody tests 	n.a.	<ul style="list-style-type: none"> Increased sick-leave when in doubt Additional hourly production bonus
Personal safety	<ul style="list-style-type: none"> New protocols to respond to positive cases Employee risk profiling Quarantine policies PPE guidelines 	<ul style="list-style-type: none"> PPE provided Limit number of people on-site, eventually replace by automation (self-checkout, vending machines...) 	<ul style="list-style-type: none"> No stand-up meetings - replaced with signage and new personal communications forms 	<ul style="list-style-type: none"> PPE Temperature screening at entry & exit Increase hand washing & sanitizer stations 	<ul style="list-style-type: none"> Advanced screening and employee contact tracing Establish a response team in case of positive screening
Physical workspace	<ul style="list-style-type: none"> Reduce risk of virus spread New spatial configuration Limit interactions Cleaning protocols 	<ul style="list-style-type: none"> Installation of protective screens and sanitizer stations Increase cleaning intervals on specific high-touch areas 	<ul style="list-style-type: none"> No more post-shift assessments, Staggering of shifts Increased signage Reconfigure break rooms for isolation 	<ul style="list-style-type: none"> Install protective screens & reconfigure distance between desks Eliminate open floor plan One-way walkways Improved air filtration 	<ul style="list-style-type: none"> Modification of work areas Daily disinfectant spray after closing hours Staggered break times and social distancing canteens
Travel policies	<ul style="list-style-type: none"> Limit public transport Strict travel rules New travel behaviors like mouth masks & screening 	n.a.	n.a.	<ul style="list-style-type: none"> International travel only by exception Only critical domestic travel with increased approval measures 	<ul style="list-style-type: none"> No non-essential business travel

Fonte: BOARD OF INNOVATION, Strategy Report, 2020.

Apesar do impacto majoritariamente negativo, os comércios digitais obtiveram um crescimento positivo da receita por meio do aumento da demanda durante a pandemia de COVID-19. Em levantamento das marcas mais valiosas de 2021 realizada pela Kantar, empresa de consultoria global e fornecedora de insights de marketing, constatou-se que a tecnologia domina a extremidade superior do ranking, com sete das dez principais marcas provenientes do setor de tecnologia, e que obtiveram significante aumento durante o ano pandêmico, uma das justificativas apontadas foi que as marcas inovaram no modo de atender às necessidades e comportamentos em constante mudança dos consumidores:

²⁰ RESULTADOS DIGITAIS. Construindo um processo de vendas low-touch. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F%2F1475172519ebook-vendas_low_touch-iugu-rd.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

²¹ FAGOTTI, Paulo. Os benefícios de adotar um modelo de vendas low-touch. Igu. 31/07/2019. Disponível em: <https://iugu.com/blog/beneficios-vendas-low-touch/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

²² BOARD OF INNOVATION. Strategy Report: The winners of the Low Touch Economy - How companies can recover and grow in the new normal, Amsterdam, 2020, p. 40.

Figura 2 - 2021 Most Valuable Global Brands

Rank 2021	Brand	Brand Value 2021 (\$Mil)	% Increase 2021 vs 2020
1	Amazon	683,852	64%
2	Apple	611,997	74%
3	Google	457,998	42%
4	Microsoft	410,271	26%
5	Tencent	240,931	60%
6	Facebook	226,744	54%
7	Alibaba	196,912	29%
8	Visa	191,285	2%
9	McDonald's	154,921	20%
10	MasterCard	112,876	4%

Fonte: KANTAR, What are the most valuable global brands in 2021?, 2021

Contudo, há de se ressaltar que a pandemia do COVID-19 apenas acelerou um processo que já vinha se consolidando no cenário mundial, ou seja, a combinação dos fatores e avanços tecnológicos que estão alterando as estruturas de relações, a mudança não está na tecnologia em si, mas sim, na forma de organização dos mercados²³, que estão migrando e se adaptando ao modelo digital e low touch.

Como anteriormente comentado, a low-touch economy preceitua pela automatização do negócio por meio da tecnologia e, portanto, se entende pela adoção de um e-commerce que, segundo Dedricka e Kraemerb, seu uso reduz os custos de imediato, permitindo a criação de concorrência, gerando um maior volume de operações, e atenuam as assimetrias de informações, reduzindo os custos de comunicação²⁴.

A exigência pelo mercado de organizações que adotem condutas de baixa interação, possibilitada por meio da tecnologia, consolida o novo ponto referencial no comportamento das empresas na condução de suas relações negociais, que buscam se desenvolver nos mercados digitais.

A alta complexidade no mercado demanda das organizações empresariais um ambiente produtivo com modelos de gestão cada vez mais automatizados, exigindo, de igual forma, ao direito na adaptação frente as mudanças tecnológicas já em andamento e criar um ambiente institucional favorável à inovação e ao desenvolvimento tecnológico²⁵, tal como já é previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, a pandemia do Covid-19 apenas agravou um mercado que já se encontrava em um cenário extremamente competitivo e dinâmico, exigindo que as organizações se adaptem rapidamente às novas condições. De toda forma, as empresas mudam, ou precisam mudar, quando “o ambiente que as cerca e as tecnologias que elas usam são modificados, e à medida que elas acumulam informações e experiência em relação a quais tipos de organizações

²³ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de Análise Econômica do Direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação*, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6 (2020), n. 4, 2020, p. 1984.

²⁴ DEDRICKA, Jason; KRAEMERB, Kenneth L. *Impacts of internal and interorganizational information systems on the outsourcing of manufacturing*, Journal of Strategic Information Systems, June, 2010, p. 39.

²⁵ RENZETTI, Bruno Polonio et al. *Mercados Digitais: Alguns conceitos*. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p. 22.

dão-se melhor em certas tarefas específicas”²⁶.

A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E AS INTERAÇÕES COMERCIAIS DA LOW-TOUCH ECONOMY

Por meio do instrumental da Análise Econômica do Direito (AED), cuja estrutura está na aplicação de institutos econômicos na avaliação de institutos jurídicos, atrelada ao inquestionável fato de que os recursos são escassos²⁷, incide ao jurista extrair e potencializar o objetivo de determinada norma, contrato ou decisão judicial²⁸. Nesse contexto, a primazia da AED está na busca por um sistema que englobe os elementos de “valor”, “utilidade” e “eficiência”²⁹, pois as perdas de recursos ou desperdício de esforços que se revelam improdutivos e, conseqüentemente, representam um elevado custo para a sociedade.

Em relação ao mainstream neoclássico, Ronald Coase introduz o conceito de custos de transação, observando que nas empresas os mecanismos de coordenação não decorrem apenas pela via do sistema de preços, já que “if production is regulated by price movements, production could be carried on without any organization at all, well might we ask, why is there any organization?”³⁰. Assim, o uso da firma se justificaria pois o agente econômico incorre em custos para o uso dos mecanismos de preços.

Neste raciocínio, os custos de transação – custos inerentes ao intercâmbio dos agentes - estão intimamente ligados à eficiência, seja atenuando ou agravando-a. Por consequência, o ambiente institucional é extremamente relevante, pois afeta a arquitetura das organizações, agregando características das transações, dos agentes e das leis³¹.

Por sua vez, havendo a preocupação em entender a interação entre instituições e organizações, é desenvolvida a Nova Economia Institucional (NEI), “escola oriunda de uma revisão interna dos cânones da teoria econômica de matriz neoclássica, que introduziu as instituições como uma variável da análise econômica”³².

A NEI, como indica Williamson³³, contempla dois níveis analíticos: um primeiro que envolve as macroinstituições, que trata do ambiente institucional, ou seja, das regras do jogo, formais e informais; e um segundo, de ordem microinstitucional, que trata das instituições de

26 MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organization and management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992, p.543.

27 Assim explica Oksandro Gonçalves e Alan Bonat: “Como os limitados recursos podem ser utilizados de diversas maneiras para suprir uma infinidade de necessidades, os indivíduos tendem a agir racionalmente, fazendo as escolhas que lhes sejam mais vantajosas. Trata-se da premissa da escolha racional, segundo a qual os indivíduos buscam maximizar sua utilidade: ao tomar uma decisão, consideram as possíveis alternativas, optando por aquela que melhor atenda seus fins pessoais, que lhe traga mais satisfação”. (GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. *Análise Econômica do Direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais*, Revista Jurídica Da Presidência, v. 20, p. 381-407, 2018. p. 389.).

28 CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Introdução à análise econômica do direito*, Revista de Direito Empresarial – REDEmp. Belo Horizonte, ano 15, n.1, pp. 11- 33, jan/abr, 2018. p. 28.

29 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

30 Em livre tradução: “se a produção for regulada pelo preço movimentos, a produção poderia ser levada a cabo sem qualquer organização, bem podemos perguntar, porque é que existe qualquer organização?”. (COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, 4-16, 386-405, 1937, p. 388.).

31 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In: Zylbersztajn, Decio; Sztajn, Rachel (Org.). *Direito & Econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.23.

32 SCHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a Relação Entre Estado, Direito E Desenvolvimento: Os Limites Do Paradigma Rule of Law e a Relevância das Alternativas Institucionais*. Revista Direito Gv, São Paulo 6(1),P. 213-252,Jan-Jun, 2010, p. 217.

33 “The New Institutional Economics comes in two parts. Part one deals with the institutional environment – the rules of the game – and traces its origins to Ronald Coase’s 1960 paper on ‘The Problem of Social Cost’. Part two deals with institutional governance – the play of the game – and originates with Coase’s 1937 paper on ‘The Nature of the Firm’.”. (WILLIAMSON, Oliver. *Review of Ronald Coase’s ‘The Firm, The Market and The Law*. *California Law Review*. 77, n. 1, pp. 223-231, 1989, p. 225.)

governança, referencia de análise da Economia dos Custos de Transação³⁴.

De igual premissa, reside no fato de que as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva³⁵ e por isso, sua função está na redução das incertezas, induzindo comportamentos a um modo preestabelecido pelas instituições³⁶ (sejam formais ou informais³⁷).

Nesse contexto, a partir do desenvolvimento de uma Low-touch economy como resposta ao atual cenário pandêmico, há uma reação das condutas pelas organizações, gerando um novo padrão de condutas pela interação entre os agentes, seja entre si ou ao mercado.

Ademais, a fim de atender uma maior demanda do mercado, as atividades das empresas devem ser exponencialmente aumentadas. Ocorre que, o crescimento nem sempre acarreta melhores resultados econômicos, no qual, para Ronald Coase esse fenômeno seria justificável a partir de três perspectivas, i) quanto maior a empresa, maiores serão os custos de organizar uma nova transação dentro de sua estrutura; ii) maiores serão as dificuldades na alocação eficiente dos fatores de produção em uma empresa grande e; iii) as empresas pequenas costumam receber mais vantagens do Estado do que as grandes³⁸.

Sob outro prisma, com um mercado eminentemente digital, as organizações desconhecem quem são e quais serão os seus clientes, tal como os consumidores não dispõem das informações adequadas sobre os produtos ofertados. Esse cenário é existente devido à assimetria de informação, a qual se classifica como uma falha de mercado e se define como “um entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes”³⁹.

De modo contrário, a existência de confiança nas relações comerciais proporciona resultados mais eficientes como mecanismo de coordenação do que estruturas hierarquizadas, supervisão direta e um estabelecimento de normas e regras⁴⁰. Portanto, com a consolidação de verdadeiros oligopólios (Amazon, Apple, Google), os agentes tendem a reduzir sua vigilância e, sob um comportamento de manada, confiam e fazem uso dos serviços e/ou produtos disponibilizados.

Assim, o estudo sob o viés da Análise Econômica do Direito se torna essencial, na medida em que parte do pressuposto de que durante o processo de escolha os agentes consideram todos os benefícios e custos envolvidos na operação⁴¹. Ademais, destaca-se que os custos de transação se encontram frequentemente relacionados às incertezas nos campos econômicos, políticos e jurídicos, de forma que influem para as decisões econômicas dos agentes⁴². E, ainda,

34 KLEIN, Vinicius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 133.

35 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 130

36 ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Eficiência e Justiça*. In.: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: Editora CRV, 2016.

37 North determina que as instituições formais são criadas por um poder constituinte, exógenas à comunidade e derivadas da relação entre os indivíduos e os detentores do poder político, seriam as leis, por exemplo. Na mesma toada, as instituições informais, seriam endógenas à sociedade, produzidas internamente, sendo o resultado da interação espontânea dos agentes, ou seja, condutas culturais e sociais (MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass; SHARIQ, Syed. *Learning, Institutions and Economic Performance*, p. 10-12).

38 COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, 4-16, 386-405, 1937, p. 394-395.

39 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 95.

40 SYDOW, J; PROVAN, K. *Evaluating Inter-Organizational Relationships*. Cap. 26. In: CROPPER, S; EBERS, M; HUXHAM, C; SMITH, P. *The Oxford Handbook of Inter-organizational Relations*. Oxford University Press. 808p, 2008, p. 812.

41 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

42 GONÇALVES, Oksandro Osdival; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. *Análise econômica do controle judicial dos contratos*

a constatação de que o arranjo institucional é importante para o desenvolvimento econômico⁴³.

Portanto, ao se adotar um modelo de economia low-touch é possível perceber a necessidade de repensar a forma que as interações comerciais se efetuam, pela busca de informações, estruturação e adaptação de um negócio já existente. Em longo prazo a low-touch assume um ponto focal na adaptação da nova realidade de mercado, isso porque nos mercados digitais, com o fácil acesso à informação, há uma diminuição dos custos de agenciamento, na medida em que os custos de aquisição e de análise de informação são reduzidos⁴⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do Covid-19 atingiu profundamente todos os setores, seja no âmbito político, jurídico ou social. O cenário econômico, por sua vez, é o setor mais afetado pela crise sanitária, principalmente quanto às suas características próprias de desenvolvimento e necessidade de inovação e reformulação do oferecimento de serviços e produtos.

Nesse sentido, a pandemia destacou a necessidade de as organizações repensarem os seus modelos de negócios, a fim de conseguirem se manter ativos no mercado, ainda que haja a imposição do distanciamento e isolamento social.

Para tanto, o low-touch economy se apresenta como alternativa ideal, na medida em que propõe um modelo capaz de minimizar ao máximo o contato entre os agentes econômicos para as trocas comerciais, por meio do uso da tecnológica na automatização de todo o processo entre fornecedores e consumidores.

O presente estudo buscou demonstrar que, sustentado por princípios constitucionais da ordem econômica, estruturados na liberdade, propriedade privada e atividade econômica e ao desenvolvimento tecnológico, a Low-Touch Economy consolida os avanços que já estavam sendo aplicados, ou seja, a migração dos mercados tradicionais aos digitais, de modo a reformular as estratégias comerciais das organizações, bem como alterar os comportamentos dos agentes econômicos.

Nessa perspectiva, o instrumental da Análise Econômica do Direito (AED), em especial ao estudo da Nova Economia Institucional, instrui premissas importantes ao atual cenário pandêmico, principalmente ao fato de o arranjo institucional articular essa nova estrutura de mercado.

Assim, diante do presente estudo, observa-se que o modelo low-touch é um instrumento eficaz não só para amenizar os efeitos do isolamento social imposto pela pandemia, mas também, por exigir das empresas o desenvolvimento econômico e tecnológico, uma melhor cooperação entre o consumidor e a empresa que, por sua vez, permite um cenário eficiente de concorrência do mercado.

de concessão e sua importância para o desenvolvimento. *Revista de informação legislativa, Brasília*, v. 51, n. 203, p. 73-89, jul./set. 2014, p. 80.

43 FURLANETTO, Egidio Luiz. *Instituições e desenvolvimento econômico: a importância do capital social*, *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 16, número suplementar, p. 55-67, ago. 2008, p. 61.

44 ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio Eletrônico: Modelo, Aspectos e Contribuições de sua aplicação*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 248.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio Eletrônico: Modelo, Aspectos e Contribuições de sua aplicação. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLANCHARD, Oliver. Macroeconomia (Trad. Claudia Martins). 4. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição, Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 5, 2004.

BOARD OF INNOVATION. Strategy Report: The winners of the Low Touch Economy - How companies can recover and grow in the new normal, Amsterdam, 2020.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Introdução à análise econômica do direito, Revista de Direito Empresarial – REDEmp. Belo Horizonte, ano 15, n.1, pp. 11-33, jan/abr, 2018.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, 4-16, 386-405, 1937.

COCKFIELD, Arthur J. Towards a Law and Technology Theory, *Manitoba Law Journal*, vol. 30, n. 3, Manitoba, November, 2004.

COVID VERIFICADO. Medidas de confinamento são realmente necessárias e efetivas para evitar a propagação do vírus? 2020. Disponível em: <https://www.covidverificado.com.br/post/medidas-de-confinamento>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos, *Revista Seqüência (Florianópolis)*, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

DEDRICKA, Jason; KRAEMERB, Kenneth L. Impacts of internal and interorganizational information systems on the outsourcing of manufacturing, *Journal of Strategic Information Systems*, June, 2010.

FAGOTTI, Paulo. Os benefícios de adotar um modelo de vendas low-touch. Iugu. 31/07/2019. Disponível em: <https://iugu.com/blog/beneficios-vendas-low-touch/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Uma Análise do Inciso IV do Artigo 170 da Constituição Federal, *Revista da PGBC*, vol. 12, n. 2, pp. 57-69, dez. 2018.

FURLANETTO, Egidio Luiz. Instituições e desenvolvimento econômico: a importância do capital social, *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 16, número suplementar, p. 55-67, ago. 2008.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. Análise Econômica do Direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais, *Revista Jurídica Da Presidência*, v. 20, p. 381-407, 2018.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 203, p. 73-89, jul./set. 2014.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. A Ordem Econômica no Estado Democrático de Direito e a teoria de

Martha Nussbaum: entre o crescimento econômico e desenvolvimento humano, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4 (2018), n. 5, pp. 211-232, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set, 2013.

KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014.

MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass; SHARIQ, Syed. *Learning, Institutions and Economic Performance*, p. 10-12.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organization and management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992.

Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil. Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil>. Acesso em: 29 Jul. 2022.

NICOLLETTI, Mariana *et al.* Atuação empresarial para sustentabilidade e resiliência no contexto da COVID-19, *Revista de Administração de Empresas - RAE*, v. 60, n. 6, nov-dez, pp. 413-425, 2020.

NUNES, Marcelo Guedes. A liberdade economia como uma garantia no exercício de atividades econômicas. In: CRUZ, André Santa. *Lei da Liberdade Economia – Lei 13874.2019 comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS Brasil. 18/03/2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:folha-informativa-novo-coronavirus-2019-ncov&Itemid=875. Acesso em: 28 jul. 2022.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RENZETTI, Bruno Polonio *et al.* Mercados Digitais: Alguns conceitos. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

RESULTADOS DIGITAIS. Construindo um processo de vendas low-touch. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F2%2F1475172519ebook-vendas_low_touch-iugu-rd.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos*

empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicuis (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e Justiça. In.: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento. Curitiba: Editora CRV, 2016.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a Relação Entre Estado, Direito E Desenvolvimento: Os Limites Do Paradigma Rule of Law e a Relevância das Alternativas Institucionais. Revista Direito Gv, São Paulo 6(1),P. 213-252,Jan-Jun, 2010.

SYDOW, J; PROVAN, K. Evaluating Inter-Organizational Relationships. Cap. 26. In: CROPPER, S; EBERS, M; HUXHAM, C; SMITH, P. The Oxford Handbook of Inter-organizational Relations. Oxford University Press. 808p, 2008.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de Análise Econômica do Direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6 (2020), n. 4, 2020, p. 1984.

WILLIAMSON, Oliver. Review of Ronald Coase's `The Firm, The Market and The Law. California Law Review. 77, n. 1, pp. 223-231, 1989.

ZUCOLOTO, Graziela Ferreiro; RESPONDOVESK, William. Inovação com Impacto Social: afinal, do que falamos?, IPEA, Radar nº 57, Agosto de 2018.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: Zylbersztajn, Decio; Sztajn, Rachel (Org.). Direito & Econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Promoção da educação para os direitos humanos: desafios e trajetórias para a consolidação da democracia

Promoting education for human rights: challenges and trajectories for the consolidation of democracy

*Elizabeth Rodrigues de Souza
Robson Alves Holanda*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.24

RESUMO

São reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro, as dimensões para os direitos fundamentais do homem, que à luz dos princípios da fraternidade e solidariedade, determinam que os povos devem ter acesso às variadas formas de crescimento humano. Assim, fundamentado na Constituição Federal Brasileira de 1988, a efetivação do Direito Fundamental à Educação traduz-se na relação crescente entre desenvolvimento e cidadania, estabelecendo-se como um dos pilares que pode contribuir consideravelmente para a melhoria da qualidade de vida da sociedade, tornando-se essencial à formação do homem, quando contextualizado em um conjunto de fatores econômicos, políticos e sociais. Nessa perspectiva, é que esse trabalho, de natureza qualitativa e embasado na pesquisa bibliográfica, apresenta como objetivo geral avaliar o impacto da educação para os direitos humanos no desenvolvimento social, enquanto instrumento determinante para a construção da cidadania e consolidação do Estado Democrático de Direito. Destarte, não se pretende esgotar a temática, mas conclui-se pela relevância da Educação para os Direitos Humanos, assentada nos ideais de liberdade e capacidade humana, determinando o pleno desenvolvimento e fortalecimento das prerrogativas da proteção cidadã.

Palavras-chave: educação. direitos humanos. democracia.

ABSTRACT

The dimensions for fundamental human rights are recognized in the Brazilian legal system, which in the light of the principles of fraternity and solidarity, determine that peoples must have access to the various forms of human growth. Thus, based on the Brazilian Federal Constitution of 1988, the realization of the Fundamental Right to Education translates into the growing relationship between development and citizenship, establishing itself as one of the pillars that can contribute considerably to the improvement of society's quality of life, making it essential to the formation of man, when contextualized in a set of economic, political and social factors. In this perspective, this work, of a qualitative nature and based on bibliographic research, has as its general objective to evaluate the impact of education for human rights on social development, as a determining instrument for the construction of citizenship and consolidation of the Democratic State of Law. Thus, it is not intended to exhaust the theme, but it is concluded by the relevance of Education for Human Rights, based on the ideals of freedom and human capacity, determining the full development and strengthening of the prerogatives of citizen protection.

Keywords: education. human rights. democracy.

INTRODUÇÃO

O debate sobre o desenvolvimento humano tem se tornado cada vez mais de extrema relevância no sentido de tentar fomentar a procura por estratégias que minimizem os seus efeitos negativos, violando liberdades sociais que asseguram a supremacia popular e contrariando os ditames constitucionais de dignidade da pessoa humana.

A promoção do desenvolvimento identifica o Estado Democrático de Direito e dentre os desafios envolvidos na configuração de uma política socioeconômica, enquadra-se a implemen-

tação do Direito à Educação, por meio da constituição de condições materiais e institucionais que permitam alcançar simultaneamente melhorias da distribuição da renda e qualidade de vida de um povo.

No contexto da evolução histórica do Direito à Educação, surgiram várias vertentes para expressar a ideologia fundante dos direitos humanos a partir dos direitos fundamentais do homem, de caráter vital ao ser humano e preconizando uma formulação de obrigações estatais.

Nesse sentido, a educação para os direitos humanos é considerada um direito fundamental centrado na ideia de construção da formação da cidadania. No âmbito social, a promulgação de referências valorativas e principiológicas fulcradas nas relações coletivas, modificam a condição dos indivíduos em participativos e conscientes dos seus direitos, promovendo o reconhecimento da sua identidade cívica, que se consolida nos direitos outorgados pelo Estado aos cidadãos.

Dessa forma, esse ensaio questiona quais os efeitos da educação para os direitos humanos no âmbito da concretização do Estado Democrático de Direito. Assim, o objetivo principal desse estudo é avaliar o impacto da educação para os direitos humanos no cenário do desenvolvimento com ênfase na consagração da cidadania e efetivação da democracia.

Salienta-se a relevância de se educar para os direitos humanos na perspectiva da consolidação de direitos fundamentais básicos, conquistados em meio a muitas lutas, durante toda a caminhada da humanidade. De outro modo, esses direitos devem ser reconhecidos por toda a sociedade, com fito na emancipação do processo democrático brasileiro.

Depreende-se que o sistema de liberdades deve ser básico e igual para todos os indivíduos, contemporizando uma ordem de justiça e equidade. Esse entendimento sinaliza a premente necessidade de articulação do processo educacional voltado para os direitos humanos com a ideia de estabelecimento de boas relações entre os cidadãos, cultivando o diálogo e um padrão de comportamento considerado justo. Ademais, reconhecer no outro essa dimensão é de extrema relevância na viabilização da prosperidade e da paz social.

A PRÁTICA EDUCATIVA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS DE INCLUSÃO SOCIAL

Sabe-se que o processo educacional possibilita ao indivíduo um novo olhar para o mundo, que passa a assumir uma posição de agente crítico e transformador, na medida em que se torna componente essencial no gerenciamento de políticas desenvolvimentistas e de qualidade de vida. Esse sistema não pode ser percebido como uma entidade independente, mas complacente, comprometida com as diversas searas da sociedade no sentido de gerar informações na captação de soluções compatíveis com as necessidades da coletividade.

A Educação, ao longo dos tempos, na medida em que está voltada para trabalhar valores, habilidades e conhecimento, assume o papel de formação dos cidadãos e concebe a sua função social. Sabe-se que o século XX foi marcado por Revoluções Sociais que disseminaram parâmetros de democracia e igualdade, contemporizados em vários documentos. Estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 26

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. (ONU, 1986)

Na realidade do processo educacional existe continuamente a relação crescente entre desenvolvimento e cidadania, estabelecendo-se como um dos fatores que pode contribuir consideravelmente para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, e trabalha de forma determinante as suas questões sociais. É imperativo que as estratégias para a inserção competitiva nos mercados econômicos não sejam desagregadas daquelas planejadas com ênfase na equidade por meio da educação para os direitos humanos.

A partir desse entendimento, a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

(...)

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996)

Na seara dos movimentos de luta pelos ideais humanos, a Revolução Inglesa, com a *Petition of Rights*, busca garantir algumas liberdades individuais; a Revolução Americana, procura difundir ações de independência das colônias britânicas na América do Norte e a Revolução Francesa, apresenta ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e seu lema revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade”, determinantes para inspiração de vários documentos constitucionais futuros.

A Educação é enquadrada como um Direito Social, porquanto obriga o Estado em relação à sua missão e dever de agir. Na seara dos Direitos Fundamentais, os direitos sociais, conhecidos como de segunda geração no percurso da história, são acolhidos no contexto individual, cujo propósito é assegurar melhores condições de vida à sociedade. Na concepção de Ramos, “os Direitos Humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.” (RAMOS, 2014, p. 24)

Na lição de Moraes:

Os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim,

como os direitos humanos dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum. (MORAIS, 2010, p. 131).

Portanto, vê-se que a participação política de um povo, de forma organizada e consciente, é determinante na efetividade dos direitos humanos consagrados. O cidadão tem compromisso com todas as questões elencadas como imprescindíveis para a concretização da cidadania. Nas palavras de Gorczewski:

Merece destaque a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948. Nela dois direitos sociais importantíssimos: trabalho e educação, não figuram unicamente como um direito propriamente. Eles vão também aparecer ao final, onde estão estabelecidos os deveres do cidadão para com a sociedade: dever de conviver respeitosamente; de participar politicamente; (...). É interessante porque a educação, além do trabalho, aparece como um direito/dever. Todo homem deve educar-se: a educação dignifica o próprio homem, proporciona uma melhor qualidade de vida, dá-lhe o senso do dever e participação. Somente com a educação o homem poderá contribuir com o desenvolvimento do país, portanto, da sua sociedade. (GORCZEVSKI, 2009, p. 219)

Conforme Gorczewski (2009), a educação constitui um elo para o desenvolvimento. Assim, a Educação voltada para os Direitos Humanos legitima a estrutura e o funcionamento da esfera social, compondo princípios de cidadania, e deve ser sempre direcionado à minimização das desigualdades sociais. Essa concepção significa a busca pelo desenvolvimento da cultura dos direitos humanos e a preocupação pela formação do senso crítico das pessoas na determinação de uma postura ativa frente à realidade que o cerca.

Nesse contexto, a proposta de uma educação que possibilite o exercício constante dos direitos humanos, presume claramente o reconhecimento incondicional da proteção cidadã. “Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos”. (GORCZEVSKI, 2009, p. 221)

O que se questiona no processo educacional é a diversidade de elementos informadores da temática direitos humanos. Em decorrência disso, existe uma tendência de definição do conteúdo e apresentação da disciplina sob diversos enfoques, das quais, se configuram como constantes desafios.

No entendimento de Gorczewski (2009), temas como democracia, cultura da paz, solidariedade, cooperação, diversidade, multiculturalismo, meio ambiente, entre outros, são essenciais para o entendimento dos fatores sócio-político-cultural na realidade global relacionada à abordagem do tema apresentado.

Portanto, a cidadania responsável se consolida a partir de situações simples do dia-a-dia do homem. Advém da predisposição de ajudar o outro; dos meios pacíficos de convivência social; da aceitação à diversidade e ao multiculturalismo; do respeito à igualdade; da ponderação sobre as carências existentes enquanto consumidores; do conhecimento sobre medidas eficazes na preservação ambiental e desenvolvimento sustentável. Enfim, adaptar-se às realidades sociais e ter consciência da sua inserção no mundo, é primordial ao equilíbrio universal.

Ratifica-se que a contribuição da educação para os direitos humanos vincula-se ao enaltecimento do conceito de democracia, remete à defesa dos direitos humanos e internalização dos direitos individuais e coletivos. O multiculturalismo no contexto do processo de integração amplia a discussão acerca das desigualdades sociais e pressupõe o reconhecimento sócio-político-econômico.

Na seara do modelo que contempla o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, a educação contribui também para:

- a) criar uma cultura universal para os direitos humanos;
- b) exercitar o respeito, a tolerância, a promoção e a valorização das diversidades (étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, físico-individual, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, dentre outras) e a solidariedade entre povos e nações;
- c) assegurar a todas as pessoas o acesso à participação efetiva em uma sociedade livre. (ONU, 2004)

Dessa forma, na égide da diversidade, há uma comunicação entre o discernimento democrático das diversidades, e a educação pedagógica enquanto instrumentos de superação da exclusão social, no sentido de efetivação da equidade social. Nessa perspectiva, as práticas educacionais e a introdução dos direitos humanos contemplam a garantia dos direitos humanos e a construção de uma educação inclusiva.

DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO: AS SUAS INTERFACES E O PAPEL DO ESTADO

O Direito ao Desenvolvimento Nacional, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, consubstancia o Estado Democrático de Direito que deve coexistir com a ordem econômico-social em busca da qualidade de vida de um povo. A Carta Magna expressa no seu Art. 170 os princípios gerais da atividade econômica, prescrevendo a existência digna e justa fundada em liberdades básicas.

Nesse sentido, a autonomia exaltada no ordenamento jurídico dissemina valores importantes como: as liberdades de ir e vir, de pensamento, de comércio, de escolha de trabalho, de liberdade de expressão, a independência contratual, entre outros. Segundo o Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...). (BRASIL, 1988)

De outro modo, a Organização das Nações Unidas (ONU), fundada no ano de 1945, é um organismo internacional cuja meta é trabalhar pela paz e o progresso mundiais, estabelece alguns indicadores responsáveis pela classificação dos países, de acordo com o grau do seu desenvolvimento, dentre eles: grau de alfabetização, índice de mortalidade infantil e processo de industrialização, esperança de vida média, grau de dependência externa, instrução e condições sanitárias, força tecnológica. Considerando a complexidade entre resultados produtivos, esses critérios orientam a evolução dos fatos e entendimento de que a subsistência se realiza com estudo, trabalho e vida decente.

Notadamente, a ausência da emancipação para realizar escolhas impede o exercício da democracia e o conseqüente desenvolvimento dos direitos constitucionais. Combater dificuldades sem postergar as liberdades inerentes ao processo de crescimento é condição positiva da busca de soluções que amenizem os efeitos desse sistema de complexidade que constitui uma das metas de um projeto de desenvolvimento fidedigno.

A segurança que estabelece a tutela de direitos que potencializam facilidades sociais

contribui para a instituição de uma sociedade preparada para se defender de infortúnios da realidade. Assim, os efeitos da globalização econômica no âmbito dos direitos humanos é ponto central de uma reflexão necessária à compreensão do mundo como um conjunto de sistemas que não deve ser desprezado do seu caráter humanístico.

Adotar os aspectos desenvolvimentistas compartilhado com a lucratividade e dados financeiros estatísticos sem considerar a atuação livre de agentes construtores desse processo, significa entrar em contradição com a real definição do conceito de desenvolvimento. O texto constitucional dispõe de normas reguladoras da situação econômica nacional sob um enfoque mais amplo do que o sentido técnico sugere. O estado de subdesenvolvimento traduz a ausência de programação de políticas que concretizem o que prescrevem as normas.

Dentre os diversos ensinamentos constitucionais, insere-se o princípio econômico da redução das desigualdades sociais e regionais, concedendo ao Estado o poder de efetuar ações dentro de um complexo geoeconômico-social. No momento em que o Estado está voltado para o crescimento da economia, também deve estar atento para realização dos direitos em prol da paz social. Essa participação estatal no dinamismo que envolve a atividade econômica potencializa o desenvolvimento de um povo.

Ratifica-se que a Carta Magna considera o direito ao desenvolvimento um direito fundamental, revelando uma mudança na estrutura social até então vigente ao instaurar uma correlação entre estratégias econômicas e a determinação de níveis de qualidade de vida, demonstradas, por exemplo, por constantes modificações produzidas por meio de políticas adequadas. O documento destacou-se pela nova abordagem dada ao Estado aos aspectos econômicos, atribuindo ao mesmo um caráter eminentemente socialista expresso em todo o seu conteúdo.

Para Bagnoli, a valorização do trabalho humano e o princípio da livre iniciativa “revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e a composição dos titulares de capital e de trabalho é uma necessidade a ser viabilizada pela atuação do Estado”. (BAGNOLI, 2010, p. 63)

Partindo de uma classificação doutrinária, percebe-se que ao se incluir o direito ao desenvolvimento na esfera da terceira dimensão, exaltam-se os princípios da solidariedade e fraternidade, protegendo gerações futuras e incorporando o ser humano como agente essencial desse sistema. Há uma redefinição de concepções com o engrandecimento de outros valores, situando o Estado, nessa relação, como provedor de planos efetutores dos direitos coletivizados.

No contexto internacional, vários projetos foram elaborados em função de uma abordagem mais ampla e profunda que delineasse o entendimento de determinados direitos inalienáveis. Discussões sobre o tema foram motivos de encontros mundiais que estudaram o planeta sob a ótica de desigualdades materiais da qual uma das soluções para reduzir os prejuízos presentes nesse quadro, seria abordar o ser humano como ator essencial do patamar do desenvolvimento.

Entendendo ser o desenvolvimento um complexo de múltiplas formas que agregadas determinam a sua formação, considerando aspectos sob todas as perspectivas, e visando o bem-estar social, foi que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu que:

Artigo 1

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Artigo 2

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. (ONU, 1986)

Vê-se que por meio da realização de inúmeras conferências ao longo dos tempos provocando o debate sobre o bem-estar das pessoas, a ONU estabelece comandos que dispõem sobre a vontade de melhorar a situação de segmentos pobres e vulneráveis buscando alcançar objetivos desenvolvimentistas. Posteriormente, em 1948, a aclamação da Declaração dos Direitos Humanos, foi taxativa na consagração das liberdades humanas:

Art. XXII. Toda pessoa como membro da sociedade, tem direito à segurança sócia e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ONU, 1948)

É perceptível a redução do papel econômico e regulador do Estado. Constata-se que há um histórico de teorias acerca do assunto convergindo em um mesmo sentido, no que diz respeito às mudanças de atribuições estatais. O Estado passa a exercer outras atividades no mundo contemporâneo, deixando de ser apenas provedor de bens e serviços configurando-se como operador de transformações sociais. A intensificação da sua responsabilidade social, bem como dos setores privados também são conceitos que tomaram outra vertente nesse novo panorama universal.

Ademais, o Constitucionalismo tem função relevante para o desenvolvimento no sentido de assegurar referências mínimas necessárias à integridade democrática. Ele traduz as pretensões legítimas de um povo formalizadas através de suas normas, dentre as quais estão incorporadas dentro de um complexo de setores individual e coletivo, presentes e futuros, compreendido sob amplo aspecto na edificação de um espaço digno para todos.

Nessa compreensão sobre os elementos que integram questões paradigmáticas frente aos parâmetros desenvolvimentistas do mundo, a educação se posiciona na plataforma dos direitos humanos como parte integrante essencial a esse processo.

Sabe-se que o Estado Social enquanto Estado de Direito, se apresenta como aquele em que os direitos sociais representam o meio pelo qual a sociedade interage com o Estado formado entre os séculos XIX e XX, período de estruturação da classe trabalhadora. Configura-se como

uma transição entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, quando ocorre o nascimento dos direitos sociais, consolidado no século XX, sob a égide do “Welfare State” (Estado do Bem-Estar). No entendimento de Morais:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. (MORAIS, 2010, p. 132)

Em Bonavides (2004), a igualdade política e a desigualdade social se confrontam e o Estado Social se apresenta como mediador, através do qual ocorre o reconhecimento dos direitos das classes menos favorecidas, as inserindo de forma participativa na vida política e como agentes de transformação social. O Estado e a democracia interagem em defesa das massas, promovendo garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, em função do seu caráter intervencionista. Sobre o tema, Bonavides acrescenta:

O estado Social da Democracia distingue-se do Estado Social dos sistemas totalitários, por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, garantia tutelar dos direitos da personalidade. A Constituição Francesa, prolixa na discriminação dos direitos sociais e respeitante aos direitos fundamentais, como direitos perante o Estado, denotam a preponderância da ideia social no constitucionalismo contemporâneo (...). O Estado Social da Democracia é harmonizador. (BONAVIDES, 2004, p. 204)

No contexto dos direitos humanos, a interpretação do direito contemporâneo abrange a concepção de cidadania democrática, fundamentada em valores humanos e sociais, norteados pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, ratificando a sua universalidade. De acordo com o Plano Nacional de Educação para os Direitos Humanos (PNEDH):

O Estado brasileiro tem como princípio a afirmação dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes e, para sua efetivação, todas as políticas públicas devem considerá-los na perspectiva da construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã. (BRASIL, 2007)

Por conseguinte, a Educação para os Direitos Humanos se assenta nos ideais da compreensão das capacidades humanas com ênfase no pleno desenvolvimento, formação para o trabalho e exercício da cidadania, fundamentados na CF/88 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei Federal nº 9.394/1996), que dispõe sobre as diretrizes da educação nacional.

A formação cidadã torna-se obrigatória, numa esfera de conscientização dos direitos e deveres necessários ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. O cidadão é o agente capaz de exigir do Estado ações de interesse público que possibilitem o exercício da democracia. Salienta-se que, de acordo com o Art. 1º da lei supracitada, o sistema educacional engloba “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (BRASIL, 1996).

Nessa dimensão, os direitos humanos fundamentais, inseridos numa perspectiva educa-

cional, constituem dever do Estado Democrático de Direito, uma vez que o desenvolvimento de um povo não pode vir dissociado desse entendimento.

A EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Os princípios educacionais são universais e orientam as relações humanas, na medida em que estabelecem diretrizes de democracia, justiça e dignidade para os homens. Nesse entendimento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a base para uma maior reflexão sobre os tratamentos desumanos, as opressões e as injustiças que aconteciam no mundo, precisamente logo após a Segunda Guerra Mundial, em 1945. Surgiu um campo favorável para verificar a necessidade de se assegurar condições íntegras para todos. A partir de um novo delineamento da ordem legal, a faculdade de respeitar os valores humanísticos torna-se uma obrigação de todos os povos. Na lição de Piovesan, os direitos humanos são:

(...) um conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna, jurídica, política, psíquica, física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto os do presente quanto os do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum, ao mesmo tempo. Assim, como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade de todos. (PIOVESAN, 2009, 523)

Percebe-se que a edificação do processo democrático de direito que ultrapassa as fronteiras internacionais sugere uma disseminação da formação da cultura da educação para os direitos humanos, imprescindível ao desenvolvimento do homem e alicerce dos indivíduos conscientes da sua atuação no mundo da vida. Cabe ao Estado-Nação a tutela jurídica dos indivíduos e a promoção de funções econômicas e sociais.

Nesse sentido, a educação assume uma ampla dimensão na edificação da cidadania. Veja-se a percepção de Silva sobre a cidadania:

Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático (SILVA, 2020, p. 104).

Nessa perspectiva, a Educação para os Direitos Humanos inclui-se como um instrumento vital à formação do homem e na configuração de suas relações sociais e princípios como liberdade e igualdade, significam a prerrogativa de gozo dos seus direitos fundamentais. Existe uma dignidade inerente ao ser humano, que o preserva e o protege face à sua condição no mundo. Santos preleciona que:

A educação para a cidadania e os programas educacionais voltados para esse fim pressupõem a crença na tolerância, a marca do bom senso, da razão e da civilidade que faz com que os homens possam se relacionar entre si. Pressupõem também a crença na possibilidade de formar este homem, ensinando a tolerância e a civilidade dentro do espaço e do tempo da escola (SANTOS, 2001, p. 151).

No entendimento de Dallari (1998), as pessoas têm direitos iguais e são dotadas de

vontade e inteligência. Não há distinção de cor, sexo, condição de vida. O autor ressalta que todas as pessoas são influenciadas pela educação, através do ambiente social, porém isso não restringe a sua liberdade peculiar, possibilitando que as mesmas contemporizem suas atitudes de acordo com cada realidade que vivenciam.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) se refere às esferas pública e privada, desenvolvendo ações educativas no contexto da educação da educação para os direitos humanos. O citado plano tem como objetivos gerais:

Destacar o papel da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática;

Encorajar o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil por meio de ações conjuntas;

Contribuir para a concretização dos compromissos nacionais e internacionais referentes à educação em direitos humanos;

Propor a transversalidade da educação em políticas públicas;

Orientar políticas educacionais direcionadas para uma cultura de direitos humanos;

(...)

(GORCZEVSKI, 2009, p. 234)

Desse modo, a educação apresenta-se como um instrumento de integração humana relevante, participando efetivamente do desenvolvimento da sociedade, que passa a conter uma maior preocupação com causas que instiguem a mitigação das desigualdades sociais e a busca por mais qualidade de vida. Nesse sentido, a educação para os Direitos Humanos deve estar correlacionada ao desenvolvimento da personalidade e liberdades humanas, ratificando a consolidação do Estado Democrático Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que ao longo dos tempos, o homem acolheu uma série de determinações aclamadas por meio de convenções referentes aos direitos que configuram o reconhecimento de processos políticos/civis definidos para a efetivação do processo democrático. Nessa esfera, os direitos humanos fundamentais têm despertado debates importantes em torno de uma maior conscientização da sociedade na promoção de instrumentos que representem o enfrentamento ao desrespeito e anulação desses direitos.

A Constituição Federal de 1988 considerou o direito ao desenvolvimento um direito fundamental supremo da sociedade e que consolida o Estado Democrático de Direito. Assim, a compreensão dos Direitos Humanos é essencial na contextualização dos significados das relações de igualdade e do respeito às diferenças estabelecidas entre os povos, permitindo a justiça e equidade social.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico-social deve reduzir as diferenças sociais em todas as suas esferas e a educação para os direitos humanos tem sido preponderante para

dinamizar intervenções sociais relevantes para o alcance desse objetivo, passando a conquistar um patamar elevado na universalização das políticas públicas em todos os seus níveis. A erradicação da violência, o respeito ao meio ambiente, o fim das discriminações sociais, a geração de emprego, são fatores, entre muitos, que contribuem incisivamente na edificação de uma sociedade mais igualitária, com valores potencializados a partir da educação para os direitos humanos.

Nessa perspectiva, é primordial a vinculação entre desenvolvimento, sociedade e direitos humanos, de forma permanentemente integralizada, deliberando um elo com a dignidade da pessoa humana enquanto princípio norteador. No processo democrático, o exercício da cidadania legitima o desenvolvimento dos indivíduos e a institucionalização da educação para os direitos humanos pressupõe a civilidade e a redução das desigualdades sociais. Ao atuar como agente transformador, o sujeito passa a ser o elemento fundamental para a fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa. Santa Catarina: UNOESC, 2012.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. São Paulo, Atlas: 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Social ao Estado Liberal. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 10 fev. 2022.

BRASIL. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007, p. 25-76. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?> Acesso em 05 mar. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

LEITE, Antonio Dias; VELLOSO, João Paulo dos Reis. O novo governo e os desafios do desenvolvimento. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

LODI, Lúcia Helena. Ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade/coordenadora-geral. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos: Ministério da Educação, SEIF, SEMTEC, SEED, 2003. 6 v. II. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002918.pdf>. Acesso em 13 abr. 2022

MORAIS, José Luis Bolzan. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: David Sanches Rúbio,

Joaquim Herrera Flores, Salo de Carvalho (Org). Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.131-132, Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. Acesso em 18 abr. 2022.

ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. 1986. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em 29 mar. 2022.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.dudh.org.br>. Acesso em 23 jan. 2022.

ONU. Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos. 2004. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser; NAKANO, Yoshiaki. Uma estratégia de desenvolvimento com estabilidade. Revista de Economia Política. São Paulo, Jan, 2002, p.2. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/view.asp?cod=778>. Acesso em 05 abr. 2022.

PETTER, Lafayete Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito constitucional internacional. 10 ed., Saraiva: 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAYO, José Tuvilla. Educação em Direitos Humanos - rumo a uma perspectiva global. Porto Alegre: Artmed, 2004.

SANDER, Benno. Políticas Públicas e Gestão Democrática da Educação. Brasil: Liber Livro Editora, 2005.

SANTOS, Gislene A. Universidade formação cidadania. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

Entrelaçando direito, cinema e literatura: vida, trabalho e obra de Luiz Gama

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.

Jessica Painkow Rosa Cavalcante

Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Especialista em Direito Agrário e Agronegócio (FACAB) e em Direito Civil e Processo Civil (UCAM). Professora na Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Advogada OAB-TO.

Leonardo Matheus Barnabé Batista

Doutorando em Ciências do Ambiente na Universidade Federal do Tocantins (UFT). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATOLICA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (UNICATOLICA) e em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-MG). É professor na Faculdade de Palmas (FAPAL). Advogado OAB-TO e OAB-GO.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.25

RESUMO

O presente estudo é um estudo singularmente bibliográfico com o objetivo de dissertar acerca da trajetória de vida do advogado abolicionista Luiz Gama, tendo como base um diálogo entre Direito, Cinema e Literatura. Nesse estudo, a biografia e obra de Gama, o recente filme “Doutor Gama” (2021) e trabalhos acadêmicos sobre o legado do advogado são acessados e relacionados. Esse artigo se estrutura da seguinte forma: primeiramente uma exposição da vida e obra de Luiz Gama, apontando quais seus feitos e sua produção intelectual, na qualidade de advogado abolicionista e militante da causa abolicionista. Após, mostra-se, inserido no movimento legalista, de que forma Luiz Gama contribuiu para a libertação dos escravos na qualidade de advogado, qual seu papel na história e como se deu o movimento abolicionista após sua morte.

Palavras-chave: Luiz Gama. direito. cinema. literatura. abolicionismo.

ABSTRACT

This study is a singularly bibliographical study aiming to discuss the trajectory of life of the abolitionist lawyer Luiz Gama, based on a dialogue between Law, Cinema and Literature. In this study, the biography and work of Gama, the recent film "Doutor Gama" (2021) and academic works on the legacy of the lawyer are accessed and related. This article is structured as follows: first, an exhibition of the life and work of Luiz Gama, pointing out his achievements and his intellectual production, as an abolitionist lawyer and an activist of the abolitionist cause. After, it is shown, inserted in the legalistic movement, how Luiz Gama contributed to the liberation of slaves as a lawyer, what his role in history and how the abolitionist movement took place after his death.

Keywords: Luiz Gama. law. cinema. literature. abolitionism.

INTRODUÇÃO

Através do estudo bibliográfico e do diálogo travado entre Direito, Cinema e Literatura, apresenta-se como objetivo principal desse exposto dissertar sobre a trajetória de vida de Luiz Gama, enquanto advogado militante abolicionista. Busca-se aqui apresentar as contribuições dessa personalidade para o movimento que almejava o fim da escravidão no Brasil, relacionando a biografia e a obra desse autor, o recente filme “Doutor Gama”(2021) e trabalhos acadêmicos acerca do legado do advogado abolicionista.

Luiz Gama, escravizado aos 8 anos, foi libertado por volta de 1848, quando procurou autoridades públicas para reclamar sua liberdade, tornando-se livre ao provar judicialmente que foi mantido em cativeiro ilegal (AZEVEDO, 2010, p. 95).

Na década de 1970, em São Paulo, ele foi um importante agente no surgimento do movimento que intentava a libertação de escravos. Gama era reconhecido como estritamente legalista, moderado e que se restringia aos debates legislativos imigrantistas e à atuação forense (AZEVEDO, 2010). Com sua morte, em 1882, se inicia um movimento no qual Elsiene Azevedo (2010) descreve como “abolicionismo radical”, que tem forte adesão popular e é simbolizado na figura de Antonio Bento, o abolicionismo que desestabiliza a propriedade escrava e desrespeita

de fato sua legalidade.

Esse artigo se estrutura da seguinte forma: primeiramente uma exposição da vida e obra de Luiz Gama, apontando quais seus feitos e sua produção intelectual, na qualidade de advogado abolicionista e militante da causa abolicionista. Após, mostra-se, inserido no movimento legalista, de que forma Luiz Gama contribuiu para a libertação dos escravos na qualidade de advogado, qual seu papel na história e como se deu o movimento abolicionista após sua morte.

LUIZ GAMA: VIDA E OBRA

Conforme relata no filme *Doutor Gama*, estreado em 2021, o advogado e escritor abolicionista se torna uma das figuras mais importantes da história brasileira, Gama, mesmo com a vida de um homem escravizado conseguiu estudo e alfabetização, ferramentas que possibilitaram a conquista da própria liberdade.

Um homem cuja trajetória de vida, obra e ofício estão extremamente intrincadas e possibilitam compreender suas razões e ideais. Um homem que é considerado por muitos como herói, levando em consideração a baixíssima probabilidade de ascensão social que ele conquistou em sua época e seus feitos diante a todos os obstáculos enfrentados, que valorizava os princípios e via no Direito e nas letras um caminho de emancipação. Esse homem marca a história desse país, Brasil, e tem por nome Luiz Gonzaga Pinto da Gama, o qual colecionava apelidos como “insumisso”, “bode”, “agente da Internacional Socialista”, “Orfeu de carapinha”, “precursor do Abolicionismo no Brasil”, “poeta da negritude”, e que se consagrou como uma das principais personalidades brasileiras na defesa da liberdade (SANTOS, 2010).

Gama foi um dos raros intelectuais negros brasileiros do século XIX, o único autodidata e escravizado por 8 anos de sua vida, antes de integrar a República das Letras, local reservado aos brancos. Nascido na Bahia, em 1830, Luiz Gama, de acordo consigo mesmo em autobiografia, era filho de uma africana livre, de origem da Costa Mina (Nagô de Nações), Luiza Mahin, e de um fidalgo de origem portuguesa (BENEDITO, 2011, p. 67). Aos 10 anos de idade, Gama foi vendido, sem o conhecimento de sua mãe, ilegalmente, pelo seu próprio pai a um navio de tráfico interprovincial de escravos, desembarcando no Rio de Janeiro e seguindo a pé, até Santos e depois, Campinas. Nesse período, escravos baianos não eram vendidos facilmente por serem conhecidos como “rebeldes”, desse modo Gama foi rejeitado diversas vezes até ser enviado para São Paulo e passar a viver como escravo do comerciante Antônio Pereira Cardoso (DOMINGUES, 2016, p. 393).

Em 1847, o jovem Antônio Rodrigues do Prado Júnior, estudante de Direito, foi morar na casa de Antônio Pereira Cardoso, quando Luiz Gama tinha 17 anos e ainda vivia sob a condição de escravo. Os dois jovens passaram a nutrir uma forte amizade. Sob a influência de Prado Júnior, Luiz Gama aprendeu a ler e escrever, teve contato com a literatura e com o mundo do Direito (BENEDITO, 2011). Em um ano, Gama já estava alfabetizado, o que demonstra seu autodidatismo, que o possibilitou aprender sobre sua própria história e coletar provas¹ precisas de

¹ “Sem alarde, Luiz Gama conseguiu “obter ardilosa e secretamente provas inconcussas” de sua liberdade, segundo ele mesmo, e fugiu da casa do alferes. A forma como obteve essa prova, não se sabe, pois toda a documentação sobre a escravidão foi destruída a mando do então ministro da Fazenda, Rui Barbosa, em circular datada de 13 de maio de 1891. Sob a alegação de que a escravidão era uma mancha na história do Brasil (o que é pura verdade), o venerado Rui Barbosa cometeu a barbaridade de destruir o que seria um dos principais instrumentos de estudos sobre o assunto, como se, destruindo a prova do crime, o próprio crime pudesse ser apagado” (BENEDITO, 2011, p. 20).

sua liberdade, visto que tinha nascido livre e não poderia ter sido vendido como escravo.

Em São Paulo, Gama se tornou rábula (BENEDITO, 2011), advogado com altos conhecimentos jurídicos sem diploma, maneira pela qual ele podia defender e ajuizar ações em prol de pessoas escravizadas. Estima-se que ele tenha garantido a liberdade a cerca de 500 pessoas (ROSSI; COSTA, 2018). Um dos argumentos utilizados por Gama, que prezava muito pela legalidade, era o resgate da Convenção de 1826, assinada por Dom Pedro I e ratificada em 13 de março de 1827. Segundo esse documento, em seu artigo 1º, sob o prazo de três anos, o Brasil se comprometeria em extinguir o tráfico negreiro, o qual, passado esse período, seria considerado pirataria. Ademais, quanto ao foro responsável para dirimir celeumas advindas do não cumprimento dessa regra, duas comissões mistas foram instituídas, uma no Rio de Janeiro e outra em Serra Leoa, com o intuito de garantir a liberdade dos africanos traficados e escravizados após essa lei (PRESSÃO, [20--?]). Deve-se destacar que mais de 700 mil pessoas adentraram no Brasil em condição de escravidão sob a vigência dessa lei, que tinha sua eficácia comprometida pela falta de interesse das próprias autoridades em fazê-la ser cumprida (MACHADO, 2021). O tráfico de escravos apenas foi abolido definitivamente em 1850 (PRESSÃO, [20--?]).

Além disso, pedidos de *habeas corpus* eram outro ponto forte de Luiz Gama a fim de garantir a liberdade de escravos presos, principalmente por serem acusados de fuga. “Ainda trabalhou em ações de liberdade, quando o escravo fazia um pedido judicial para comprar sua própria alforria – o que passou a ser permitido em 1871, em um dos artigos da Lei do Ventre Livre” (ROSSI; COSTA, 2018).

Luiz Gama faleceu em 1882, padecendo de diabetes, sem ter presenciado a abolição da escravatura. Em seu funeral, uma multidão tomou de conta das ruas da cidade. Negros, brancos, muitos pobres, alguns ricos, ex-escravos, senhores de escravos, autoridades, poetas, intelectuais, pessoas dos mais diversos estratos sociais. Era de se surpreender, numa sociedade tão racista, que um homem negro e pobre pudesse mobilizar tantas pessoas em sua despedida (BENEDITO, 2011). Gama faleceu deixando “de herança apenas um nome que virou sinônimo de luta e exemplo de retidão, de gente que não fazia concessões. Defendia o que achava justo sem se importar com as consequências que pudessem reverter contra ele” (BENEDITO, 2011, p. 12).

No tocante as obras produzidas por Luiz Gama, pode-se afirmar que o Jornalismo, a Literatura, o Direito e a Política foram instrumentos e armas utilizados pelo autor para lutar por igualdade racial e social. Destaca-se seu espírito revolucionário, ao se consagrar como o primeiro grande poeta satírico no romantismo (SANTOS, 2010).

Em meio a esse cenário, os ideais românticos lustravam as inquietações de jovens poetas e escritores que expressavam, em primeira pessoa, a busca de identidade, lirismo e crítica social. Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo e Castro Alves são, respectivamente, os nomes que melhor identificam as três fases de tal tradição literária. O índio, a mulher e o negro tornaram-se fontes de inspiração e criação literária. A sociedade brasileira constituía o cenário de relações sociais desiguais, cuja síntese era a manutenção da escravatura. Luiz Gama destacou-se pela bandeira abolicionista e, ao articular-se no jogo político social que se instituiu no Império e na província paulista, em particular, transformou-se na figura central da luta contra a escravidão. Enxergando além de seu tempo, Gama não separou o social do racial e combateu tanto a escravidão quanto a monarquia. Vislumbrou na República o nascimento da igualdade e da liberdade numa perspectiva cidadã. Pensando assim, participou dos setores mais progressistas de seu tempo. Fundou e colaborou com órgãos da imprensa, bem como com o Partido Republicano Paulista (PRP) e integrou de maneira atuante a maçonaria. (SANTOS, 2010, p. 40).

O livro mais famoso de Gama é a obra poética *Primeiras Trovas Burlescas*, sob o pseudônimo Getulino. Além disso, ele fundou diversos jornais como *Diabo Coxo*, *O Cabrião*, *Democracia e Radical Paulistano*. No entanto, a obra esparsa do advogado é muito mais numerosa. Recentemente, em 2021, a editora Hedra lança um conjunto de mais de 750 textos de Luiz Gama, sendo que cerca de 80% dos textos reunidos ainda são desconhecidos do público em geral, o que totaliza por volta de 600 escritos. São dez volumes divididos sob os temas: Vol. 1: Poesia (1859-1865); Vol. 2: Profecia (1862-1865); Vol. 3: Comédia (1866-1867); Vol. 4: Democracia (1866-1869); Vol. 5: Direito (1870-1875); Vol. 6: Sátira (1876); Vol. 7: Crime (1877-1879); Vol. 8: Liberdade (1880-1882); Vol. 9: Justiça (1850-1882); Vol. 10: África-Brasil (1850-1882) (COLEÇÃO, 2021).

Atualmente, em 2021, foi concedido a Luiz Gama o título póstumo de Doutor honoris causa pela Universidade de São Paulo (USP). Diversos livros, biografias e documentários buscam na história de vida e trabalhos de Luiz Gama inspiração e base. Destaca-se recentemente o filme *Doutor Gama*, lançado em 2021, dirigido por Jeferson De, produzido pela Paranoid Filmes, com Globo Filmes e Buda Filmes como produtoras associadas. Nesse drama biográfico, a história se divide em primeiramente apresentar as origens e trajetória de vida de Luiz Gama da infância até se consagrar como “advogado dos escravos”. Depois, o enredo se concentra em apresentar e desenvolver a atuação de Gama em um caso de assassinato de um escravo contra seu senhor. Nesse caso, apesar de todos os desafios e aparente impossibilidade de defesa do acusado, Gama consegue sua absolvição.

LIBERDADE E LEI

Analisando o período colonial e imperial do Brasil, sabe-se que o escravo era uma das formas de propriedade² existentes. Nas palavras de Clóvis Moura (1992, p. 16), “era uma propriedade privada, propriedade como qualquer outro semovente, como o porco ou o cavalo”. E, ao analisar sua história, percebe-se que o escravo e a propriedade se relacionam diretamente desde o início do processo de colonização do Brasil pelos portugueses. Importante notar que, quando os discursos se davam no sentido de ensejar alguma forma de libertá-los, “a oposição sustentava que estava sendo ferido o “direito de propriedade” dos senhores” (TRECCANI, 2006, p. 81).

A escravidão dos africanos trazidos ao Brasil foi “a maior e mais prolongada transmigração forçada de povos que registra a história, tão rica de consequências que nenhum estudo consegue abrangê-la totalmente” (TRECCANI, 2006, p. 30). O escravo era objetificado através do comércio; da moeda de troca; da exploração da mão de obra em situações extremamente precárias. O ser humano (escravizado) era tratado como objeto, despossuído de qualquer direito, submetido a formas violentas de controle psicológico e social, em constante terrorismo, e, muitas vezes “[...] se rebelava e fugia para as matas, organizando quilombos, onde reencontrava a sua condição humana”(MOURA, 1992, p. 21).

O Código de Processo Penal, em 1835, instaurou o chamado “perigo negro”, associando quilombo a um “valhacouto de bandidos” que ameaçava a “estabilidade e integridade do Império, sendo a pena para os seus integrantes [...] a degola”. O “perigo negro” foi marcado por um movi-

² Como o escravo era tratado como objeto, as relações existentes eram de proprietário e possuidor da coisa, reguladas pela normativa vigente. Inclusive sua perda poderia ensejar indenização para os proprietários.

mento “em função das guerras da Bahia e do Maranhão” e “muitos destes quilombos se organizavam dentro de um arcabouço ideológico, ou seja, a fuga implica numa reação ao colonialismo” (NASCIMENTO, 1985, p. 46).

Nesse período, foram grandes os aglomerados de escravos fugidos (ou alforriados) que se juntaram, ou seja, ao contrário do senso comum, pensar que o quilombo era uma formação que, necessariamente, deveria ser pequena e escondida é um engano. Vários quilombos eram localizados em pontos estratégicos de comércio, nos arredores de vilas. Os quilombolas criavam sua própria forma de subsistência e normas de convivência, que influenciavam diretamente na economia do Estado. Aliás, foi por essa influência direta na economia que a existência desses “aglomerados” passou a se tornar uma preocupação para o sistema capitalista da época: os quilombos eram capazes de descentralizar o poder econômico antes nas mãos apenas dos senhores de engenhos e comerciantes.

É inacreditável pensar que o escravo foi libertado com a Lei Áurea ³ e limitar a essa normativa sua história de resistência e luta por liberdade e reconhecimento. Até que ela fosse promulgada (e aplicada), os escravos foram muito violados. O correto seria dizer que houve um “processo de libertação” pelo qual os africanos escravizados e seus descendentes passaram/sofreram. Esse processo perdurou por “quase todo o século XIX, iniciando por volta de 1810 e seguindo até 13 de maio de 1888, com a assinatura formal de sua abolição” (TRECCANI, 2006, p. 75).

A primeira medida tomada foi no sentido de (tentar) abolir o “tráfico negreiro”, em 1826, quando o Brasil assinou uma convenção na qual se comprometia a tratá-lo como pirataria. A medida foi ratificada em 1827, “por meio de um decreto que determinou o fim do comércio negreiro no prazo máximo de quatro anos”, tipificado como crime (TRECCANI, 2006, p. 77).

O art. 179 do Código Criminal de 1830 tipificava o delito de escravizar uma pessoa livre; a Portaria de 21 de maio de 1831 e a Lei 7 de novembro do mesmo ano determinava não só a condenação dos criminosos, mas também a libertação destes escravos que deveriam ser reexportados às custas de quem infringia a lei. (TRECCANI, 2006, p. 77).

Girolamo Treccani (2006, p. 78-79) informa que tal medida foi ineficiente e, inclusive, aumentou o comércio de escravos ante a inoperância fiscalizatória do governo brasileiro. Assim, os ingleses intensificaram a sua fiscalização nos mares, forçando uma “indevida intervenção estrangeira”, conforme relatavam os senhores proprietários.

O tráfico voltou a ser coibido pela Lei n. 581, de 04 de setembro de 1850, conhecida pelo nome de seu autor, **Eusébio de Queiroz** Coutinho Mattoso Câmara, que proibiu o tráfico negreiro considerando-o como “pirataria”, e que foi complementada pela Lei Nabuco de Araújo, de 1854. O fim do tráfico negreiro representou o começo da transformação da estrutura das relações de trabalho no Brasil, que tinham sido mantidas praticamente intactas desde a época colonial (...). O Aviso n. 188, de 1856, confirmou o princípio de que só poderiam ser admitidas no solo brasileiro as pessoas livres, (...). A partir daquele momento, para Silva (2003 p.55-56): “**O sistema escravista, a ordem secularmente estabelecida, transformara-se em crime de extorsão; o abolicionismo prático, que era crime, que era roubo, passou a ser virtude**”. Enquanto os deputados discutiam se, como e quando a escravidão deveria ser abolida, o preço dos escravos disparava. (TRECCANI, 2006, p. 79, grifo do autor).

Clóvis Moura (1992, p. 54-55) chama esses momentos de “decadência da escravidão”, cuja mola propulsora foi a proibição do tráfico em 1850, vez que, considerando que a vida útil do escravo era baixa (de 7 a 10 anos), a população demográfica escrava começou a decrescer, ³ A “libertação” dos escravos se deu com a Lei Áurea (Lei Imperial n.o 3.353, de 13 de maio de 1888).

aumentando o seu custo e tornando-a “valiosa”. Ainda, além dessa causa demográfica, houve a decadência do mercado mundial de açúcar⁴ no nordeste do Brasil e a decadência do subsolo em Minas Gerais e Goiás, “pois a avidez da metrópole exaurira em menos de dois séculos quase toda a riqueza do subsolo daquela área”.

Foi na segunda metade do século XIX que surgiu uma nova cultura no Sudeste que exigia uma mão de obra maior: o café. Como o tráfico de africanos estava proibido, deu-se início ao tráfico entre as províncias⁵ (Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais) e a população escrava começou a ser deslocada para novas áreas prósperas do plantio do café. Como os membros de uma mesma família de escravos poderiam ser vendidos para senhores diferentes, iniciou-se também a fragmentação dos grupos familiares (MOURA, 1992).

Em torno desse novo produto (o café) surgiram no Brasil dois grupos econômicos distintos: no primeiro, os fazendeiros do Vale do Paraíba do Sul (aristocracia agrária tradicional), que utilizavam mão de obra escrava; no segundo, os fazendeiros do Oeste Paulista (aristocracia agrária moderna), que iniciaram a utilização da mão de obra de imigrantes europeus na lavoura cafeeira e eram republicanos.

Se antes o escravo era facilmente importado, na realidade do comércio do café passou a ser diferente: o escravo passou a ter alto custo internamente e a ser “protegido”, pois a sua inutilização “iria onerar o custo da produção” (MOURA, 1992, p. 56).

A educação formal se direcionava especialmente para pessoas brancas. Na década de 1830 e adiante, o império passava por diversas transformações sociais e na ordem política, foi nesse momento que surgiram as primeiras leis e regulamentos sobre a instrução, determinando a permissão e a interdição da matrícula e presença escolar.

Luiz Gama, no final da década de 1860 já configurava como funcionário público na delegacia de polícia de São Paulo, no entanto, desde 1840, seu nome já constava nos processos policiais (como escrivão da delegacia, testemunha de apreensões nos autos de corpos de delito ou mandados de busca e apreensão, e, ainda, como escrivão nos inquéritos policiais).

Elciene Azevedo (2010, p. 95) relata que em 1868, no mês de janeiro, o Vitor Augusto Monteiro Salgado apareceu na delegacia que Luiz Gama trabalhava com três escravos e uma procuração, a intenção era pela negociação dos cativos pela liberdade, desde que, houvesse o pagamento do preço exigido.

Inicialmente, Vitor Augusto (representando o proprietário dos escravos que residia em Mogi das Cruzes) tinha a intenção de vender os escravos na Corte, indo à delegacia para requerer o passaporte que possibilitava o condimento até Rio de Janeiro sem demais problemas. No entanto, Luiz Gama, ao invés do passaporte, informou o condimento de um dos escravos para o chefe de polícia,

Apresento à v.s. o preto José, escravo do Tenente Coronel Antonio Mendes da Costa, Africano, de 22 a 25 anos de idade, seguramente importado depois da proibição legal do tráfico, o qual apreendi como livre, a fim de v.s. o leve [sic] à presença do Ex. mo. sr. dr. chefe de polícia.

Chamo a atenção de v.s. para a procuração inclusas, do próprio punho daquele tenente-coronel, na qual é assinada a idade de 28 anos ao dito preto.

⁴ Que era a mercadoria de exportação que mais se utilizava de trabalho escravo no nordeste do Brasil.

⁵ Os fazendeiros de café começaram a importar o escravo de Pernambuco, Bahia e Ceará para o Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, tendo em vista que aquelas províncias já estavam decadentes. (MOURA, 1992, p. 55).

O amanuense da polícia Luiz Gonzaga Pinto da Gama.⁶ (AZEVEDO, 2010, p. 96).

Luiz Gama, baseando em um simples cálculo aritmético apreendeu o escravo José⁷, pois, se o mesmo tinha 28 anos, havia nascido em 1840, logo, sendo africano, só poderia ter entrado no Brasil após a lei de proibição do tráfico negreiro (de 1831). A apreensão foi realizada, e o José, foi recolhido à Casa de Correção, iniciando assim, as investigações acerca da legalidade de sua condição de escravo.

Elciene Azevedo (2010, p.96-97) informa que tal processo de apreensão do escravo José encontra-se incompleto, não podendo ser verificado o resultado da lide. Porém, informa que no final da década de 1860, vários processos como esse são identificados com a participação de Luiz Gama, mesmo ele não sendo considerado “o grande rábula das causas da liberdade, mas simplesmente um funcionário que, em função do cargo que exercia, lidava diretamente com os conflitos particulares dos senhores e escravos” que vinham parar na delegacia. Nota-se que nessa época, Luiz Gama não possuía formação jurídica.

Por tais feitos, no início da década de 1860, Luiz Gama fora advertido, pois seus superiores consideravam tal atitude “inapropriada para um empregado da polícia, sob pena de ser exonerado do cargo que exercia”(AZEVEDO, 2010, p. 98). A exoneração ocorreu em novembro de 1869 em um caso que teve grande repercussão pública:

Por seu teor, altamente polêmico, o fato é especialmente revelador do surgimento, na capital de uma das províncias mais escravistas do Império, de um forte engajamento político que, apoiando as reivindicações escravas na Justiça. O que argumento aqui é que esse movimento surgiu antes mesmo da promulgação da lei de 28 de setembro de 1871 - que, ao legalizar o pecúlio e a alforria forçada, tornou as ações de liberdade processos sumários - e teve dimensões significativas para a análise da participação escrava no processo de Abolição. (AZEVEDO, 2010, p. 98)

Luiz Gama lutava pela aplicação das leis, mesmo considerando elas leis que produzem pouco resultado ou, como conhecido, lei para “inglês ver”⁸. Se dá com base nelas a militância pela libertação dos escravos, sendo considerado

[...] o principal representante de um grupo de advogados, formados ou não em Direito na Faculdade do Largo São Francisco, em São Paulo, a utilizar-se da lei de 1831 em processos judiciais, em uma combativa e engajada com a causa abolicionista. Sem dúvida, tais agentes eram bem informados, letrados, e ligados à outros tantos abolicionistas que atuavam em diversas frentes. Pode parecer à primeira vista, como de fato se afirmou durante longo período, que os escravos, por sua vez, não tinham condições de se articularem, não havia caminhos para que entre si trocassem ideias sobre liberdade e direitos. Contudo, é relevante refletir que as discussões parlamentares, os jornais da época, as escolas de Direito do país, escritores e pensadores, como exemplificativamente Castro Alves, todos estavam envolvidos com a causa da liberdade dos escravos, e agiam em suas esferas. Havia escravos por todas as partes, nas cidades, entre as cidades, que viajavam, que se alugavam. Havia escravos que sabiam ler e escrever, então havia veios pelos quais as ideias poderiam escoar e se difundir. (COVOLAN; FABRICIO, 2014, p. 55)

Luiz Gama via na lei uma matéria clara e positiva, utilizava o Jornal Radical Paulistano, no qual era redator, como uma ferramenta aliada para tornar pública tragédias que relacionassem o judiciário e a ausência do cumprimento da lei. Discutia jurisprudência, questionava sentença, procedimentos, juízes, delegados e etc. Era responsável pela coluna Foro da Capital: “espécie de crônica dos bastidores dos tribunais que, a despeito do nome, também tratava de litígios de outras localidades da província”. Nesta coluna Luiz Gama dava continuidade à uma causa

6 Autos de apreensão do escravo José, 1868. Arquivo do Estado de São Paulo (Aesp), Processos Policiais, CO 3.215.

7 Autos de apreensão do escravo José, 1868. Arquivo do Estado de São Paulo (Aesp), Processos Policiais, CO 3.215.

8 Se referindo ao Decreto de 1864 que tinha fundamento na extinção de tráfico de 1831, e a Lei Eusébio de Queiroz (1850).

iniciada com Rego Freitas acerca do artigo 10 do decreto de 12 de abril de 1832 (que buscava regulamentar a lei de 7 de novembro de 1831 quanto ao caráter administrativo).

Além das mencionadas leis e considerando o aumento do valor do escravo no mercado combinado com a necessidade de sua “proteção”, surgiram as primeiras “leis protetoras”, como a Lei do Ventre Livre⁹, a Lei do Sexagenário¹⁰, a extinção da pena de açoite, a proibição de se venderem para senhores diferentes membros da mesma família escrava, e outras, que protegeriam mais a “propriedade do senhor do que a pessoa do escravo” (MOURA, 1992, p. 57).

A Lei do Ventre livre fez surgir diversos debates no sentido de que os senhores estavam sendo desapropriados “daquilo que é legalmente seu domínio”, o que deveria ensejar indenizações. Isso influenciou na possibilidade de os senhores de engenho escolherem “entre entregar as crianças libertas a uma instituição pública quando completassem oito anos, recebendo em troca 600 mil reis, ou utilizar seus serviços até que tivessem 21 anos”. Os filhos libertos dos escravos eram chamados de “ingênuos” e, “até 1885, só 188 ingênuos teriam sido entregues” (TRECCANI, 2006, p. 81-82). Na visão de Clóvis Moura (1992, p. 57), a Lei do Ventre Livre serviu para que o ingênuo vivesse até os vinte anos em uma espécie de escravidão mascarada, trabalhando para o senhor.

Quanto à Lei do Sexagenário, apesar de pouco prática, gerou um valor simbólico na história de libertação. Na visão de Girolamo Treccani (2006), ocasionou a libertação antecipada e o pagamento de menores indenizações aos proprietários. Para Clóvis Moura (1992, p. 57), a Lei do Sexagenário nada mais foi do que uma desculpa de descarte da população escrava que já não era mais produtiva e que somente traria prejuízos aos senhores.

Mas, importante é notar que, da análise rasa dessas leis protetoras, criava-se uma falsa ideia de que a intenção estatal era realmente a de proteger a pessoa do escravo. Daí o engano. Essas leis protetoras eram, na verdade, protetoras da propriedade do senhor. A relação de propriedade que o escravo ensejava era tão forte e vantajosa (financeiramente) que os senhores donos de escravos ingressaram com várias ações buscando indenizações quando da liberdade concedida, o que fez com que o Parlamento fixasse uma tabela de valores que deveriam ser pagos por escravo liberto¹¹.

Dessas leis, na década de 1880, começaram a surgir entidades que auxiliavam os resgates dos escravos e reuniam verbas para efetuar os pagamentos, criando “fundos de emancipações”. Nessa época, “não faltaram heróis a essa santa cruzada, a cuja vitória [sic] foi honroso remate a áurea Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888” (TRECCANI, 2006, p. 82).

Não só os populares acoitavam os fugidos. Segundo Silva (2003, p.28), a própria princesa Isabel se tinha engajado pessoal e diretamente na luta abolicionista: *‘A princesa Isabel também protegia escravos fugidos em Petrópolis [...] Tal o comprometimento do trono, sob Isabel, que o próprio palácio imperial transformara-se numa espécie de quilombo abolicionista’*. (TRECCANI, 2006, p. 88, grifo do autor).

9 Lei n. 2.040, de 28 de novembro de 1871, “[...] que concedeu a liberdade aos escravos que nasciam em cativeiro”. (TRECCANI, 2006, p. 80).

10 Lei 3.270, de 28 de setembro de 1885, também chamada de “Lei Saraiva Cotegipe, que libertou os que atingiam esta idade. Essa lei permitia que os escravos constituíssem pecúlio por meio de doações, heranças e seu trabalho (neste caso desde que autorizado pelo dono), que poderia ser usado para adquirir a liberdade”. O que era pouco prático, “pois a expectativa de vida do escravo não passava de 40 anos”. (TRECCANI, 2006, p. 83-84).

11 Para uma melhor informação, “Mendonça (2001, p. 53-99) relata vários processos judiciais que versavam sobre esse valor. Para evitar essas disputas, em 1855, o Parlamento aprovou uma tabela de referência que fixava os seguintes valores: escravos menores de trinta anos: 900\$000; escravos de 30 a 40 anos: 800\$000; escravos de 40 a 50 anos: 600\$000; escravos de 55 a 60 anos: 200\$000 (MENDONÇA, 2001, p. 90). Alguns deles se alastravam durante vários anos, nos quais os escravos eram depositados nas mãos de um curador, mas permaneciam como tais”. (TRECCANI, 2006, p. 84).

Decorrente das diversas formas “asseguradas” em lei, da resistência negra e dos movimentos sociais, o processo de abolição da escravidão foi se consolidando lentamente e, com 65 votos favoráveis e 9 contrários, a Lei Áurea foi aprovada em 13 de maio, libertando 723.719 escravos.

O escravismo, portanto, incorporou-se na história brasileira por 354 anos. O Brasil foi, portanto, o país do Novo Mundo no qual a escravidão perdurou durante mais tempo e aquele que importou o maior número de escravos. Freitas (1980, p. 11) mostra: ‘O Brasil assinalou o recorde americano no tráfico de escravos, importando perto de 40% do total de nove milhões e quinhentos mil negros transportados para o Novo mundo; nove vezes mais que os Estados Unidos (6%) e bem mais que o dobro da América Hispânica (18%), do Caribe inglês (17%) e do Caribe Francês (17%). O Brasil foi o último país independente a abolir legalmente o tráfico’. Meltzer (2004, p. 302) afirma: ‘No dia 13 de maio de 1888, quando uma de cada vinte pessoas numa população de 14 milhões de habitantes era escrava, a “Lei Áurea” aboliu a escravidão de uma vez por todas, e sem compensação’. (TRECCANI, 2006, p.90-91, grifo do autor).

Maria Helena Machado (1995, p. 153) afirma que “a morte de Luiz Gama na cidade de São Paulo em 1882, marcando o fim de uma fase, abriu uma nova etapa ao movimento abolicionista paulistano, com a teatral entrada em cena de Antonio Bento”. A autora aponta que a morte de Gama ensejou na emergência de novas formas de luta contra a escravidão. Aponta que enquanto Gama estava vivo o processo abolicionista (paulista) teria como marca principal o apego à legalidade, e, após sua morte, inicia uma segunda fase que se marca por lutas populares e radicais através de ações de Antonio Bento, pois, teria ele jurado no caixão de Luiz Gama que daria continuidade à luta.

Em uma análise crítica, Elciene Azevedo (2010, p. 29) aponta que elaborar tal distinção acaba construindo “uma oposição que opera um antagonismo entre despolitização e politização, definindo o que é ou não político a partir de ideias que são exteriores ao período analisado”. Isso exclui a chance de receber como políticas as diferentes formas de engajar e envolver escravos, autoridade públicas, advogados na atuação em prol da liberdade (ainda que antes de 1880).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No século XIX, sob a égide do liberalismo (com seus limites no Brasil), sob a batuta da Inglaterra e também da exploração cafeeira (a partir da década de 1850), iniciou-se, no Brasil, um processo que, a conta gotas, levou finalmente à Lei Áurea em 1888.

Luiz Gama representa o principal representante do grupo de advogados (formados ou não) em Direito (na Faculdade do Largo São Francisco, em São Paulo) a utilizar a lei de 1831 nos processos judiciais de forma combativa e engajada com a luta abolicionista.

O processo de abolição da escravidão teve uma grande contribuição de Luiz Gama. Essa atuação acabou sendo reconhecida por alguns autores como movimento legalista, o qual foi marcado pelos grupos de advogados que buscavam de forma ativa (e através de meios políticos para visibilidade) lutar pela efetividade dos direitos até então dispostos nas Leis. Com a morte de Gama, inicia-se um movimento de cunho mais social e popular que perdura até a promulgação da Lei Áurea.

Infelizmente, seria uma utopia afirmar que se aboliu a escravidão de uma vez por todas. Com mais de 300 anos de repressão identitária, histórica e de pura violência, aceitar um escravo

liberto como um ser igual a “si” não seria um processo simples. O primeiro boicote oficial dos direitos daqueles que tinham acabado de conseguir a “liberdade” foi através da Lei de Terras, que tornava impossível o acesso às terras por um escravo liberto. Assim, a liberdade que foi dada com uma mão foi arrancada com a outra. O ex-escravo era “livre”, mas não tinha história, não tinha trabalho, não tinha dinheiro, restando apenas sua resistência, memória e identidade grupal que, com seus semelhantes, compartilhava. Infelizmente, as consequências de toda essa história de dor e injustiça ainda repercutem. No entanto, é importante que todos aqueles que almejam o respeito às Leis, ao Direito, e anseiam pela igualdade racial carreguem e divulguem a mensagem de vida e o legado de Luiz Gama e ajam assim como o “insubmisso” “poeta da negritude” pregava: só render obediência à virtude, à inteligência.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Elciene. O direitos dos escravos. Campinas: Unicamp, 2010.

BARROS, Surya Pombo de. Escravos, libertos, filhos de africanos livres, não livres, pretos, ingênuos: negros nas legislações educacionais do XIX. Educação e Pesquisa [online], 2016, v. 42, n. 3, pp. 591-605.

BENEDITO, Mouzar. Luiz Gama: o libertador de escravos e sua mãe libertária, Luíza Mahin. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

COLEÇÃO reúne obra completa de Luiz Gama. 2021. Disponível em: <https://rascunho.com.br/noticias/colecao-reune-obra-completa-de-luiz-gama/> Acesso em 28 jul. 2022.

COVOLAN, Fernanda Cristina; FABRICIO, Matheus di Felippo. Interpretações da Lei de 07 de novembro de 1831 no Brasil Imperial: um estudo de caso. In: História do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Giscard Farias Agra, Ricardo Marcelo Fonseca, Gustavo Silveira Siqueira. – Florianópolis : CONPEDI, 2014, p. 43-65.

DOMINGUES, Petrônio. A aurora de um grande feito: a herma a Luiz Gama. Anos 90, Porto Alegre, v. 23, ed. 43, p. 389-416, jul. 2022.

DOUTOR Gama. Direção de Jeferson de. S.l.: Buda Filmes, Globo Filmes e Paranoid Filmes, 2021. Son., color. Legendado.

MACHADO, Leandro. Luiz Gama: A desconhecida ação judicial com que advogado negro libertou 217 escravizados no século 19. BBC News, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57014874> Acesso em: 28 jul. 2022

MACHADO, Maria Helena. O plano e o pânico. Os movimentos sociais na década da Abolição. São Paulo, Edusp, 1995.

MOURA, Clóvis. História do Negro Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1992. 85 p. Série Princípios.

NASCIMENTO, Beatriz. O Conceito de Quilombo e a Resistência Cultural Negra. Rio de Janeiro: Afrodiaspora, v. 6/7, n. 3, 1985. Disponível em: <http://ipeafro.org.br/acervo-digital/leituras/publicacoes-do-ipeafro/afrodiaspora-vol-6-e-7/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

PRESSÃO inglesa pelo fim do tráfico negreiro. [20--?]. Disponível em: <http://multirio.rio.rj.gov.br/index.php/historia-do-brasil/brasil-monarquico/90-primeiro-reinado/8920-press%C3%A3o-inglesa-para-o-fim-do-tr%C3%A1fico-negreiro> Acesso em 28 jul. 2022.

ROSSI, Amanda; COSTA, Camilla. Muito além da princesa Isabel, 6 brasileiros que lutaram pelo fim da escravidão no Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/muito-alem-da-princesa-isabel-6-brasileiros-que-lutaram-pelo-fim-da-escravidao-no-brasil/> Acesso em: 28 jul. 2022.

SANTOS, Luiz Carlos. Luiz Gama. São Paulo: Selo Negro, 2010. TRECCANI, Girolamo Domenico. Terras de Quilombo: Caminhos e Entraves do Processo de Titulação. Belém: Secretaria Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006. 354 p.

Controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários

Renan Claode Marcelino Lima

Pós-graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Regional do Cariri (URCA).

Jorge Emicles Pinheiro Paes Barreto

Professor orientador, Mestre em Direito - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.26

RESUMO

Até pouco tempo, predominava o entendimento de que o mérito dos atos administrativos discricionários era insindicável, apenas questões relacionadas à legalidade deveriam ser objeto de exame por parte do Poder Judiciário. Entretanto, esse entendimento adotado pelos órgãos julgadores, somado à ampla liberdade de atuação dos gestores públicos, gerou margem à prática de ilegalidades praticadas pelo poder público, sob o argumento de apenas estarem exercendo o poder discricionário. É fundamental dedicar atenção a esse tema, pois a atividade administrativa deve sempre estar pautada no interesse público. No entanto, para garantir os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, deve haver um controle administrativo efetivo, eliminando as ilegalidades que possam surgir. Possuindo a metodologia de pesquisa de natureza descritiva e analítica, considerando a necessidade de avaliar o contexto político e jurídico-institucional das relações entre Judiciário e, especialmente o Executivo. Utilizou-se como base metodológica o estudo bibliográfico da doutrina relacionada ao direito constitucional e direito administrativo, especialmente aquela relacionada aos atos administrativos e controle da administração pública. O trabalho ora tratado, demonstra a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários por parte do Poder Judiciário. Para isso, utiliza-se de teorias existentes e adotadas pela doutrina. Esse controle abarca não apenas questões relacionadas à legalidade, entretanto, o mesmo deve ser realizado sempre tendo em vista a separação de poderes, de modo a não atingir a margem de liberdade da administração.

Palavras-chave: atos administrativos discricionários. controle judicial. administração pública.

ABSTRACT

Until recently, the understanding prevailed that the merits of discretionary administrative acts were indiscriminate, only questions related to legality should be subject to examination by the Judiciary. However, this understanding adopted by Organs judging bodies, added to the wide freedom of action of public managers, generated room for the practice of illegalities practiced by the public power, under the argument that they are only exercising discretionary power. It is essential to pay attention to this topic, as administrative activity must always be guided by the public interest. However, to guarantee the fundamental rights enshrined in the Federal Constitution of 1988, there must be effective administrative control, eliminating illegalities that may arise. Possessing the research methodology of a descriptive and analytical nature, considering the need to evaluate the political and legal-institutional context of the relations between the Judiciary and, especially the Executive. The bibliographic study of the doctrine related to constitutional law and administrative law was used as a methodological basis, especially that related to administrative acts and control of public administration. The work discussed herein demonstrates the possibility of controlling discretionary administrative acts by the Judiciary. For this, it uses existing theories and adopted by the doctrine. This control encompasses not only issues related to legality, however, it must always be carried out with a view to the separation of powers, so as not to reach the administration's margin of freedom.

Keywords: discretionary administrative acts. judicial control. public administration.

INTRODUÇÃO

No estudo ora apresentado, pretende-se analisar o controle judicial exercido sobre os atos administrativos discricionários, sempre buscando um exame conjunto dos princípios previstos da Constituição Federal de 1988, entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

No Brasil, a Constituição traz, de forma expressa, diversos princípios que devem nortear toda a atividade da Administração Pública, dentre eles podemos citar legalidade. Quando ligada à Administração Pública, a legalidade deve ser entendida de forma estrita, ou seja, o gestor público só pode fazer o que a lei autoriza, de forma diversa ocorre com a legalidade aplicada às relações particulares, onde o particular pode fazer tudo que a legislação não proíbe.

Em um primeiro momento, tratou-se acerca do conceito de ato administrativo, dando-se atenção especial aos atos vinculados e discricionários. Ato administrativo vinculado é aquele que está estritamente determinado em lei, sendo que, impõe-se ao administrador o dever legal de atuar de acordo com a única forma prescrita em lei. Em contrapartida, o ato administrativo discricionário será aquele que garante ao administrador a possibilidade de exercer sua autoridade administrativa com uma margem de escolha, utilizando-se de critérios como conveniência e oportunidade.

Entretanto, essa liberdade do administrador público não significa necessariamente uma ausência de previsão legal, o legislador entendeu por conceder essa margem de escolha ao administrador pois não teria como prever todas as situações possíveis de acontecer. Assim, embora os atos administrativos discricionários, dependam de subjetividade na escolha, são praticados estritamente com base na lei para enfrentar situações e tomar decisões em prol do interesse coletivo por meio de critérios como conveniência e oportunidade.

Em outro momento tratou-se acerca do foco do presente estudo, com abordagem geral do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Nesse momento também foi estabelecida a relação entre discricionariedade e controle judicial.

Em seguida, procurou-se trazer teorias relacionadas à atividade judiciária de controle dos atos administrativos. Nesse momento foi citada a teoria do desvio de poder e também dos motivos determinantes. Teorias essas que vieram com a finalidade de limitar a liberdade do gestor público.

Por fim, este trabalho terá como escopo explicar, sem o objetivo de esgotar o tema, a atividade administrativa exercida pelo administrador público, especialmente no que concerne aos atos administrativos discricionários, e, essencialmente, identificar possíveis formas e meios pelo qual os atos discricionários poderão sofrer o controle pelo Poder Judiciário.

ATO ADMINISTRATIVO

Na doutrina nacional, atualmente, não existe uniformidade acerca de apenas um conceito de ato administrativo. Inicialmente, se faz conveniente diferenciar fato, fato jurídico, fato administrativo e ato administrativo. Podemos chamar de fato qualquer acontecimento que acontece na nossa vida. Se esse acontecimento gerar repercussões no mundo jurídico, então será denominado fato jurídico. Por sua vez, o fato administrativo é aquele que atinge de forma específica

o direito administrativo, a exemplo da secretária que digita um ofício.

Nas palavras de Meirelles (2016), ato administrativo é diferente de fato, pois no ato existe a manifestação de vontade. Assim, se um ato produzir efeito na seara Administrativa, será denominado de ato administrativo. Se enquadra no gênero atos jurídicos. São sempre manifestações de vontade unilaterais. Estão sujeitos ao regime de direito público, pois, são manifestações sempre produzidas no âmbito das relações de direito público.

Meirelles (2016, p.173) conceitua ato administrativo como:

“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

Cabe salientar que o autor restringe seu conceito ao tratar apenas dos atos unilaterais de vontade da Administração, não tratando dos atos bilaterais que são os contratos administrativos.

Segundo o conceito de Carvalho Filho (2018, p.162) ato administrativo “é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

Di Pietro (2019, p.456) ensina que ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Ao conceituar ato administrativo, Di Pietro (2019) também afirma que há vários critérios para defini-lo, com destaque para o subjetivo e objetivo. Pelo critério subjetivo, que leva em conta o órgão que pratica a ação, ato administrativo é aquele praticado exclusivamente pelos órgãos administrativos, ficando excluídos desse conceito os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, pelo simples fundamento de não serem produzidos por órgãos de natureza administrativa.

Seguindo a lição de Di Pietro (2019) pelo critério objetivo, ato administrativo é aquele praticado no exercício da função administrativa, não importando o órgão que emanou o ato, podendo ser órgão que compõe o Judiciário ou Legislativo. Essa acepção considera que a distribuição de funções não é rígida, assim, cada Poder exerce sua função típica, e, de forma paralela, desempenha funções atípicas (atribuição típica de outros Poderes).

Os atos administrativos possuem diversas classificações, mas aqui, como foco no que será desenvolvido, ou seja, uma análise das hipóteses de controle Judicial dos atos administrativos no âmbito do poder discricionário e para não nos tornarmos demasiadamente extensos, focaremos nos atos discricionários e vinculados.

Atos administrativos vinculados e discricionários

Ademais, pode-se entender que atos administrativos vinculados são aqueles em que a Administração atua sem nenhuma margem de liberdade, aqui a lei prevê a única postura possível para atuação diante do caso concreto (MELLO, 2009). Aqui, não há que se falar em mérito administrativo.

Por outro lado, atos administrativos discricionários são aqueles em que a lei concedeu ao

gestor público uma margem de liberdade para atuar. Ex.: decidir entre duas soluções possíveis diante de um imbróglio. Aqui existe o chamado mérito administrativo, que é a liberdade conferida ao administrador público para exercer seu juízo de oportunidade e conveniência. Di Pietro defende que o poder de atuação da administração, embora discricionário, deve observar os limites impostos pela lei (DI PIETRO, 2018).

Mello conceitua a discricionariedade como:

Discricionariedade, portanto, é a margem liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 1996, p. 48).

A atuação do agente público na materialização das atividades administrativas não pode se pautar somente no seu juízo de oportunidade e conveniência. É necessário que os atos e condutas praticados pelos gestores públicos sejam justificados na lei e amparados por uma fundamentação fática. É nesse cenário que surge o instituto do Controle da Administração Pública.

Oliveira (2018) afirma existir duas espécies de controle: a) controle de legalidade, que é a adequação formal do ato com o comando emitido pela lei; e b) controle de mérito, que é a verificação da conveniência e oportunidade. Ainda afirma que, é vedado ao Judiciário se substituir ao administrador para definir, qual a decisão mais conveniente ou oportuna, sob pena de desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Mérito administrativo

Nas palavras de Meirelles (2016, p. 179), o mérito administrativo consiste na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

Na mesma linha Mello (2013) afirma que mérito é a liberdade prevista na lei para atuação do agente público diante de duas ou mais soluções possíveis para a resolução de um caso concreto, sempre se utilizando de critério de conveniência e oportunidade.

Em resumo, mérito administrativo pode ser considerado o poder conferido ao Administrador Público para que ele decida sobre a oportunidade e qual o momento mais oportuno para a prática do ato discricionário.

Binenbojm (2016), afirma que para muitos autores clássicos existe uma dicotomia entre legalidade e mérito. Enquanto a legalidade se restringe à análise da adequação ao texto legal, o mérito busca a conveniência e oportunidade. Ocorre que esse pensamento aos poucos está sendo modificado.

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Nas palavras de Meirelles (2016), ao tratar acerca do controle dos atos administrativos, se faz necessário fazer uma breve análise dos sistemas existentes. No sistema inglês (ou jurisdição única), todo e qualquer litígio, seja ele administrativo ou cível, pode ser levado ao conhe-

cimento do Judiciário, ou seja, um imbróglio, mesmo decidido na via administrativa, poderá ser levado ao Judiciário. Já no sistema francês (dualidade de jurisdição, contencioso administrativo) ao lado do Judiciário existe a Justiça responsável por julgar as causas administrativas, aqui as causas decididas por uma Justiça não podem mais ser objeto de nova contenda interposta na outra.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, deixa clara a adoção pelo sistema inglês de controle dos atos da administração, pois traz de forma expressa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, no Direito brasileiro, apenas o Judiciário pode decidir, de maneira definitiva/permanente, acerca dos conflitos de direito existentes na sociedade, incluindo-se, os litígios entre a Administração e os administrados.

No Direito Administrativo existem duas formas distintas de controle jurisdicional da Administração, podem ser adotadas para controle dos atos administrativos ilegais/ilegítimos praticados pelo Poder Público: a primeira é o controle de legalidade e a segunda é o controle de mérito do ato administrativo.

Oliveira (2016), afirma que o controle dos atos administrativos pode ser de duas espécies: a) controle de legalidade, que fiscaliza a adequação formal entre o ato praticado com o comando emitido pela lei; e b) controle de mérito, que é a verificação da conveniência e oportunidade. O autor ainda deixa claro que, é vedado ao Judiciário adentrar o mérito da questão para definir, qual a decisão mais conveniente e oportuna no caso concreto, sob pena de desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Na visão de Mello (2013), na edição de um ato administrativo, existe a necessidade deste se adequar à lei, apenas o fato de não ser contrário a esta não é suficiente, logo, a atividade administrativa é limitada pelo direcionamento legal. Em algumas situações, o próprio legislador atribui certa margem de liberdade ao gestor público para escolha da melhor solução a ser aplicada no caso concreto, são os chamados atos administrativos discricionários.

Meirelles (2016), afirma que o Poder Judiciário tem a competência para fazer o controle dos atos administrativos praticados pelos outros Poderes, bem como do próprio Judiciário, quando exerce sua função atípica administrativa, e isso pode ser chamado de controle jurisdicional. Este tipo de controle deverá ser realizado sob estrito manto da legalidade, restringindo, se tão somente, à verificação de conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico e os princípios administrativos constitucionais.

Não cabe ao Poder Judiciário se fazer substituir a vontade da Administração pela sua, no que diz respeito a questões relacionadas ao mérito. Cabe apenas à Administração Pública, diante dos critérios de oportunidade e conveniência. Compete ao gestor público selecionar a conduta a ser tomada, dentre as possíveis, diante do caso concreto. Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 845 e 846) ensina que:

“Os atos sujeitos a controle judicial comum são os administrativos em geral. No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 52, XXXV), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em

exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.”

Nas palavras de Meirelles (2016) o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos praticados pela Administração deve se limitar a analisar exclusivamente os aspectos legais, devendo nunca adentrar nos quesitos de conveniência e oportunidade. Quando da prática de um ato administrativo, a Administração tem o dever de seguir fielmente os ditames legais, não basta aqui o fato de não praticar ato contrário à Lei.

Diante de um mundo tão dinâmico é extremamente lógico e racional chegar à conclusão de que não existe nenhuma lei capaz de abarcar todas as possibilidades de atuação, tanto cível, penal ou administrativa. Prevendo essa possibilidade, os próprios legisladores, em diversas situações, deixaram uma certa margem de discricionariedade de atuação do Administrador no caso concreto. Surge aqui o poder discricionário.

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (DI PIETRO, 2019, p. 481).

Di Pietro (2018) afirma que, mesmo diante de uma situação que permita ao administrador público atuar com certa liberdade diante das várias possibilidades de solução em um caso concreto, o Poder Público não atua de forma completamente livre, pois ainda deve obedecer a alguns aspectos, dentre os quais podemos citar: a competência, a forma e a finalidade. A atuação mesmo discricionária tem que estar localizada dentro dos limites legais.

Do mesmo modo, Mello (1996) aduz que, existe atuação discricionária quando o administrador possui certo campo de liberdade, que depende de sua subjetividade quanto a sua conveniência, oportunidade e modo de realização. Surge aqui o conceito de “mérito administrativo” criado pela doutrina, conforme trabalhado anteriormente neste estudo.

Como trabalhado anteriormente, mérito administrativo é o poder conferido ao Administrador Público para que ele decida sobre a conveniência e qual o momento mais oportuno para a prática do ato discricionário.

Para Binenbojm (2014), na visão de muitos autores clássicos existe uma dicotomia entre legalidade e mérito. Enquanto a legalidade se restringe à análise da adequação ao texto legal, o mérito busca a conveniência e oportunidade. Ocorre que esse pensamento aos poucos está sendo modificado. O mérito, que antes era intocável, passou a ser objeto de análise, conjugado com a devida aplicação dos princípios constitucionais.

Não obstante, outros doutrinadores entendem não haver mais dicotomia entre legalidade e mérito, pois o mérito sofreu uma significativa restrição em decorrência da aplicação dos princípios constitucionais.

Do mesmo modo, Di Pietro (2018) afirma que, em decorrência da ampliação da legalidade, houve redução do poder discricionário e ampliação da autoridade judiciária sobre questões que antes eram consideradas de mérito. Ou seja, o que ocorreu foi uma redução significativa do mérito da ação administrativa, pois aspectos que antes eram considerados mérito, mas não passíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como legalidade, em sentido amplo.

Di Pietro (2018), ensina que, com o tempo surgiram algumas teorias que buscaram entender, explicar e ampliar o âmbito de atuação do Judiciário no controle sobre os atos administrativos. Como exemplo temos: a teoria do desvio de poder, que afirma ser possível a anulação pelo Poder Judiciário de atos discricionários, quando estes atinjam finalidade diversa daquela fixada pela lei; a teoria dos motivos determinantes e a teoria dos princípios jurídicos e o controle de juridicidade.

Di Pietro (2018), continua e afirmar que a teoria do desvio de poder trata acerca das situações em que o Poder Público se utiliza do poder discricionário para se distanciar da finalidade pública prevista na legislação. Nesse caso é possível a atuação do Judiciário para anular tal ato.

Mello (1996) ensina que a teoria do desvio do poder nada mais é do que a verificação da correta aplicação do princípio da legalidade. A discricionariedade não pode servir para encobrir atuações ilegais da administração.

Na mesma linha, Oliveira (2018) aduz que, para a teoria dos motivos determinantes, a validade de um ato administrativo é determinada pela correspondência entre os motivos expostos e a existência real dos fatos que levaram à sua publicação. Mesmo nas situações em que não é obrigado a motivar, o agente público não poderá fugir da realidade se o fizer.

Em decorrência da constitucionalização do Direito, e especialmente do direito administrativo, surge a teoria dos princípios jurídicos que exige a compatibilidade das ações administrativas com os princípios consagrados no ordenamento jurídico. Para Oliveira (2018) dentro do contexto de constitucionalização do direito administrativo, surge a possibilidade de uma fiscalização mais ampla e efetiva dos atos administrativos.

Entretanto, essa ampliação de atuação do Judiciário quanto à esfera da discricionariedade administrativa, gerou, e gera, uma série de questionamentos sobre a possibilidade de análise de mérito pelo Poder Judiciário de atos praticados no exercício do poder discricionário.

Para Moreira Neto (1998), o debate acerca da sindicabilidade do mérito não se resolve apenas pela simples afirmação de que o poder discricionário é imune ao controle judicial. Ao fazer tal afirmação é como se estivesse presumindo que o uso do arbítrio, por mais deficiente que fosse, jamais resultaria em ilegalidade.

Teoria dos motivos determinantes do ato administrativo

Ao tratar acerca da teoria dos motivos determinantes se faz importante retornar ao conceito de motivo, anteriormente tratado. Em resumo, motivo são as razões fáticas e de direito que fundamentam a edição ou prática do ato. Seguindo nessa linha, pode-se concluir que motivo é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

Di Pietro (2018), estabelece que, os conceitos de motivo e motivação não devem ser confundidos. A motivação é feita por quem edita ou pratica o ato, ou seja, como uma exposição dos motivos, já a justificação do porquê daquele ato (motivo), é um requisito do ato administrativo.

Meirelles (2016), ensina que, a teoria dos motivos determinantes se baseia na ideia de que quando os atos administrativos discricionários forem motivados, eles ficam vinculados aos respectivos motivos expostos, como determinantes de sua ação. Deve haver perfeita correlação

entre os motivos e a realidade, sob pena de ilegalidade.

Essa teoria se caracteriza como um dos meios hábeis para conter a atuação do administrador público no exercício da atividade administrativa discricionária por meio do efetivo exame dos motivos declarados no ato, tanto da subsistência quanto da idoneidade que possuem. Esse exame, por si só, não traz grandes dificuldades. O problema pode estar na valoração dos motivos.

Este problema reside, justamente, no fato da discricionariedade representar aquela margem de liberdade conferida ao administrador público pela lei, possibilitando que este possa decidir se o motivo fático ocorrido possui relevância ou não para ensejar uma providência administrativa.

No caso concreto, o Poder Judiciário deve fazer uma investigação dos fatos e da correlação entre o ato praticado e os motivos elencados, podendo tão somente exercer o poder jurisdicional na decisão tomada quando for notadamente desproporcional, algo totalmente contrário à lei. O administrador tem a opção de praticar o ato administrativo discricionário, sem declarar o motivo, entretanto, se ainda assim decidir expô-los, para Marinela (2016, p.402) “o administrador fica vinculado às razões de fato e de direito que levaram à prática do ato”.

Para Di Pietro (2018), caso não haja previsão da lei da imposição de motivar o ato administrativo e o administrador público o declare no momento da criação do ato, o motivo elencado no ato passará a integrar a conduta praticada e, caso eventualmente o motivo não corresponda com a realidade fática, o ato será viciado.

Como exemplo, podemos imaginar a seguinte situação: em determinada cidade do interior do Ceará, o prefeito exonera secretário municipal, cargo comissionado exonerável *ad nutum* (sem necessidade de motivação), entretanto, o prefeito fundamenta a exoneração em ato praticado com improbidade administrativa, a partir desse momento, esse motivo expresso vinculará a exoneração e sua eficácia dependerá da real existência do motivo declarado.

Mello (2013), afirma que, sendo falso o motivo, o Judiciário atuará correlacionando os fatos e provas, com o objetivo de verificar se o agente público atuou dentro ou fora dos limites de discricionariedade, portanto, sendo falso o motivo, deverá anular a exoneração.

Diante do todo até aqui exposto, percebemos que é extremamente necessária a motivação de todo o ato discricionário. A motivação dos atos, mesmo quando não obrigatória, demonstra, por parte dos agentes públicos, sua intenção de moralidade, probidade e boa-fé, lhe proporcionando também uma maior segurança jurídica.

Teoria do desvio de poder

Conforme tratado anteriormente, o ato administrativo deve sempre visar o interesse público. Nessa linha de raciocínio, Carvalho Filho (2018) aduz que não se aceita que o agente público, como gestor dos interesses da coletividade, direcione suas condutas a anseios particulares.

Marinela (2013) traz em suas lições que a atividade administrativa como um todo deve ser voltada para o atendimento das necessidades da sociedade. Se, por acaso, o agente público, protagonista da ação administrativa, não conseguir atingir a meta legalmente mandatada, estará configurado o desvio de poder.

Nas lições de Mello (2013), fica caracterizado o desvio de poder quando o agente público atua exercendo uma competência que era sua, entretanto, o faz com o objetivo de atingir fim diverso daquele estabelecido na lei. O desvio de poder pode ser de duas espécies: a) agente busca finalidade diferente de qualquer interesse público; b) busca atingir um interesse público, entretanto, é diferente do direcionamento emanado pela lei.

Já Carvalho Filho (2018), por sua vez, ensina que um comportamento abusivo no exercício da atividade administrativa decorre de duas possibilidades: a) excesso de poder: quando o administrador extrapola os limites de sua competência, e, b) desvio de poder: quando o administrador se distancia do interesse público que deve fundamentar a prática dos atos administrativos.

O administrador público não disporá simplesmente de poderes-deveres, mas, sim, de deveres-poderes que serão empregados no exercício da atividade administrativa para buscar primeiramente os interesses em prol da coletividade. Mello (2013), ensina que muitas vezes, no exercício da função administrativa, é perdido o objetivo natural, criando deformações, que poderão ser contestadas pela teoria do “desvio de poder”, por estar eivado de vício.

Para Di Pietro (2007), o maior problema reside na dificuldade de provar que o ato produzido é abusivo, sobretudo pelo fato de que essa ilegitimidade vem dissimulada sob uma aparência da perfeita legalidade, impondo, assim, obstáculos para obtenção da efetiva prova do desvio. Isto porque, trata-se de intenções subjetivas do administrador, razão pela qual é necessário que haja indícios ou elementos circunstanciais que comprovem que houve o desvio de finalidade.

Como já afirmado demasiadamente neste trabalho, a conduta da Administração Pública deve estar preordenada ao interesse público, em observância ao que dispõe a lei. *A contrário sensu*, extravia-se o agente público da finalidade estampada na regra em que se calça o ato, configurando desvio de poder em seu agir.

Cabe, assim, ao Poder Judiciário, ainda que diante de um ato administrativo discricionário, averiguar se determinada conduta atende aos anseios da coletividade. Ainda que a seleção dos critérios de oportunidade e conveniência seja ínsita à Administração Pública, cabe ao Judiciário averiguar se a finalidade do ato encontra amparo na lei, cuja inobservância autoriza o reconhecimento da ilegalidade da conduta estatal.

POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

É fundamental explorar o posicionamento jurisprudencial. Portanto, se faz necessário analisar alguns pronunciamentos judiciais sobre a extensão do controle efetivado nos atos administrativos discricionários, com o intuito de colaborar com os argumentos erigidos no presente trabalho.

O primeiro caso tratado foi de um Agravo em Recurso Especial 1.808.617 DF 2020/0332967-0, foi interposto por candidato reprovado na fase de investigação social no concurso público da Polícia Militar do Distrito Federal por uso de entorpecente quando tinha 19 anos de idade, entretanto, o mesmo já foi aprovado em todas as fases do concurso da Polícia Militar do Maranhão e no momento é professor da rede pública de ensino do Distrito Federal.

O recurso foi interposto com a finalidade de reestabelecer sentença reformada pelo Tri-

bunal de origem. Em seu voto, seguido por unanimidade, o relator fundamenta que o Tribunal tratou a discricionariedade administrativa como valor absoluto, onde não seria possível uma correção mesmo diante de ilegalidades.

Cabe destaque ao voto do relator, especialmente porque foi seguido por unanimidade. O Ministro Og Fernandes entendeu que, a discricionariedade que possui a Administração não é absoluta e não é imune ao controle judicial, em casos em que ocorrem restrições a direitos dos administrados, cabe ao Judiciário analisar os aspectos vinculados do ato administrativo (competência, forma, finalidade), e também a obediência ao princípio da proporcionalidade. (STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 1806617 DF 2020/0332967-0).

O voto foi encerrado com o seguinte trecho:

(...)entendo que a irresignação recursal merece acolhimento, na medida em que o acórdão recorrido, ao reconhecer a impossibilidade de controle judicial do ato que reprovou o candidato da sindicância de vida pregressa, trilhou orientação contrária ao entendimento desta Corte Superior, estando demonstrado, no caso, que a Administração não se pautou pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Logo, deve ser reformado o acórdão impugnado para que seja restabelecida a sentença concessiva da segurança. (STJ - AREsp: 1806617 DF 2020/0332967-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/06/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2021)

No julgado acima citado, há de se destacar que, conforme afirmado no decorrer do presente trabalho, a Administração tem sua liberdade de atuação concedida pela lei quando atua no exercício do poder discricionário, entretanto, essa liberdade não é imune às fiscalizações do Judiciário, principalmente quando ocorrem situações que extrapolam o conteúdo do texto legal.

O segundo caso trata-se de um Recurso Extraordinário interposto no Supremo Tribunal Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No caso em tela o TJSP decidiu que, com base no acervo de provas não restou configurado o crime de denúncia caluniosa, e anulou a pena aplicada, com base no princípio da proporcionalidade (STF - RE: 1298463 SP 2060373-41.2015.8.26.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020).

A Procuradoria do Estado de São Paulo recorreu buscando a anulação do acórdão, sob o argumento que a atuação do Judiciário, ao anular a pena aplicada, extrapolou os limites da legalidade do ato.

O ministro Roberto Barroso, relator do caso, decidiu que no caso não era cabível RE, pois o acórdão estava alinhado com a jurisprudência do STF sobre o controle dos atos administrativos ilegais, tal análise pelo Judiciário não ofende o princípio da separação de poderes.

Da análise dos precedentes transcritos acima, pode-se concluir que o controle judicial do ato administrativo é imprescindível quando o Poder Público age em descompasso com o direito. Não há que se falar em violação à separação dos Poderes, uma vez que a intervenção do Judiciário se dá apenas para corrigir vícios de legalidade da Administração Pública, ou quando esta adota critérios e conceitos desproporcionais ou que se afastem da finalidade pública e dos motivos expressos na legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o controle dos atos administrativos discricionários se mostra indiscutivelmente importante para o mundo jurídico, visto que, embora possuam uma apreciação subjetiva, devem, necessariamente, atender às finalidades legais.

Tendo como pano de fundo o entendimento doutrinário e também jurisprudencial, foi realizada a conceituação e diferenciação dos atos administrativos vinculados e discricionários, e a forma de controle exercido sobre cada um deles, sempre tratando de ressaltar que a liberdade da Administração não absoluta e ilimitada deve obedecer aos direcionamentos da lei.

A possibilidade de controle judicial da Administração é baseada no sistema inglês e também no princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV. A doutrina clássica entendia que o controle devia se ater apenas a critérios relacionados à legalidade, pois o mérito era praticamente insindicável.

As teorias tratadas anteriormente, relacionadas ao controle dos atos administrativos, surgiram com o objetivo de diminuir a discricionariedade da Administração e permitir que o Judiciário adentrasse em questões relacionadas ao mérito. A teoria do desvio de poder é um exemplo. Passou-se a não mais aceitar que o administrador público, sob a cortina da discricionariedade, atuasse desviando-se dos fins legais. A coisa pública não pertence ao administrador público, e por isso sua atuação deve ser balizada na lei.

Outra teoria que tem grande relevância na esfera do controle judicial é a teoria dos motivos determinantes, que condiciona a validade dos atos administrativos aos motivos do ato, de modo que a inexistência ou inidoneidade do motivo, ocasionaria a invalidação dos mesmos.

Não há dúvida, é imprescindível o controle judicial sobre os atos administrativos como meio de fazer o gestor público adotar as melhores soluções diante do caso concreto, ou seja, condutas morais, baseadas nos possíveis benefícios à população e baseadas nas finalidades expressas na lei.

Assim, é possível concluir que houve uma ampliação do papel do Judiciário, baseada no princípio da legalidade, isso ocasionou uma diminuição na liberdade de atuação do administrador público e restringiu o conceito de mérito administrativo. Mesmo assim, resta à Administração uma margem de liberdade para atuar diante do caso concreto. Este ponto merece destaque, pois assim como a liberdade dos gestores públicos não é ilimitada, a atuação do Poder Judiciário deve ser feita com cautela, uma vez que não pode chegar ao ponto de invadir a margem de liberdade reservada pela lei aos gestores públicos, deve ser sempre pautada na busca por ilegalidades.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 1298463 SP 2060373-41.2015.8.26.0000. Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1138261063/recurso-extraordinario-re-1298463-sp-2060373-4120158260000/inteiro-teor-1138261071>. Acesso em: 03/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 1806617 DF 2020/0332967-0. Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/06/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230184327/agravo-em-recurso-especial-arep-1806617-df-2020-0332967-0/inteiro-teor-1230184328>. Acesso em: 03/04/2022

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Controle de constitucionalidade no âmbito dos tribunais de contas: uma análise do procedimento adotado pelo tribunal de contas do estado do Amazonas

Antônio Carlos Souza da Rosa Junior

Bacharel em Direito pela Ulbra/Manaus. Bacharel em Ciências Contábeis pela UFAM. Servidor efetivo do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.27

RESUMO

O presente trabalho objetiva, essencialmente, não só debater a realização de controle de constitucionalidade pelas Cortes de Contas em justaposição aos recentes entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – STF, mas também analisar a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE/AM vem realizando tal tarefa. O trabalho de pesquisa teve como foco o uso de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, bem como o entendimento de reconhecidos doutrinadores brasileiros. Para fins da análise do procedimento realizado pelo TCE/AM, utilizou-se busca na legislação interna do órgão, em especial na Lei Orgânica e no Regimento Interno da citada Corte. Usou-se, portanto, pesquisa explorativa documental sobre a temática em questão, ao passo que se chegou ao resultado de que é possível a realização de controle de constitucionalidade difuso (em casos concretos postos a sua análise) pelos Tribunais de Contas, mas que, em linhas gerais, o procedimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas padece de sério problema, uma vez que permite, em tese, a extensão de efeitos da decisão adotada a casos supostamente similares, fato esse que pode ensejar o controle abstrato de constitucionalidade, o qual não se permite aos Tribunais de Contas realizarem.

Palavras-chave: direito constitucional. controle de constitucionalidade. tribunais de contas.

ABSTRACT

The present work aims, essentially, not only to debate the implementation of constitutional review by the Courts of Auditors in juxtaposition to recent understandings issued by the Federal Supreme Court - STF, but also to analyze the way in which the Court of Auditors of the State of Amazonas - TCE / AM has been performing such a task. The research work focused on the use of judgments of the Federal Supreme Court on the subject, as well as the understanding of recognized Brazilian scholars. For the purpose of analyzing the procedure carried out by the TCE/AM, a search was used in the internal legislation of the organ, especially in the Organic Law and in the Internal Regulations of the aforementioned Court. Therefore, an exploratory documental research on the subject in question was used, while the result was reached that it is possible to carry out a diffuse control of constitutionality (in specific cases put to its analysis) by the Courts of Auditors, but that, in general terms, the procedure adopted by the Court of Auditors of the State of Amazonas suffers from a serious problem, as it allows, in theory, the extension of the effects of the decision adopted to supposedly similar cases, a fact that can give rise to the abstract control of constitutionality, which the Courts of Auditors are not allowed to do.

Keywords: constitutional law. constitutionality control. courts of accounts.

INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas, até mesmo pelas suas ainda pouco exploradas características, têm sido alvo de algumas decisões, advindas de nossa Corte Máxima, o Supremo Tribunal Federal, por meio das quais são firmados entendimentos que podem vir a obstaculizar o exercício do controle externo por parte daqueles.

É dizer que, para que as Cortes de Contas possam exercer na plenitude as missões

atribuídas por nossa Constituição Federal, faz-se mais do que necessário que se entenda as características peculiares daquelas instituições, bem como sua posição no ordenamento jurídico.

O desconhecimento aliado a pouca produção doutrinária e acadêmica sobre Tribunais de Contas enseja e fomenta, infelizmente, uma redução da gigantesca importância que tais instituições possuem em nossa democracia. Pouco tempo atrás, até se entendeu, pela simples e fria leitura do teto constitucional, que os Tribunais de Contas seriam meros auxiliares do Poder Legislativo. Hoje em dia, tal entendimento, que era despido da melhor técnica e interpretação jurídica, já foi desfeito, ao passo que já se entende que os Tribunais de Contas são órgãos autônomos e de status constitucional, não fazendo parte de qualquer dos poderes, a exemplo do Ministério Público. Ademais, até soaria estranho entender que os Tribunais de Contas pertencem ao Poder Legislativo (o que só ocorre para verificação dos limites com gasto de pessoal constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal), posto que exercem, sobre o próprio legislativo, controle externo fiscalizatório de atos e gastos.

Importante aqui registrar que, tem algum tempo, o então Ministro Carlos Ayres Brito, em elucidativo e espetacular artigo redigido no sítio eletrônico da Editora Fórum, dissertou sobre a real posição dos Tribunais de Contas em nosso ordenamento jurídico, conforme abaixo se reproduz:

3.1 Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

3.2 As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

Nesse contexto de pouca investigação e dificuldade de entendimentos sobre a dinâmica de funcionamento dos Tribunais de Contas é que se encontra situado o presente trabalho, o qual irá abordar um tema bem sensível, qual seja: a realização de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, bem como analisar-se-á a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas realiza a tarefa com base na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – UMA ANÁLISE À LUZ DOS ENTENDIMENTOS RECENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA DOCTRINA

Há muito tempo que notórios doutrinadores e estudiosos da temática controle de cons-

titucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas debruçam-se sobre a matéria sem, contudo, apontar alguns delineamentos definitivos e solucionadores das problemáticas envolvidas.

Vale registrar que a competência para os Tribunais de Contas realizarem controle de constitucionalidade de leis e atos normativos encontra-se registrada e capitulada na ainda válida Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, a qual se encontra abaixo transcrita:

Enunciado Súmula 347/STF

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Rememora-se que a citada Súmula foi concebida na vigência da Constituição Federal de 1946, mais especificamente no bojo das discussões acerca do RMS 8372/CE, de relatoria do Ministro Pedro Chaves, com julgamento em 11/12/1961 e publicação no Diário de Justiça em 26/4/1962. Na ocasião que, como já se disse, ensejou a elaboração da Súmula 347, o Supremo Tribunal Federal considerou que o Tribunal de Contas do Estado do Ceará poderia afastar a aplicação da lei local 4.318, acentuando que “não há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.” Dessa forma, ficou assentado pelo STF que os Tribunais de Contas poderiam analisar a constitucionalidade de lei nos casos concretos nascidos de sua competência constitucional, bem como afastar sua aplicação.

Observe-se que o verbete da Suprema Corte nacional é claro ao atribuir competência para realização de certa espécie de controle de constitucionalidade. Nesse prisma, vale lembrar que se mencionou certa espécie, posto que se sabe claramente que compete, em regra, quando no controle repressivo, aos órgãos jurisdicionais o dito controle de constitucionalidade. É dizer que nenhum órgão fora do Poder Legislativo poderia, como regra, realizar o controle abstrato de constitucionalidade, conforme competência atribuída pela Constituição Federal por meio dos arts. 97 e 102, I, “a”, os quais abaixo se reproduz:

art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Dessa forma, vale frisar que muito embora a Súmula 347 do STF não diga de forma clara, e nem precisaria desta precisão, só caber aos Tribunais de Contas o controle difuso, ou seja, o realizado de forma incidental nos casos concretos postos à apreciação, tal entendimento poderia ser facilmente extraído dos já referidos dispositivos constitucionais acima delineados.

Quanto a esses pontos, não há o que se discutir, ou seja, aos Tribunais de Contas, caso se mantenha o atual texto da Súmula 347, só cabe a realização de controle concreto de constitucionalidade.

Exemplificando, não cabe aos Tribunais de Contas autuar e admitir qualquer espécie processual que tenha como objetivo único e inicial a apreciação de suposta inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Uma situação hipotética e perfeitamente visível, seria o caso de uma Representação do Ministério Público junto a certo Tribunal de Contas, através do qual se questionasse lei do poder público que concedeu a estabilidade a servidores que não tiveram suas admissões advindas de concurso público. Todos são sabedores acerca da observância da regra de realização de concurso público contida na Constituição Federal para que se obtenha a estabilidade no serviço público.

Ocorre que, mesmo que um Ente edite lei estabilizando servidores que não adentraram via concurso público, não cabe aos Tribunais de Contas autuar qualquer procedimento a fim de que se analise exclusivamente tal ato do Poder Público, sob pena de exceder os poderes concedidos pela Súmula 347 do STF e, dessa forma, configurar a realização de controle abstrato de constitucionalidade. Contudo, entende-se que seria diferente se no bojo da análise de um processo de admissão de servidor (competência prevista no inciso III do art. 71 da Constituição Federal), o Tribunal de Contas verificasse a incompatibilidade da norma que concedeu a estabilidade ao cidadão com a Constituição Federal e a afastasse, reconhecendo a ilegalidade do ato admissional e, com isso, negando-se registro ao mesmo. Isso seria a pura e simples realização de controle concreto de constitucionalidade, ou seja, feito de forma incidental e num processo que não nasceu especificamente para o fim de análise da constitucionalidade do ato.

Nesse prisma, vale destacar que mesmo a possibilidade de realização de controle concreto vem sendo hoje muito questionada por alguns doutrinadores e pelo próprio STF.

O ilustre e célebre Ministro Gilmar Mendes, quando se posicionou acerca do tema na obra de sua autoria, denominada Curso de Direito Constitucional (2016, fls. 1185/1186), pronunciou-se sobre a temática deste artigo reproduzindo um entendimento de sua própria lavra no Mandado de Segurança 29.123/DF, em trâmite no STF. Vejamos o mencionado trecho:

“No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.”

Em análise da temática, a notável Tathiane dos Santos Piscitelli assim se posicionou:

“a despeito de o artigo 71 conter uma ampla lista de atribuições para os Tribunais de Contas, nenhuma delas contempla a possibilidade prevista na Súmula 347”. Portanto, segundo ela, “a despeito da súmula, não se afigura razoável que os Tribunais de Contas decidam sobre legalidade ou inconstitucionalidade de norma, sendo esse papel privativo do Poder Judiciário.”

No mesmo sentido, o ilustre Professor Pedro Lenza (2021) assim adentrou na discussão:

“Referidos órgãos não exercem nem o controle concentrado, nem mesmo o controle difuso de constitucionalidade. A atuação dos ditos “órgãos administrativos autônomos de controle” vem sendo discutida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, especialmente em razão da S. 347/STF, editada em 13.12.1963, que tem a seguinte orientação, causando muita divergência: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Conforme anota Bulos, embora os Tribunais de Contas “... não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto”. Mas será que esse seria um caso de efetivo controle de constitucionalidade? Veremos que não, já deixando claro o atual posicionamento do STF, que nos parece o mais acertado!

Alertamos, inclusive, que a subsistência da S. 347 em seu sentido original está em discussão no STF e vem sendo criticada a partir de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes em mandado de segurança impetrado pela Petrobras, atacando ato do TCU que determinou à impetrante e seus gestores que se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n. 2.745/98, devendo ser observadas as regras da Lei n. 8.666/93 (MS 25.888-MC, j. 22.03.2006, tendo sido o referido mandado de segurança julgado prejudicado ante a perda superveniente de seu objeto e, assim, revogada a medida liminar deferida, conforme decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes, em 14.09.2020 — pendente o julgamento de agravo interno). Segundo fundamentou o Min. Gilmar Mendes no julgamento da liminar, inclusive em sede doutrinária, a S. 347 foi editada no ano de 1963, na vigência da Constituição de 1946 e quando ainda não existia qualquer forma de controle concentrado no Brasil. Lembre-se de que, naquele momento, vigorava apenas o controle difuso, já que a introdução do controle concentrado se deu pela EC n. 16/65, que estabeleceu um exclusivo legitimado, qual seja, o PGR. Naquele contexto, argumenta, admitia-se a não aplicação da lei considerada inconstitucional. Contudo, com o advento da CF/88 e a alteração radical na legitimação ativa para a propositura da ADI genérica (art. 103), não mais se justifica o entendimento firmado na S. 347.

Não de outra forma, ou seja, entendendo pela impossibilidade da realização de controle de constitucionalidade, mesmo de forma concreta, vem decidindo recentemente o Supremo Tribunal Federal, conforme abaixo se demonstra de trechos do inteiro teor do Acórdão exarado no bojo do Mandado de Segurança 35.490/DF, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo a publicação ocorrida em 6/5/2021 e o trânsito em julgado em 2/6/2021:

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal.
2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal.
3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes.
4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art.

4º da Lei nº 10.887/2004.

Pra fins didáticos, insta assinalar que essa mencionada decisão é a mais recente no âmbito do STF acerca da temática aqui abordada neste artigo. O citado Mandado de Segurança foi interposto pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL contra ato do Tribunal de Contas da União, o qual determinou que

“os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF”

Pelo debatido no referido julgado, ficou entendido que o TCU não poderia afastar de forma indiscriminada e genérica uma gratificação alocada por lei, sob pena de ferir mandamento constitucional que atribui a realização do controle de constitucionalidade abstrato somente ao Poder Judiciário.

Acredita-se que há plena correção na tese aplicada pelo STF no Mandado de Segurança 35.490/DF, uma vez que, de fato, não pode, sob hipótese alguma, a realização, pelos Tribunais de Contas, de controle de constitucionalidade cujos efeitos serão aplicados de forma genérica e não atinentes somente ao caso concreto sob análise.

Digamos que um Tribunal de Contas, no bojo da análise de uma prestação de contas considere dispositivo de certa norma como ofensivo à Constituição e, dessa forma, decida por afastá-lo. Logo, a execução da despesa não ficaria mais acobertada por qualquer ato normativo, tornando-se ilegal e sendo passível de responsabilização. O gestor condenado a devolver, irrisignado, decide ingressar na justiça com mandado de segurança alegando a impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade por parte da referida Corte de Contas. Tomando-se por base o que decidiu o STF no Mandado de Segurança 35.490/DF, o controle de constitucionalidade realizado seria plenamente possível, uma vez que foi feito num caso concreto e de forma incidental, bem como não houve qualquer extensão de efeitos da medida exarada, de forma que aplicou somente ao gestor sob fiscalização.

Dessa forma, de pronto, opina-se que denegar a realização de controle difuso ou a possibilidade de se afastar a aplicação de lei flagrantemente constitucional pelos Tribunais de Contas é obstaculizar o exercício do controle externo, ao passo que, caso não resolvida a questão prejudicial pelo próprio Tribunal de Contas (e isso acarreta em realizar controle difuso ou afastamento da aplicação de lei), não se poderá dar sequência na análise e registro do ato ou apreciação e julgamento de prestação de contas.

Entrementes, vale ressaltar, com a máxima vênia, que a tese trazida a lume pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes e transcrita em seu livro já citado acima, bem como já prolatada em alguns processo em trâmite no STF (como exemplo, o Mandado de Segurança 25.888/DF), não pode, por si só, prosperar a afastar a aplicação de item sumulado pela egrégia Suprema Corte, posto que, quando se fala em aumento de legitimados pela CF de 1988, estar-se a listar aqueles que podem iniciar o controle abstrato, o qual, como já se repisou, não é cabível aos Tribunais de Contas, uma vez que tal tipo de controle somente é realizado pelo Poder Judiciário. Dessa forma, opina-se que cabe a realização de controle difuso de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas.

Esse entendimento é plenamente corroborado pelo reconhecido professor e constitucio-

nalista Flavio Martins (2019), que assim se manifestou sobre a celeuma:

“O Poder Legislativo, nos termos da Constituição Federal, possui duas funções típicas: legislar e fiscalizar. Nos termos do art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional da União será feita mediante controle interno de cada Poder e, além disso, mediante controle externo pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, CF). Embora haja entendimento doutrinário de que o Tribunal de Contas seja um órgão do Poder Legislativo, prevalece o entendimento de que se trata de um órgão autônomo. Nesse sentido, posiciona-se a competente professora Fernanda de Carvalho Lage, para quem tive a honra de outrora lecionar: “com relação à atuação do Tribunal de Contas da União em auxílio do Congresso Nacional, observa-se que aquele não está de forma alguma subordinado a este, que não atua como delegado seu, e não pode lhe ditar ordens nem determinar como deve atuar em situações específicas. [...]”. No mesmo sentido, José de Ribamar Barreiros Soares. Por essa razão, não sendo órgão integrante do Poder Legislativo, embora dele auxiliar, não colocamos tal hipótese no item anterior (reservado ao Legislativo), mas num item autônomo. Segundo a Súmula 347 do STF, “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Várias são as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União (art. 71, CF), dentre as quais destacamos: “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal [...] bem como a das concessões de aposentadorias...” (art. 71, III, CF), “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres...” (art. 71, VI), “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (art. 71, X, CF) etc. Não consta expressamente no rol do art. 71 da Constituição Federal o poder de analisar a constitucionalidade das leis (da mesma forma que não existe disposição expressa na Constituição afirmando que o juiz, no controle difuso, pode declarar uma lei inconstitucional). Ora, tanto o juiz, no controle difuso, quanto o Tribunal de Contas, no exercício de suas respectivas funções, analisando um caso concreto, poderão declarar uma lei ou ato normativo do poder público inconstitucional. Como afirmou Cláudio Fajardo: “Apesar de extensas, não consta entre as competências dos Tribunais de Contas a reconhecida pelo STF de apreciar a constitucionalidade de leis. Não é de se estranhar, pois também para os juízes e tribunais não há expressa previsão constitucional para apreciar a constitucionalidade de leis, pela via difusa, já que essa é uma atribuição instrumental para o exercício da jurisdição e não uma competência finalística. Em suma, a competência para apreciar a constitucionalidade não requer discriminação específica, nem para os juízes e tribunais do Poder Judiciário, nem para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo” 278 . A sobredita Súmula foi adotada em 13 de dezembro de 1963, tendo por base o julgado do MS 8.372/CE, de 11 de dezembro de 1961, relatado pelo então Ministro Pedro Chaves. Como o Supremo Tribunal Federal decidiu desde as primeiras decisões que ensejaram a Súmula, não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (até porque o Tribunal de Contas não possui atividade jurisdicional). O Tribunal de Contas apreciará a constitucionalidade da norma e, verificando a inconstitucionalidade, deixará de aplicá-la. No próprio mandado de segurança que ensejou a Súmula, decidiu o STF: “não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, esta declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado” 279 . Embora ainda seja aceita por parte da doutrina e na jurisprudência a apreciação incidental, num caso concreto, da constitucionalidade das leis e atos normativos por parte do Tribunal de Contas, já existem decisões dissidentes. Em decisão monocrática no MS 25.888/DF, o Min. Gilmar Mendes suspendeu liminarmente decisão proferida pelo TCU, sugerindo a revisão (e quiçá o cancelamento) da Súmula 347 do STF. Segundo o Ministro, “A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição”. O plenário do STF ainda não se posicionou quanto ao tema, mas gostaríamos de dar nossa opinião. A posição nova do Min. Gilmar Mendes, tentando revisitar (ou até cancelar) a Súmula 347, não é a mais adequada, com a devida vênia. O argumento do aumento do rol dos legitimados do controle concentrado (hoje temos as nove pessoas do art. 103, CF) não teve o condão de retirar a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo descumprir uma lei inconstitucional (como já decidiu o STF). Da mesma maneira, não terá o condão de retirar tal atribuição do Tribunal de Contas. Outrossim, ressalte-se, como dissemos acima, que não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal de Contas, mas de, por dever de ofício, no exercício de suas atividades constitucionais, deixar de aplicar a lei ou ato normativo inválido, irritado, inconstitucional. Mais recentemente,

em decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu os efeitos de decisão do Tribunal de Contas, determinando que não mais declare a inconstitucionalidade dos atos normativos. Segundo o Ministro, “Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos detentores de função jurisdicional. [...] Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, [...] pois a competência do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, incidentalmente, em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (checks and balances), estabelecidos no texto constitucional” (MS 35.490 MC/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, 6-2-2018). Entendemos que essa decisão está profundamente equivocada. Primeiro, é risível o argumento de que a decisão do TCU não se submeteria ao sistema de freios e contrapesos. Ora, tal frase foi dita numa decisão judicial que suspendeu a decisão. Obviamente, há o controle jurisdicional que pode recair sobre tais decisões (como no próprio mandado de segurança em comento). Outrossim, é um equívoco grave dizer que o STF exerce o monopólio do controle de constitucionalidade. Como estamos vendo no decorrer deste capítulo, embora o controle de constitucionalidade em regra seja jurisdicional, há muitas outras exceções: controle realizado pelo Legislativo e até pelo Executivo. Outrossim, como afirma Peter Häberle, o Judiciário não é o único intérprete da Constituição. Tentar minimizar o poder dos demais intérpretes da Constituição é atentar contra o constitucionalismo democrático, que tanto defendemos.

Pela importância das majestosas e didáticas linhas instrutivas proferidas pela Professor Flávio Martins, optou-se pela transcrição na íntegra de sua posição acerca da possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Considera-se a tese aventada pelo dito Professor como a mais correta e a ela filiamos-nos, ao passo que, ultrapassado entendimento de que é possível o exercício de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, desde que de forma pontual, difusa e incidental, ou seja, nos casos concretos postos a sua apreciação no âmbito das competências delineadas no art. 71 da Constituição Federal, passa-se, no próximo tópico à análise da forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas vem realizando tal tarefa.

Não obstante a importante manifestação técnica e acadêmica do Professor Flávio Martins, a qual acima se transcreveu, explicitar de forma clara a possibilidade de que os Tribunais de Contas realizarem controle de constitucionalidade, registra-se um entendimento proferido pelo STF, momento em que se reconheceu a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em matérias postas sob sua análise, afastar a aplicação de lei sob a alegação de constitucionalidade. Está-se a falar da Petição 4656/PB, sob relatoria da ilustre Ministra Carmen Lúcia, julgada em 19/12/2016, com trânsito em julgado ocorrido em 21/2/2018.

A referida petição foi interposta pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba – SINJEP, com base no art. 102, I, “r” da Constituição da República objetivando desconstituir decisão do Conselho Nacional de Justiça que, em certo Procedimento de Controle Administrativo, determinou a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere o art. 5º da Lei estadual 8.223/2007. Frise-se que o CNJ fundamentou sua decisão no fato de que a Lei Estadual 8.223/2007 estaria violando o art. 37, II e V, da Constituição Federal. Na ocasião, o STF, por unanimidade, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória do Sindicato, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba. O julgado ficou assim ementado:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselhos.

4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade.

6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.

Esse importante julgado acima transcrito pode, sobremaneira, contribuir na discussão objeto do presente tópico deste artigo. É que o STF considerou como válida a atuação do CNJ em afastar a aplicação de uma lei que foi considerada ofensiva ao texto constitucional. Considera-se que a atuação do CNJ ocorreu num claro controle difuso de constitucionalidade, que foi devidamente balizada pelo STF, o qual se baseou no texto do art. 103-B, §4º, II, da Constituição Federal, abaixo colacionado:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Neste cenário, faz-se urgente uma análise do dispositivo acima colacionado, o qual oferta claramente a competência de controle de legalidade ao CNJ, mas não o controle de constitucionalidade. E nem necessitaria, uma vez que, como já dito acima, há entendimento doutrinário e jurisprudencial que autorizam o chefe do poder executivo a não aplicar lei que considere inconstitucional, desde que o faça de forma fundamentada.

Nesse sentido, o STF (ADI MC 221/DF, j. 29.03.90, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Al-

ves) já disse que” os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial 23121/GO, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, com julgamento em 6/10/1993, já se manifestou no mesmo sentido afirmando que a negativa de ato normativo pelo Chefe do Executivo reflete um poder-dever.

Diante do que se transcreveu, acredita-se que se ao CNJ foi aceita a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade, não se pode extrair tal competência, até mesmo porque baseada em Súmula ainda válida do STF, dos Tribunais de Contas, que são órgãos autônomos e de estatura constitucional. Registre-se, nos termos já acima explanados, que há limites no exercício desta tarefa, sendo a principal a de que não podem as Cortes de Contas analisar, fora de casos concretos realizados no exercício de suas competências, a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. Logo, repita-se que não cabe aos Tribunais de Contas afastar de forma genérica e com efeitos abstratos lei ou ato administrativo, sob a justificativa de inconstitucionalidade.

ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS – TCE/AM

Em que pese toda a discussão e celeuma criada nos últimos anos acerca da possibilidade das Cortes de Contas pátrias realizarem controle de constitucionalidade, a qual já houve grande explanação e discussão no tópico anterior, faz-se mister que se analise a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas vem realizando tal atividade, frisando, como já dito, que só cabe aos Tribunais de Contas a realização de controle difuso de constitucionalidade.

Antes de se fazer uma digressão sobre a forma do procedimento no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, urge que se mencione que diversas Cortes de Contas pelo país possuem, de forma expressa em seus Regimentos ou Leis Orgânicas, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade.

O Tribunal de Contas da União – TCU, possui clara previsão em seu Regimento Interno acerca da possibilidade que a Corte realize controle de constitucionalidade. Vejamos os dispositivos que tratam da matéria:

Art. 16. Compete ainda ao Plenário:

[...]

VI deliberar sobre propostas de determinações de caráter normativo, de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como daqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Art. 17. Compete à Primeira e à Segunda câmaras deliberar sobre:

[...]

§ 2º Não poderão ser apreciados pelas câmaras os processos que contenham propostas

de fixação de entendimento sobre questão de direito em determinada matéria, de determinações em caráter normativo e de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como aqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

§ 3º Realizado, pelo Plenário, o exame incidental de inconstitucionalidade indicado na parte final do parágrafo anterior, o processo retornará à Câmara para continuidade do feito, sem prejuízo do disposto no § 1º.

[...]

Art. 28. Compete ao Presidente:

[...]

X – votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público;

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também possui previsão contida em seu Regimento Interno acerca da matéria:

Art. 26. Compete, ainda, ao Tribunal Pleno:

[...]

V - apreciar, incidentalmente, a constitucionalidade das leis ou de atos do poder público.

[...]

Art. 54-A. O Conselheiro Substituto em atuação no Pleno preside a instrução e relata todos os processos que lhe forem distribuídos com proposta de voto a ser apreciada pelos membros do respectivo colegiado, das seguintes naturezas processuais:

[...]

XI – incidente de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco prevê a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade:

art. 76. O julgamento poderá ser adiado se ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV – quando ocorrer arguição de inconstitucionalidade;

[...]

art. 220. Consideram-se legitimados para arguir a inconstitucionalidade de lei ou de ato de Poder Público, na fase de julgamento: (Redação dada pela Resolução TC nº 12, em 15 de junho de 2011)

I – o Relator;

II – os Conselheiros;

III – os membros do Ministério Público de Contas;

IV – a parte ou seu procurador.

art. 221. Somente pelo voto da maioria absoluta do Pleno deixará o Tribunal de aplicar a caso concreto, por inconstitucionalidade, lei ou ato do Poder Público.

Parágrafo único. Nas arguições de inconstitucionalidade, votará o Presidente.

Vale ressaltar mais uma vez que, nos termos previstos na Súmula 347 do STF, bem como em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o tipo de controle de constitucionalidade que vinha sendo admitido é o difuso, ou seja, no caso concreto e de forma incidental.

Nesse sentido, deve-se observar o teor do art. 97 e art. 102, I, “a”, os quais, se analisados de forma conjunta, trazem-nos a informação de que o controle abstrato de constitucionalidade só pode e deve ser realizado por órgãos do Poder Judiciário. Em assim sendo, como já explicitado em item anterior deste artigo, para que se realize o controle difuso de constitucionalidade, é preciso que se tenha alguma situação concreta em análise. Exemplificando, no âmbito dos Tribunais de Contas, na finalização da análise de um processo de aposentadoria poder-se-ia entender que uma das leis que fundamentam o ato tenha condão de inconstitucionalidade e, dessa forma, deveria ser afastada.

Todavia, não caberia a um Tribunal de Contas instaurar e autuar genericamente um procedimento qualquer sob o argumento de que certo ato normativo ou legal seja inconstitucional, uma vez que aí estaríamos falando de controle abstrato, sendo vedado a órgão estranho ao Poder Judiciário.

Feito esse introito e já tendo ficado claro que aos Tribunais de Contas tão somente cabe o controle difuso de constitucionalidade, há que se analisar a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas procedimentalizou tal competência, que ainda sobrevive até que venha a ser revogada a Súmula 347 do STF.

Vejam os dispositivos que abordam a temática do controle de constitucionalidade na Resolução nº 4/2002 do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (Regimento Interno – RI – TCE/AM):

Art. 292. A inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público será arguida nos autos do processo e decidida pelo Tribunal Pleno, por maioria absoluta.

§ 1º A inconstitucionalidade será arguida por escrito ou oralmente em sessão, com a devida fundamentação. Podem argui-la:

- I - qualquer Conselheiro votante;
- II - o Conselheiro Julgador; (Revogado pela Resolução N.º 08, de 25 de fevereiro de 2013)
- III - o Auditor;
- IV - o Procurador de Contas oficiante;
- V - o Presidente do Tribunal;
- VI - o Corregedor-Geral;
- VII - a parte interessada ou o agente responsável.

§ 1º Se não a tiver arguido, deverá o Procurador-Geral manifestar-se nos autos, no prazo de dez dias, ainda que o feito seja da competência da Câmara e junto a esta funcione outro Procurador de Contas.

§ 2º Sendo a arguição feita por ocasião do julgamento do feito, se verificar a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, o Relator, em voto fundamentado, suscitará o incidente e submetê-lo-á à apreciação dos demais julgadores, ouvido previamente o Procurador-Geral, em sessão, salvo se pedir vista até a próxima.

§ 3º Decidindo os julgadores que o incidente tem fundamento, suspenderá o Relator o

andamento do feito e o remeterá à apreciação do Tribunal Pleno, em caráter preliminar, salvo se o processo já for da competência deste.

§ 4º Em sessão plenária, o Relator do feito exporá o caso, procedendo-se, em seguida, à deliberação sobre a matéria.

Art. 293. Proferido o julgamento pelo Tribunal Pleno e publicada a respectiva decisão, passar-se-á, em seguida, ao julgamento do feito originário, e, para tanto, devolver-se-ão os autos à Câmara, se for o caso.

§ 1º Da decisão de incidente de inconstitucionalidade somente cabem embargos de declaração.

§ 2º O Tribunal Pleno pode, a qualquer tempo, rever seu entendimento, mas a decisão de arguição de inconstitucionalidade somente atinge os casos pendentes e, quanto aos julgados, mas não atingidos pela coisa julgada, somente pela via recursal devida.

Observe-se que, de pronto, o caput do art. 292 do RI – TCE/AM respeita o fato de que aos Tribunais de Contas só cabe o exercício do controle difuso, uma vez que menciona que a inconstitucionalidade será arguida nos autos do processo. Logo, evidencia-se que não cabe a instauração de processo exclusivo para estudo da constitucionalidade de lei ou ato do poder público.

No mesmo sentido, o §3º do art. 292 deixa claro o caráter incidental do controle realizado pelo TCE/AM, visto que menciona o fato de que, ao se verificar a sendo aceita a arguição de inconstitucionalidade, o feito principal será suspenso até que seja decidida a matéria.

Para sedimentar o argumento de que o controle realizado é o do caso concreto e incidental, o caput do art. 293 diz que, após proferido o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, passar-se-á ao julgamento do feito originário.

Assim, se levarmos em conta tão somente os dispositivos citados, pode-se inferir que o TCE/AM cumpre com os ditames da Súmula 347 e entendimentos sobre a matéria. Ocorre que há um dispositivo no Regimento Interno que abre portas para um suposto controle abstrato de constitucionalidade, em clara afronta ao texto da Constituição Federal. Trata-se do §2º do art. 293, o qual se colaciona de forma isolada abaixo com grifos não constantes no original:

§ 2º O Tribunal Pleno pode, a qualquer tempo, rever seu entendimento, mas a decisão de arguição de inconstitucionalidade somente atinge os casos pendentes e, quanto aos julgados, mas não atingidos pela coisa julgada, somente pela via recursal devida.

Atente-se que o texto regimental, quando menciona que a decisão em arguição de constitucionalidade atinge os casos pendentes, que são aqueles ainda em trâmite de análise no Tribunal, permite uma espécie de controle abstrato, tendo em vista que, de forma, genérica, impactará situações, que muito embora possam ser similares, dependeriam de arguições de inconstitucionalidade no caso concreto.

Exemplificando, pensemos na seguinte situação: TCE/AM, num dado processo de aposentadoria, após arguição feita pelo Ministério Público de Contas e encampada pelo Relator da matéria, entendeu como inconstitucional certo dispositivo de lei que concedia uma gratificação. Após a decisão, o processo originário voltará para apreciação, a fim de que tenha sua decisão de mérito. Observe-se que, com base no citado dispositivo, uma outra aposentadoria em trâmite (e, portanto, pendente ainda) e que também contenha a gratificação poderá já ser impactada sem o necessário juízo do caso concreto, ou seja, o Tribunal de Contas estaria realizando controle

abstrato e com eficácia erga omnes, fato esse que, sob hipótese alguma, deve ser permitido, uma vez que se trata de competência exclusiva do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto e discutido neste trabalho, entende-se, primariamente, ser amplamente permitido aos Tribunais de Contas a realização de controle de constitucionalidade difuso, de forma de que se possibilite às citadas instituições, no exercício de suas atribuições constitucionais, quando verificada que certa lei ou ato contraria a Carta Magna pátria, o afastamento de sua aplicação no caso concreto em análise.

Acredita-se que tal possibilidade, que tem fundamento claro no texto expresso da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, é fundamental para que se possa exercer com qualidade os mandamentos atinentes ao controle externo da administração pública.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, em especial por meio de entendimentos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes, vem se inclinando no sentido de afastar de forma expressa a possibilidade dos Tribunais de Contas realizar o controle difuso de constitucionalidade. Reputa-se que tal entendimento seria um grande prejuízo à coletividade, visto que esvaziaria sobremaneira o controle externo, possibilitando, com isso, por exemplo, a realização de despesas que sejam baseadas em leis que contrariem o texto constitucional. A prevalecer o entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi citado no tópico 2 (dois) deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal estaria amarrando as mãos e vedando os olhos dos Tribunais de Contas. Dessa forma, entende-se como possível a realização de controle de constitucionalidade de forma difusa pelos Tribunais de Contas nos casos concretos postos sob a sua análise.

Nesse sentido, como explanado no tópico 3 (três) deste trabalho, mesmo que se entenda como possível a realização de controle difuso de constitucionalidade, tal tarefa possui alguns limites a serem observados, os quais se apontou, dentro do texto do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (§2º do art. 293) uma possível inobservância do enunciado da Súmula 347 do STF, uma vez que uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso adotada poderia ser alargada para os demais casos, os quais supostamente seriam similares ao citado.

Ocorre que, caso se permita tal situação, muito embora tal previsão conste no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, abrir-se-iam as portas para grandiosos questionamentos, uma vez que estaria configurado o exercício de controle abstrato, o que, como já dito neste trabalho, não é permitido aos Tribunais de Contas.

A solução mais adequada que se vislumbra é extração do §2º do art. 293 do Regimento Interno do TCE/AM, de forma que, cada caso concreto, mesmo que tenha fundamentação idêntica, tenha sua própria apreciação e afastamento ou não da aplicação do dispositivo questionado. Pensar diferente disso é permitir a realização de algo, ou seja, o controle abstrato de constitucionalidade, que a própria Constituição Federal já disse ser competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Lei 2.423 de 10 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/2019/02/2423-96-LEI-ORG%C3%82NICA-DO-TCE-COMPILADA.pdf>

AMAZONAS. Resolução TCE/AM 4 de 23 de maio de 2002. Dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e do Ministério Público junto ao TCE/AM. Disponível em: https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/regimento_interno/resolucao_4_2002_atualizado_ate_26-mar-2013.pdf

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Editora Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em 30 de setembro de 2021.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 33, n.94, out/dez 2002.

CUNHA, Estevão dos Santos. Controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união: jurisdição constitucional e perspectivas em face do posicionamento do supremo tribunal federal. Monografia. Centro Universitário IESB, 2012.

ECO, Umberto. Como se Faz uma Tese. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Controle de constitucionalidade no tribunal de contas. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n. 28, p. 35-76, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Vitor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, v.2, n.4, p.91-105, jul./nov. 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de O. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. Revista

do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília, v.18, p.1-246, 1992.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união. Trabalho apresentado no curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo. Universidade de Brasília - UNB, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 10, 13, 17 e 22 de setembro de 2021.

Termo inicial do prazo decadencial para constituição de crédito do imposto de transmissão de doação (itcmd) de bem móvel: tema repetitivo 1048 compreendido à luz dos Leading Cases (resp 1.841.798 e resp 1.841.771 do Superior Tribunal de Justiça)

Evandro Kappes

Graduou-se em Direito, na Faculdade São Francisco de Barreiras (FASB), em 2010. É pós-graduado em Direito Registral Imobiliário. Desde 2010 é servidor público, tendo ocupado o cargo de técnico do seguro social no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Analista Judiciário - Área Judiciária no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A partir de 2015 passou a exercer o cargo de Defensor Público no Estado do Tocantins. Desde 2018 ocupa o cargo de Procurador do Estado da Bahia.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.28

RESUMO

É pueril afirmar que o prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários ocorre na data da intimação do lançamento ao sujeito passivo. De regra, a Fazenda Pública dispõe de 5 anos para constituir o crédito tributário, através do lançamento, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte a aquele em que o tributo poderia ser exigido, como definido no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. E, o marco inicial para a contagem do prazo para a extinção do direito da autoridade tributária constituir o crédito tributário é o primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o Fisco poderia tomar conhecimento das informações necessárias ao lançamento. Ocorre que a questão não se parece tão simples como se desenha em primeira análise. Isso porque, na extração de sentido do termo “poderia ter conhecimento”, o hermeuta pode chegar a suas conclusões diversas e, por muito tempo, a Administração Tributária Estadual de diversos entes, órgão responsável pela constituição dos créditos do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) entendia que diante da ausência de declaração do fato jurídico tributário não se deflagraria o início do prazo para lançamento relativamente às doações; e, de outro lado, a tese dos contribuintes foi construída sob o fundamento de que uma vez concretizado o fato gerador já teria surgido a obrigação tributária, de sorte que, omitindo-se a declaração do fato, o Fisco tem possibilidade de promover o lançamento de ofício, não dependendo de qualquer providência do contribuinte.

Palavras-chave: imposto de transmissão causa mortis e doação. decadência tributária. termo inicial. tema repetitivo 1048.

ABSTRACT

It is puerile to say that the statute of limitations for the constitution of tax credits occurs on the date of the subpoena of the assessment to the taxable person. As a rule, the Public Treasury has 5 years to establish the tax credit, through the assessment, counted from the first day of the year following the one in which the tax could be demanded, as defined in art. 173, item I, of the National Tax Code. And, the starting point for counting the deadline for the extinction of the tax authority's right to constitute the tax credit is the first day of the year subsequent to the one in which the Tax Authorities could become aware of the information necessary for the assessment. It turns out that the issue does not seem as simple as it appears at first glance. This is because, in extracting the meaning of the term “could have knowledge”, the hermetic can reach his different conclusions and, for a long time, the State Tax Administration of several entities, the body responsible for the constitution of tax credits for the Causa Mortis and Transmission Tax Donation (ITCMD) understood that in the absence of a declaration of the tax legal fact, the beginning of the period for launching donations would not be triggered; and, on the other hand, the taxpayers' thesis was built on the basis that once the taxable event had materialized, the tax obligation would already have arisen, so that, omitting the declaration of the fact, the Tax Authorities have the possibility of promoting the assessment ex officio, not depending on any action by the taxpayer.

Keywords: transmission tax causa mortis and donation; tax decay; initial term; repetitive theme 1048.

INTRODUÇÃO

O objeto do direito tributário, indene de dúvidas, é o estudo do direito tributário positivo, de sorte que o instituto central é o estudo do tributo. Razão disso, ainda que para se tratar da extinção deste, não se deslembrando que a decadência tributária é causa de extinção do crédito tributário, conforme art. 151, III, do Código Tributário Nacional (CTN), tem-se por medida profícua esquadriñar caracteres essenciais da espécie tributária que permitam compreender os aspectos materiais, circunstância indicativa da espécie de lançamento aplicada ao imposto.

Sem pretensão de esgotar a regra-matriz de incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) é importante gizar que a controvérsia sobre esta espécie tributária já se inicia pela dificuldade de se encontrar entendimentos uniformes entre os Estados. As divergências já se iniciam a partir do próprio nomen juris dado a este, existindo registro de que seja abreviado como ITCD, ITCMD, ITD e ICD (MEIRELLES; PETITINGA, 2018).

Registre-se, por necessário, que por ser mais usual a sigla ITCMD e refletir as letras capitulares do nome do imposto será a adotada no presente trabalho.

Há que se ver que a Constituição da Consolidação do Regime Militar do Brasil, de 1967, previa o ITBI estadual, que tinha por fato gerador a transferência de quaisquer bens imóveis, fosse por doação ou em razão de falecimento. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal vigente até os dias atuais, o fato gerador foi desmembrado: as transmissões onerosas de bens móveis passaram ao campo de incidência do Imposto de Transferência *Inter Vivos* (ITIV), de competência dos Municípios, e, as transmissões gratuitas, de bens móveis ou imóveis, ficou sob o campo de incidência do ITCMD.

Bem de ver que os entes federativos estaduais apenas em 1988 tiveram estabelecida a competência tributária para instituir imposto sobre doações de bens móveis e até a presente data não foi editada Lei Complementar que veicule normas gerais sobre o imposto. O CTN foi promulgado antes da existência do ITCMD, de molde que, diante da omissão da União, muitas controvérsias sobre o tributo tomam assento na jurisprudência nacional.

O aspecto material do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação é previsto na Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

A hipótese de incidência é uma só: a transferência de bens e direitos. A mudança de titularidade pode ter como fonte um fato da vida, que é a morte do titular dos bens, ou a doação, que é ato gracioso baseado na vontade daquele que a promove.

Assim, já se tem por importante que o imposto tem interrelação muito próxima com institutos e conceitos civis, mormente com os relacionados a sucessões, atos e contratos jurídicos e direito das obrigações. A autoridade fiscal trabalhará continuamente com institutos que desbordam os lindes do direito tributário até de maneira mais intensa do que ocorre na interpretação do fato gerador de outros tributos.

Isto, pois, em razão de que o Direito Tributário deve seguir as definições do direito priva-

do, conforme determina o CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Voltando-se ao lançamento do tributo, observa-se que a sistemática depende das informações prestadas pelo próprio sujeito passivo. De acordo com o art. 147 do CTN tem a seguinte definição: “Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.”

Tal modalidade de lançamento exige atividade do particular, de molde que, ainda que seja possível que o valor do tributo seja apurado pelo contribuinte ele deve ser validado, antecipadamente, pela autoridade competente. O elemento distintivo, portanto, é que as informações acerca da matéria de fato da obrigação tributária tornam o lançamento misto.

Fixadas as premissas iniciais – e apenas as mais importantes para o presente trabalho – cumpre ver que a decadência tributária é causa de extinção do crédito tributário, portanto, intrinsecamente ligada ao lançamento, posto que este é o elemento nuclear para que o crédito possa ser ajuizado, dentro do lustro prescricional, acaso inadimplido.

Não há dúvidas de que o prazo decadencial é de 05 (cinco) anos, contudo, no que concerne ao termo de início para a contagem há intensa controvérsia doutrinária, eis que, no CTN existem regras que levam em consideração aspectos fáticos e jurídicos do específico fato imponível, exemplificativamente: se o sujeito passivo incorreu em erro dolo ou simulação; se a administração tributária praticou ato tendente ao lançamento do tributo; se o fato jurídico foi declarado ou não ao fisco.

Descortina-se sob esse viés, que o tema é deveras importante para o operador do direito, mas não é o objetivo do presente trabalho, que visa expor a compreensão acerca da expressão “poderia ter lançado”, quando o fisco tem que promover o lançamento direto/de ofício do tributo, quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato imponível.

Precede-se, para fechamento de entendimento, que no âmbito do direito vindica análise a filosofia da linguagem, não apenas como um resultado, mas com um processo em que o signo é construído a partir da pré-compreensão de que a imprecisão linguística e polissemia da língua não permite aprioristicamente descartar resultados interpretativos como absolutamente nulos ou equivocados.

Justamente por isso, em relação ao início do termo inicial da decadência do ITCMD relativamente à doações de bens móveis a controvérsia interpretativa foi solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça, no Tema Repetitivo 1048, não se podendo, contudo, impor a pecha de indulgente a interpretação efetuada pelos fiscos estaduais, no sentido de que o termo inicial não teria início na data do fato gerador omitido, tanto assim, que a questão preencheu requisitos para ser tratada sob a sistemática dos recursos repetitivos, do que se assenta, ainda que indiciariamente, que havia uma profusão de interpretações.

Após diatribes entre teses e suas antíteses temperadas em caudalosos argumentos tanto para um lado, quanto para o outro, sagrou-se acolhida a tese dos contribuintes no Superior

Tribunal de Justiça, que fixou tese no tema repetitivo 1048. Em razão do qualificado debate, é assaz importante historiar o contexto para que, ao fim, em extensão e profundidade o que decidiu o STJ.

Certo é que o STJ compreendeu que não é juridicamente relevante para fins de contagem do prazo decadencial o conhecimento pelo fisco do fato gerador, mas a data de sua efetiva ocorrência, ainda que ausente qualquer declaração.

Poder-se-ia objetar qual a necessidade de empreender pesquisa jurisprudencial e bibliográfica acerca de tema que se encontra, agora, pacificado. A resposta a este válido questionamento reside na identificação de que os argumentos do fisco podem ser ponderados em eventual mudança do sistema jurídico tributário de *lege ferenda*, com adequação da redação do CTN ou, senão, fixar que as contendas foram válidas e decorrem da profusão de enunciados linguísticos que contém ruídos, também circunstância que recomenda (re)pensar sobre os termos utilizados pela legislação tributária.

TESE DO FISCO: INTERPRETAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA ACERCA DO TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL EM RELAÇÃO AO ITCMD DECORRENTE DE DOAÇÕES INTER VIVOS

É lugar comum afirmar que o prazo decadencial para constituição do crédito tributário é a data de intimação do sujeito passivo. Neste sentido, há que se considerar que, efetivamente, o lançamento tributário apenas se concretiza com a notificação válida do sujeito passivo, e não a lavratura do Auto de Infração ou Notificação Fiscal, pura e simplesmente.

Repise-se, neste contexto, considerando que o lançamento tributário apenas se aperfeiçoa com a notificação válida do sujeito passivo e não com a simples lavratura do auto de infração, sob pena de configurada a decadência do crédito tributário.

De regra, a Fazenda Pública dispõe de 5 anos para constituir o crédito tributário, através do lançamento, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte a aquele em que o tributo poderia ser exigido, como definido no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, o marco inicial para a contagem do prazo para a extinção do direito da autoridade tributária constituir o crédito tributário é o primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o Fisco poderia tomar conhecimento das informações necessárias ao lançamento.

Ocorre que a questão não se parece tão simples como se desenha em primeira análise. Senão vejamos.

A questão perpassa a fixação de processo hermenêutico – do qual deve ser extraída a correspondente interpretação – sobre o que se entende acerca de “poderia ter conhecimento”.

Tecnicamente, a hermenêutica serve à concretização das normas. O homem, em sua existência inteira, está de forma (in)consciente em estado intermitente de interpretação, buscando o conhecimento sobre os fatos da vida. Por isso, se buscou desenvolver a hermenêutica, que é a parte das ciências humanas que regem o ato de interpretar. A interpretação, portanto, é apenas um conseqüente, um resultado da hermenêutica, que detém princípios e métodos específicos.

A hermenêutica, ainda que não acarrete consenso indene a dúvidas quantos aos seus resultados, expressos na interpretação, tem ferramental necessário, predeterminados e fundamentados, para a extração de sentido de normas jurídicas aplicáveis a um caso concreto.

Ainda nessa levada, é importante complementar que toda disposição normativa deve ser interpretada, conforme afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal, na passagem:

“toda norma jurídica e, ipso facto, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação.” (BARROSO, 2009)

Diante destas premissas calha perquirir quando, afinal, a Administração Tributária poderia ter conhecimento de um fato ocorrido nos meandros da intimidade dos sujeitos passivos, não materializados em qualquer instrumento público?

O verbo poderia, devidamente conjugado, é indicativo e futuro do pretérito. Tal tempo verbal pode fazer referência a algo que poderia ter acontecido posteriormente a uma situação no passado.

Ainda com olhos voltados para o tempo verbal e a gramática da língua portuguesa, o resultado interpretativo não se desenha clarividente. Decerto, é um elemento a ser considerado, mas não é suficiente.

Do processo acima não advém à certeza de como o Fisco poderia por que meios ter acesso a notícia da existência do fato juridicamente relevante. Até onde os poderes administrativos atribuídos ao fisco permitem invadir a intimidade dos administrados, violando seu sigilo bancário e fiscal para colher informações sobre fatos tributáveis?

Somente se pode se existentes ferramentas e possibilidade para tanto, em primeira análise.

No lançamento por declaração – como é o caso do ITCMD – o sujeito passivo presta informações sobre a matéria fática ao Fisco que, por sua vez, apura o montante do imposto devido. Vale dizer que o sujeito passivo apresenta uma declaração com as informações necessárias ao lançamento tributário e oferece ao Fisco, que de posse dessa declaração promove o lançamento indicando o valor do tributo devido.

Nesta situação, embora a doação ocorra, é possível que somente depois, ou muito depois, o Fisco tome conhecimento da existência do fato, por meio de declaração do próprio sujeito passivo ou comunicação do fato por qualquer outro meio.

Ou seja, em muitos casos apenas muito depois de fato concretizado é que a fazenda toma ciência do fato, e a partir daí pode promover o lançamento, com início do termo decadência, nos termos da disposição do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, no sentido de que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso de pagamento parcial do imposto devido, a solução é um tanto diferente, devendo ser aplicado o art. 150, §4º, do CTN, mas inaplicável ao presente estudo, vez que o eixo da análise tem por pressuposto à ausência de declaração.

Neste processo hermenêutico desenvolvido acima, a conclusão a que se chega, por-

tanto, é no sentido de que se o Fisco Estadual não pode(ria) ter acesso à informação do fato, o prazo decadencial não tem início. Cediço é, não obstante a pueril conclusão, que a sua aplicação causaria uma grande instabilidade nas relações entre os particulares, que poderiam se ver diante de tributação de fatos ocorridos há muitos anos, ou, quiçá, décadas. Haveria, então, insegurança jurídica nas relações, decerto.

Por isso, é preciso ponderar com mais vagar este primeiro ponto de chegada.

Justamente por isso, é preciso revolver a jurisprudência pátria. O Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a última palavra sobre a matéria, por ser o CTN uma lei federal – que fixou o prazo decadencial de tributos –, editou a Súmula 555, que tem a redação seguinte:

Súmula 555 - Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. (Súmula 555, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015)

Tal súmula, entretantes, aborda os tributos a serem lançados por declaração, mas não permite a conclusão sobre o termo de início da contagem do prazo de decadência quanto ao termo “poderia”.

Razão disso, advém necessidade de se analisar os precedentes que fundamentaram a edição do entendimento sumulado. Concluída a missiva, da leitura dos precedentes a questão também não é esclarecida.

Afinal, a simples ocorrência do fato gerador deflagra o início do prazo decadencial, ou somente a comunicação ao fisco de que ocorreu a doação?

Aqui, cabe fazer uma analogia. Vejamos.

No caso de ITD-causa mortis, também lançado a partir de declaração do sujeito passivo, é certo que em muitas ocasiões o contribuinte só dá início a abertura do processo de inventário após muitos anos. Assim, o prazo para lançamento do tributo já teria caducado quando do início do inventário, restando necessário observar, neste caso, que o próprio óbito já era de conhecimento do Fisco Estadual, eis que, de regra, se promove o Registro Público do Óbito no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Diante dessa situação, o STJ firmou o entendimento de que o prazo decadencial somente começa a correr na data da homologação da partilha. O STF, por sua vez, também apreciando a questão, sumulou o entendimento na Súmula 114 nos seguintes termos:

Súmula 114/STF - O imposto de transmissão “causa mortis” não é exigível antes da homologação do cálculo.

Importa observar que, antes da referida homologação do cálculo, não é possível identificar os aspectos pessoal, quantitativo e material. Antes da partilha não é possível o lançamento.

Na esteira do exposto, considerando que em todas as hipóteses de lançamento do ITD é necessária declaração do contribuinte, deve se relembrar duas antigas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Logo, a similaridade entre a doação e o imposto decorrente de óbito (causa mortis) descortina a conclusão, em interpretação da decadência em doações, de que deve ser considerado termo inicial para a contagem do prazo, na forma prevista no art. 173, I, do CTN, quando não há declaração ao Fisco e nem pagamento, ainda que parcial do imposto devido, o acesso à informação pelo Fisco Estadual, por qualquer meio. É a partir do momento em que o Fisco pode atuar que podem lhe ser impostas as decorrências de sua inoperância na constituição de crédito tributário.

Essas ponderações, como se vê, permitem fixar que não há instabilidade acarretada na tributação, ainda que o fato jurídico ocorra em lapso temporal distante, desde que o Fisco não tome ciência do fato por qualquer meio. Isto porque, a sujeição do fato à incidência do imposto é de conhecimento do doador e donatário, que apenas não declararam o fato para não se sujeitarem a tributação. A tributação já deveria ter sido feita e a omissão ocorre em prejuízo aos que deliberadamente omitiram o fato.

É inescandível que no exame da questão é preciso perscrutar o sistema dos vasos comunicantes, ainda com enfoque na relação do direito processual civil com outros ramos da ciência do direito:

“O que há, a bem da verdade, é um verdadeiro “sistema de vasos-comunicantes” entre os planos do direito material e do direito processual civil que, se é certo, mantém a existência autônoma de cada um daqueles planos, autoriza um pensar conjunto nas mais diversas perspectivas e possibilidades. O direito processual civil alimenta-se necessariamente das normas existentes no plano material e tem em mira, no seu próprio funcionamento, a devolução, àquele plano, das mesmas normas, devidamente filtradas e concretizadas pela atuação necessária e indispensável do Estado-juiz. A ênfase do estudo do direito processual civil na atualidade repousa em uma necessária e saudável simbiose entre a compreensão destes planos de normas jurídicas, portanto. Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto, perdido, no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse “só” uma “disciplina jurídica”, “só” um “ramo do direito” distinto dos demais, como se ele tivesse existência própria, independentemente de quaisquer prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares.” (BUENO, 2009)

Dito isto, o Direito, enquanto ciência deve dialogar com outros ramos, sendo, afinal, uma só disciplina. Dentro deste contexto, é de se consignar que o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação alterada pela Lei nº 12.376, de 2010, que fixa a Introdução às normas do Direito Brasileiro, dispõe que:

Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Tal previsão legal é a base de eficácia e aplicabilidade do próprio ordenamento jurídico. A presunção de conhecimento da lei permite a coatividade do sistema normativo e obediência às prescrições legais.

A proibição de descumprimento da lei com base no desconhecimento da lei não pode justificar condutas ilegais. A prescrição em relevo é natural e lógica, conforme se pode extrair do excerto:

“Os tributos, impostos ou taxas são sempre devidos. Havendo a exigência pela legislação pertinente de inclusão tributos, impostos ou taxas nos preços dos serviços está a parte obrigada ao pagamento, não podendo alegar desconhecimento, pois nos termos do art. 3º da LICC ‘Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’” (TJ-MG, Apelação 1.0351.07.079523-9/001, rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, DJ 4.11.2014).

Diante de tudo quanto visto e fundamentado, considerando à existência dos dispositivos legais que fixam a obrigação de declarar ao fisco a declaração do fato, antes mesmo da tradição em se tratando de bens móveis, entendiam os fiscos estaduais que nas transmissões gratuitas de bens o início do prazo decadência somente tem início a partir da ciência da Fazenda Pública.

TESE DOS CONTRIBUINTES: IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO OU NÃO DO FISCO A RESPEITO DA EFETIVA CIÊNCIA DA DOAÇÃO

A tese dos contribuintes, acolhida no Superior Tribunal de Justiça, consoante já dito, parte da premissa de que o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD é tributo submetido ao lançamento por declaração, assim entendido aquele que, na forma do art. 147 do Código Tributário Nacional - CTN, “é efetuado com base na declaração do sujeito passivo”, que “presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação”.

Não obstante, é corrente que na teoria da constituição do crédito tributário adotada em nosso ordenamento, uma vez que o contribuinte não preste declaração para a efetivação do lançamento o lançamento dever ser realizado de ofício, de acordo com o art. 149 do CTN, verbis:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária.

Repise-se, que no âmbito do direito tributário, o crédito tributário sempre poderá ser efetuado diretamente, na ausência de declarações e/ou atividade do sujeito passivo, eis que, este ocorre “por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo”, sujeita-se ao prazo decadencial fixado no art. 173 do CTN, qual seja o de 05 (cinco) anos contados, como regra geral, “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (inciso I).

Malgrado tais considerações, o nó górdio para solução da problemática tem assento na expressão “em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Diante da possibilidade de lançamento direto tal é aquele em que ocorrido o fato gerador e não aquele em que se dá a efetiva ciência do fisco acerca daquele.

É que uma vez concretizado o fato gerador do que exsurge a obrigação tributária o fisco está apto – ou deve estar – a promover o lançamento de ofício, sendo irrelevante qualquer colaboração do sujeito passivo, seja quando à existência, quantificação ou qualquer aspecto relacionado ao fato da vida.

Nessa linha de inteligência, não sobressai tecnicamente correto o entendimento de que na ausência de declaração o fato gerador não teria qualquer efeito para fixação do termo inicial do prazo decadencial para o lançamento, uma vez que o fisco não está impedido de promovê-lo, devendo forrar-se de meios próprios para apurar a efetiva ocorrência do fato gerador omitido.

Sob o viés da tese em cotejo, de certo modo, o fisco incorre em certa confusão conceitual

entre as modalidades de lançamento, deixando de apreender que o lançamento de ofício, que sempre poderá ser efetuado em substituição ao lançamento por declaração, tem razão de ser justamente para o caso de não colaborar o sujeito passivo.

Uma vez que o sujeito passivo não preste a declaração esta já não tem mais qualquer importância, eis que o lançamento deve ser efetuado oficiosamente. Nessa linha, apenas sob adotando-se interpretação útil (ao fisco) é que se pode compreender que a declaração omissa não deflagra o prazo para o lançamento direto.

Noutro discurso, uma vez que se tenham as circunstâncias para que se promova o lançamento de ofício prescinde-se de informações do sujeito passivo, sendo esta absolutamente indiferente para fins de contagem do prazo decadencial, sob pena de, em última instância, desvirtuar o lançamento de ofício, que não tem como condição qualquer atividade do contribuinte.

A ignorância do fisco acerca da ocorrência do fato gerador é circunstância inerente ao direito tributário: de um lado, os contribuintes buscam, lícita ou ilícitamente, pagar menos impostos; do outro, cabe ao fisco, dotado de importantes ferramentas e prerrogativas, fazer valer seu poderio frente ao particular, seja fiscalizando, seja colhendo informações junto a terceiros e, inclusive, mediante instituição e fiscalização de obrigações acessórias, além de requisitar informações junto a órgãos públicos ou celebração de convênios.

Desta feita, se ao cabo do prazo decadencial, o fisco não conseguiu “descobrir” o fato gerador, de forma que o sujeito tenha engendrado ou omitido o fato, é da natureza do sistema tributário que não se terá prazo inespecífico, sempre dilatado, para lançar, sob pena de derruir o importante princípio da segurança jurídica, que tem relação direta com a estabilização das relações jurídicas no tempo.

Esta pleora de razões, portanto, permite concluir que as relações jurídicas estariam imunes ao início do prazo decadencial, podendo o crédito tributário ser constituído a qualquer tempo, com perpetuação da relação jurídica-tributária pela eternidade, enquanto que, no direito ordenamento criminal brasileiro, até o crime mais grave é alcançado pela estabilização das relações jurídica, vez que o maior prazo prescricional é de 20 (vinte) anos.

Mutatis mutandis, não há sentido em se verificar que no direito criminal, que tutela os bens jurídicos mais relevantes da vida em sociedade, se tenha prazo prescricional máximo enquanto que, no direito tributário, a vingar a tese contrária, os efeitos do tempo não tenham qualquer relevância em razão da interpretação *in bonam* partem do tesouro estadual.

No decorrer do tempo, a jurisprudência do STJ foi acompanhando a tese dos contribuintes, até que, a relevante multiplicação de processos, evidenciou a necessidade de julgamento do feito sob a sistemática de recursos repetitivos, para que a jurisprudência permitisse a estabilização das relações jurídicas - e que fosse extirpada decisões díspares em relação ao tema - , restando aclarada a adequada compreensão da questão, até mesmo em prestígio ao princípio constitucional da igualdade.

TEMA REPETITIVO 1048: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS LEADING CASES (RESP 1841798/MG E RESP 1841771/MG)

Em 2021 transitou em julgado o Tema Repetitivo 1048, em que submetida a julgamento a definição acerca do início da contagem do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN para a constituição do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) referente a doação não oportunamente declarada pelo contribuinte ao fisco estadual. Ao final do julgamento, restou firmada a tese de que “O Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD, referente a doação não oportunamente declarada pelo contribuinte ao fisco estadual, a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, observado o fato gerador, em conformidade com os arts. 144 e 173, I, ambos do CTN.”

Os casos concretos afetados se tratam de dois Recursos Especiais, oriundos do estado de Minas Gerais, em que o Tribunal reconheceu que:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 1048. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO. CONTROVÉRSIA SOBRE O MARCO INICIAL A SER CONSIDERADO. FATO GERADOR. TRANSMISSÃO DE BENS OU DIREITOS MEDIANTE DOAÇÃO. CONTAGEM DA DECADÊNCIA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN. IRRELEVÂNCIA DA DATA DO CONHECIMENTO DO FISCO DO FATO GERADOR (omissis)

4. Nos termos do art. 149, II, do CTN, quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária, surge para o Fisco a necessidade de proceder ao lançamento de ofício, no prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte à data em que ocorrido o fato gerador do tributo (art. 173, I, do CTN).

5. Em se tratando do imposto sobre a transmissão de bens ou direitos, mediante doação, o fato gerador ocorrerá: (i) no tocante aos bens imóveis, pela efetiva transcrição realizada no registro de imóveis (art. 1.245 do CC/2020); (ii) em relação aos bens móveis, ou direitos, a transmissão da titularidade, que caracteriza a doação, se dará por tradição (art. 1.267 do CC/2020), eventualmente objeto de registro administrativo.

6. Para o caso de omissão na declaração do contribuinte, a respeito da ocorrência do fato gerador do imposto incidente sobre a transmissão de bens ou direitos por doação, caberá ao Fisco diligenciar quanto aos fatos tributáveis e exercer a constituição do crédito tributário mediante lançamento de ofício, dentro do prazo decadencial.

7. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que, no caso do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD, a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, observado o fato gerador, em conformidade com os arts. 144 e 173, I, ambos do CTN, sendo irrelevante a data em que o fisco teve conhecimento da ocorrência do fato gerador (AgInt no REsp 1.690.263/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/9/2019, DJe 16/9/2019). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.795.066/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/9/2019, DJe 18/9/2019. Recurso Especial N° 1.841.798 – MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 07/05/2021

Em análise ao caso concreto do julgado imediatamente acima, verifica-se que a doação ocorreu em 2007 e a notificação de lançamento estava datada de 12/04/2016. Consta do voto que a identificação do fato gerador do tributo deve observar as disposições constantes do Código Civil Brasileiro, que ao disciplinar a transmissão de bens móveis prevê que ocorre pela tradição, de acordo com o art. 1.267 do códex.

Anuindo a tese dos contribuintes, firmou-se entendimento de que não sendo apresenta a

declaração pelo contribuinte, comunicando a doação, caberá ao Fisco adoção de providências, de acordo com o art. 149, II, do CTN, que prevê que o lançamento deve ser realizado diretamente no caso de omissão quanto à declaração.

Para além disso, para que se tenha por paradigma a *ratio decidendi* do julgado para todos os tributos lançados por declaração é importante transcrever o que anotou o relator, *in litteris*:

“Na situação em que o contribuinte não informe a doação ao Fisco, caberá a este exercer o lançamento tributário na modalidade direta ou de ofício, dentro do prazo decadencial de cinco anos, contados conforme a fórmula do art. 173, I, do CTN.

Para a efetivação do lançamento de ofício, o Fisco poderá firmar convênios ou instrumentos congêneres com órgãos administrativos de registro de bens, como os departamentos de trânsito ou as capitâneas de portos, bem como, para o caso de doação de bens imóveis, com os cartórios de registros de imóveis. Ou, ainda, poderá o Fisco estadual celebrar convênio com a própria Receita Federal para que esta lhe forneça as informações dadas pelos contribuintes a respeito de doações lançadas nas declarações de imposto de renda.

Por esse motivo, não prevalece o argumento do acórdão recorrido segundo o qual “não teria o fisco como tomar conhecimento do fato econômico gerador do imposto devido, muito menos das condições para produzir o lançamento” (fl. 159). As obrigações jurídicas são nascidas para morrer, de modo que o direito lhes impõe um destino de finitude. Não é diferente no direito tributário, pois, conforme disposição do CTN, art. 151, V, a prescrição e a decadência extinguem o crédito tributário.

Assim, seria juridicamente impossível impedir o início da fluência da decadência tributária pelo fato de o contribuinte ter se omitido em dever de declarar o tributo. O CTN impõe, conforme a dicção do art. 173, I, que a decadência flua, o que é da essência dos vínculos de natureza obrigacional.”

Quanto ao REsp Nº 1841771, que também afetado ao rito dos recursos repetitivos (RIS-TJ, art. 257-C) não existem elementos distintivos quanto à tese fixada, limitando-se a diferença, tão somente na extensão do seu conhecimento, que fora limitado à questão da decadência, restando, portanto, desnecessária incursão quanto ao seu conteúdo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência palmilhava o entendimento dos contribuintes, porém, até a tese firmada no tema 1048 pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda se podia considerar não encerrada a controvérsia em derredor da interpretação do termo de início do prazo decadencial.

Hodiernamente, tal discussão não faz mais sentido, eis que, os Tribunais devem ser adequar ao precedente e, ainda que não exista previsão de que a administração tributária deva observar o precedente, eis que não vinculante, sabe-se que a este tendem os Estados a se conformarem, sob pena de se verem condenados ao pagamento de honorários de sucumbência.

Vimos de ver, ao longo do desenvolvimento do tema, que duas questões merecem reflexão no direito positivo brasileiro: a polissemia dos termos da legislação tributária fomentam dúvidas acerca da interpretação; e, relativamente ao caso concreto – termo inicial de decadência do ITCMD em relação à doações não declaradas ao fisco – se levou em consideração que se perfaz necessária a estabilização das relações jurídicas e que o Estado tem prerrogativas que lhe permitem navegar com tranquilidade nas regras do jogo tributário, não se justificando que a supremacia do poder público, lhe conceda prazo tão elástico e inespecífico para lançar tributos que até se pode cogitar de inaplicabilidade do instituto da decadência tributária, causa de extin-

ção do crédito tributário, na ausência de declarações pelo sujeito passivo.

Em conclusão, após compreensão da inteligência das normas, em cotejo com o entendimento fixado em sede de recursos repetitivos, é tranquila a diretriz de que o prazo decadencial sempre terá termo de início, no máximo, no dia seguinte ao que o tributo poderia ser lançado, existente ou não declaração do contribuinte, impondo-se observação do fato gerador tão somente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. Salvador: JusPodivm, 2018.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo. Direito Tributário. Tomo I. Salvador: JusPodivm, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/006.pdf>. Consulta em 09/01/2019.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05/07/22.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/07/22.

_____. Lei Federal Nº 5.172/1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05/07/22.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1841798. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902982679>. Acesso em 28/07/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1841771. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902983527>. Acesso em 28/07/2022.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEIRELLES, Alexandre; PETITINGA, Daniel. Manual de legislação tributária. Salvador: Juspodivm, 2019.

NUNES, Cleucio Santos. Curso completo de direito processual tributário. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: 2016.

Percepções das audiências virtual: As vantagens para os advogados Trabalhista

Perceptions of Virtual Hearings: The Advantages for Labor Lawyers

Anarienda Cristina Muniz dos Santos

Universidade Paulista - UNIP

<http://lattes.cnpq.br/5440583917129754>

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.29

RESUMO

Esse projeto de pesquisa tem como objetivo principal discutir as percepções e vantagens das audiências virtuais. A modalidade das audiências virtuais aconteceu nos tribunais devido a necessidade de retornar os atos processuais sem que as partes fossem prejudicadas, uma nova realidade surgiu devido a pandemia do Covid-19 que provocou transformações na vida das pessoas, vendo a carência de adaptar o sistema judiciário para a atual realidade em frente às medidas de isolamento social, o presente estudo analisou diretrizes e ferramentas usadas nas audiências virtuais no Tribunal Regional do Trabalho do Amazonas, a metodologia realizada foi pesquisa bibliográfica, documental e pesquisa de campo, bem como pesquisas nos sites do TRT 11ª e site acadêmico. O Tribunal do Trabalho dispõe de ferramentas modernas como “juízo 100% virtual” e “balcão Virtual” dispondo de tais estratégias para garantir maior celeridade e eficiência no âmbito processual. No âmbito do TRT11ª regras foram criadas com o intuito de autorizar o uso de aplicativos de fácil acesso como Google Meet e ZOOM na realização das audiências. Ainda discutindo as vantagens para os advogados possibilitando de efetuar diligências, gerando mais celeridade e economia.

Palavras-chave: pandemia. audiência. tecnologia.

ABSTRACT

This research project has as main objective to discuss the perceptions and advantages of virtual audiences. The modality of virtual hearings took place in the courts due to the need to return procedural acts without the parties being harmed, a new reality emerged due to the Covid-19 pandemic that caused changes in people's lives, seeing the lack of adapting the judicial system. For the current reality in front of social isolation measures, the present study analyzed guidelines and tools used in virtual hearings at the Regional Labor Court of Amazonas, the methodology carried out was bibliographic, documentary and field research, as well as research on the TRT websites 11th and academic website. Labor Court has modern tools such as “100% virtual judgment” and “Virtual counter” with such strategies to ensure greater speed and efficiency in the procedural scope. Under the TRT11th rules were created with the aim of authorizing the use of easily accessible applications such as Google Meet and ZOOM in the holding of hearings. However, discussing the advantages for lawyers, enabling them to carry out due diligence, generating more speed and economy.

Keywords: pandemic, audience, technology.

INTRODUÇÃO

No fim do ano de 2019 e no começo do ano de 2020, mais precisamente em março de 2020, o mundo e o Sistema judiciário se viram diante de uma situação de inconstância, como por exemplo a pandemia do Covid-19.

Em meio as mudanças, surgiram vários questionamentos de como dá seguimento ao andamento processual e bem como garantir o direito das partes e a efetividade da Justiça do Trabalho em realizar audiências virtuais.

Esta pesquisa analisa as vantagens das audiências virtuais para os advogados que trabalham com a Justiça do Trabalho, observando os princípios do contraditório e ampla defesa, e bem como os princípios da celeridade e eficiência processual.

O eixo central do estudo foi o acompanhamento diário de audiências virtuais em ambiente remota, bem como artigos publicados, congressos e principalmente em discussões entre advogados.

Neste trabalho, vislumbraremos os tipos de audiências virtuais garantindo que todos os direitos sejam assegurados, e as vantagens para os advogados.

METODOLOGIA

A metodologia aplicada na elaboração desta pesquisa foi uma análise qualitativa dos artigos publicados nos sites dos Tribunais do Trabalho, e dos artigos científicos submetido em revista acadêmica e congressos. A pesquisa engloba também a experiência vivida como advogada no dia a dia na elaboração de defesa, realização de audiência e orientações das testemunhas e prepostos das empresas, bem como dos clientes pessoa física. Objetivo desta pesquisa é explorar as vantagens que a tecnologia trouxe para o judiciário, facilitando o acesso aos processos digitais e reduzindo os gastos com o deslocamento até as varas ou tribunais de justiça.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O sistema Judiciário Brasileiro

A composição que ainda existe na divisão dos poderes do Estado moderno evidenciada por Montesquieu em sua obra “Do espírito das leis” definiu a separação dos poderes em três espécies independentes e harmônicas entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como sistema de promover uma descentralização da soberania do Estado, e estão definidos no seu artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988. O fundamento principal do poder Judiciário é defender os direitos de cada cidadão, promovendo a justiça e resolvendo os conflitos que possam surgir na sociedade, através da investigação, apuração, julgamento e punição.

Em sua pesquisa Santos (2021) em seu artigo, fixar bem que é o papel do poder judiciário o dever de julgar e transformar os resultados das ações em leis, controlando a constitucionalidade, assim como o poder legislativo julga as leis criadas pelo poder legislativo e pela Constituição Federal (CF).

Já Donato (2006, p. 36) em sua tese esclarecer que o Poder Judiciário, assumir seu papel de poder político, ou seja, agente transformador da sociedade, influenciando nas decisões do governo e no destino da nação.

Menciona Delgado (2019, p. 259-260) que traz expresso em seu livro os princípios fundamentais, com atual constituição brasileira

artigo 3º, inciso IV, que é um objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como, o artigo 5º, inciso I, expõe que “homens e mulheres são iguais

em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Entretanto, a situação de discriminação da mulher e a insuficiência da aplicação do texto Constitucional como um todo, nos traz a realidade de que o mesmo pode não ser eficiente. Assim, fazem-se necessárias normas regulamentadoras que visam complementar o texto constitucional.

Em sua análise sobre os fundamentos da CF/88, Costa (2022), expõe que atualmente o poder judiciário vem ocupando espaço de destaque no cenário político, ajudando para definição da tarefa da judicialização, com isso vem ganhando posição de protagonista na efetivação dos direitos sociais, matérias deixam de ser analisada nas esferas democrática e passam a ser decididas pelo poder judiciário. Com efeito da satisfação de questões dos direitos sociais que antes não eram tratadas com rapidez e onerosidade por serem consideradas questões políticas.

Evolução da tecnologia no Cotidiano

Segundo Paschoal (2022) o avanço tecnológico tem transformado significativamente a vidas das pessoas e das instituições públicas e privadas, modificando não só as relações interpessoais, mas também as relações políticas e jurídicas, impactando sobre a vida das pessoas no seu ambiente de trabalho, vimos que a evolução tecnológica estar presente em nossas vidas deste de muito antes do surgimento da internet, temos como exemplo a primeira evolução industrial no século XVIII, quando as máquinas a vapor que substituíram centenas de trabalhadores que não era especializados para manusear as maquinas, e com a adoção desse novo modelo de produção em massa e a falta de especialização desse trabalhadores, que tinha baixo grau de alfabetização ou não eram alfabetizados, provocando sua inaptidão para acompanhar o processo da evolução da tecnologia.

A tecnologia está em constante mudança e Paschoal (2022, p. 27) diz que a história da evolução tecnologia e meio de trabalho é como um “camaleão, adaptar-se a novos ambientes, sempre na buscar de assegurar o equilíbrio da distribuição das mencionadas riquezas entre quem produz e quem detém os meios de produção”, com tanta mudança no decorrer dos tempos e com surgimentos de novos recursos tecnológico e com a chegada da internet, as pessoas tiveram que se adequar a esse novo modelo de vida, não só as pessoas como as empresas e instituições tiveram que se adaptar para prestar ou oferecer um serviço de qualidade e com mais rapidez sem perder tempo e custo.

De acordo com Santos *et al.* (2021) No sistema Judiciário, o avanço da tecnologia e o novo mundo digital não deixa de ser diferente, a expansão tecnologia cada dia está mais presente no cotidiano da sociedade em casa ou no trabalho. Com evolução da era digital de forma tão constante, o poder judiciário precisou acompanhar esse processo e se adequada a essa nova realidade, dado na criação de leis pelo legislador para regulamentar praticas realizada pela internet e também impondo limites nas condutas dentro da esfera virtual.

Soares (2018) diz que a tecnologia influencia diretamente na vida das pessoas, em seu trabalho e sua vida particular e no seu modo de conviver e divertir. Abrange a sociedade num todo, pois a era digital que está em pleno crescimento no século XXI e atingir todos os ramos do direito e seus operadores, suas ações e toda sociedade que também é sujeito dessa evolução.

Moreno e Matta (2021) diz que a pandemia de COVID-19” nos anos de 2020 e 2021, vivemos uma pandemia do COVID-19 e com avanço do contágio do vírus gerou uma crise mundial, escolas, instituições públicas e privadas e empresa de atividades não essenciais tiveram

que ser fechadas, mobilizando as pessoas ficarem em suas casas para não fazer a aglomeração, e mesmo com avanço da tecnologia na era digital, a pandemia do COVID-19 provocou impactos nas instituições públicas e privadas, as empresas e as instituições tiveram que renovar o meio de trabalho, movendo parte dos funcionários para o um modelo de interação remota, mas essa alternativa no primeiro momento não foi fácil para os gestores.

Ainda segundo os autores Moreno e Matta (2021), nos dias que correm, o mundo dirigir-se cada vez mais para o mundo da “virtualização” das relações sociais e cotidiana, a convivência das pessoas são mais por redes sociais, do que antigamente que as pessoas se relacionavam presencialmente em encontros de família e amigos, outro ponto da tecnologia bastante presente na atualidade é o dinheiro em papel que ao passar dos anos perder seu lugar aos cartões de crédito e débito e recente ao mais novo método de transferência mais utilizado o PIX como formas preferenciais de pagamento.

A importância do sistema da tecnologia da informação no judiciário brasileiro

De acordo com Silva (2014) A tecnologia abrangiu o meio de trabalho no judiciário com a implantação da tecnologia, o processo deixou de ser físico e passou a ser digital, fazendo um balanço geral conforme o relatório geral do Tribunal do Trabalho ano base 2020 e analisando em outros anos, podemos notar que de 2012 até o momento atual, milhões de processos novos são ajuizados no Brasil.

O TST (Tribunal Superior do Trabalho) recebeu, em 2013, 301.329 processos, 27% a mais do que no ano de 2012, quando esse montante foi de 237.281. Desse total, 238.801, 79,2 %, foram recursos oriundos dos TRTs, 843, 0,3%, foram Ações Originárias, 50.804, 16,6%, foram Recursos Internos, e 11.601, 3,9%, foram Recursos de Revista e Recursos Ordinários Decorrentes do provimento do Agravo de Instrumento. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2013) Diante desse quadro alarmante, diversas iniciativas foram tomadas para atenuar o congestionamento que tomou conta do Poder Judiciário, sendo uma das mais importantes a implementação do processo eletrônico, instituído pela Lei nº 11.419/2006. (Silva,2014)

Ainda conforme pesquisa de Silva (2014) o novo paradigma dos processos eletrônicos através dos meios digitais (internet), facilitou o desenrolamento das diversas etapas do processo, tornando as etapas mais rápida e eficaz, em detrimento do meio tradicional, que seria o papel. Essa mudança visa principalmente trazer maior celeridade, reduzindo o tempo médio de tramitação das ações judiciais.

Dados do relatório geral da Justiça do trabalho Ano base 2020:

A demanda processual, em comparação com o ano anterior, diminuiu 15,1%; somando, ao final de 2020, 2.570.708 casos novos. A cada 100.000 habitantes do País, 1.214 pessoas ingressaram com pelo menos uma ação ou recurso na Justiça do Trabalho (...) O tempo médio entre o ajuizamento de uma ação e o seu encerramento demonstra que, no TST, esse prazo foi de 1 ano, 10 meses e 9 dias; nos Tribunais Regionais do Trabalho, de 10 meses e 19 dias e, nas Varas do Trabalho, de 7 meses e 10 dias na fase de conhecimento e de 2 anos, 7 meses e 10 dias na fase de execução. (TST, 2020)

Com a implementação de sistema eletrônico nos tribunais, os processos tiveram um andamento mais célere, diminuindo o tempo de espera por julgamentos e decisões, inclusive diminuindo a espera dos processos em fase recursal. Com isso podemos perceber que a tecnologia tornou as ações processuais em todas suas fases mais rápida, resolvendo conflitos com celeridade.

O processo eletrônico pretende ser um divisor de águas para a Justiça Brasileira, buscando trazer celeridade através da adoção de novas possibilidades. Sem dúvidas, sua primeira e mais radical inovação consistiu na substituição do papel pelos meios eletrônicos como forma de instrumentalizar o processo. Trata-se de uma evidente mudança de paradigma. Com efeito, saem de cena as pilhas de processos, com incontáveis volumes e dezenas de milhares de folhas de papel e em seu lugar entram o computador, a internet e os arquivos digitais. (Silva,2014)

Com a implantação do sistema eletrônico nos tribunais, outros benefícios da tecnologia na gestão dos processos é a possibilidade de peticionamento dos advogados eletronicamente e o acesso ao processo sem precisar de deslocar a vara, poupando tempo e dinheiro.

DESCRIÇÃO E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Avanço da tecnologia nas audiências no TRT 11ª Região

A pandemia gerou grandes problemas para o mundo, principalmente no sistema judiciário, impactando o andamento processual, mesmo os processos sendo eletrônicos, as audiências eram realizadas de forma presencial, onde as partes e os advogados se deslocavam até o fórum de justiça.

Com avanço da pandemia as atividades no judiciário tiveram que ser paralisadas, com o cenário atual as instituições públicas e privadas uniram força para combater o novo vírus, o direito de ir e vir no momento não era possível, pois o Estado junto com Ministério da Saúde decretou ordem de restrições e isolamento, somente os trabalhadores das atividades essenciais como, supermercado, drogarias, agentes da área da saúde e agentes de segurança poderia circular. Com a suspensão das atividades nos tribunais de justiça, as audiências pautadas no início de 2020 foram canceladas, pelas resoluções do Congresso Nacional de Justiça – CNJ que determinou a suspensão do andamento processual dos tribunais.

Um nova realidade surgiu após o avanço do novo vírus COVID-19, exigindo adaptação ao novo método de trabalho dos servidores e advogados do sistema judiciário, por ordem do decreto do Estado do Amazonas nº 42100 de 23/03/2020, que determinou obrigatoriamente o retorno das prestações de serviços por Home office, das empresas públicas e privadas, não podendo mais o sistema judiciário ficar parado, foi criado um meio onde pudesse realizar as suas audiências sem que as partes, advogados e servidores tivessem qualquer tipo de contato.

A implementação de audiências virtuais se deu devido ao posicionamento do CNJ que editou medidas para retorno das atividades, a nova forma de trabalho impactou a vida dos advogados e bem com servidores. O CNJ disponibilizou ferramentas, recursos digitais e treinamento online aos servidores e magistrados, que tiveram que aprender a manusear os aplicativos Google Meet, zoom e entre outros, para as realizações das audiências, reuniões e atendimento dos advogados por meio do balcão virtual, onde conseguiria ter acesso por meio de computadores e celulares.

O Tribunal Regional do Trabalho do Amazonas TRT11ª utilizar o aplicativo zoom como ferramenta de realização das audiências virtual, basta as partes e advogados terem acesso através do link, ou ID e senha disponibilizados pela vara.

Com o retorno dos trabalhos presenciais nos tribunais, as audiências virtuais continua-

ram sendo realizadas. Com o avanço da tecnologia no sistema judicial, o advogado pode escolher entre ingressar com o processo na forma 100% digital, ou da forma convencional, quando a escolha é 100% digital, o processo terá o andamento totalmente virtual, sem possibilidade de audiência presencial.

O Juízo 100% digital é bastante utilizado para casos que são sobre matéria de direito, ou seja, onde não há necessidade de prova testemunhal para comprovar os fatos alegados ou provas periciais.

Quando a matéria versar sobre pleitos complexos, onde há necessidade de oitiva das testemunhas e bem como prova pericial, o advogado ajuíza a ação da forma convencional, tendo a possibilidade de optar pela audiência híbrida (virtual e/ou presencial), possibilitando assim mais escolhas pelas partes e seus advogados.

Com as audiências virtuais, possibilitou as partes e aos advogados maior comodidade, economia e praticidade, pois não há necessidade de se deslocar ao fórum (a não ser quando requisitado pelas partes), podendo realizar as audiências de qualquer lugar, desde que conte com sistema de internet e dispositivos habilitados para a realização das audiências, trazendo assim maior eficiência e eficácia para todos.

As audiências virtuais vieram com o intuito de dá seguimento a demanda de processos, evitando ao máximo contato físico, preservando assim a saúde de todos, e também trouxe benefícios aos advogados que podem realizar as audiências de qualquer lugar, possibilitando os mesmos de dá andamento em prazos ou até mesmo diligências, gerando mais celeridade e economia, seja ela de tempo ou de dinheiro.

Tipo de Audiências

Após o ingresso da reclamatória trabalhista, o Juízo a quo realiza um despacho marcando a audiência. Sendo que as audiências podem ser de conciliação, UNA e instrução processual.

Audiência de Conciliação

A conciliação é uma das alternativas de resolução de conflitos diferentes da sentença de mérito, uma vez que nelas as partes entram em consenso. Este tipo de audiência contribui para descongestionar o Poder Judiciário, uma vez que não exigem uma decisão do juiz, apenas a homologação do acordo.

A audiência de conciliação é essencial para a celeridade do processo, e o juiz deve propor o acordo às partes quando for cabível. Quando a petição inicial preenche os requisitos essenciais, o juiz designa tal audiência com pelo menos 30 dias de antecedência.

Se houver acordo, o Juiz realizará a homologação e o processo tem seu encerramento e é arquivado depois que a Reclamada cumpri com o seu acordo. Não havendo consenso, o Juiz marcará a audiência de instrução e julgamento, onde as partes deverão apresentar suas testemunhas.

Audiência de instrução e julgamento

Nessa modalidade de audiência ocorre em dia e hora designados pelo Juízo a quo.

Participam dela o Juiz, as partes, seus respectivos advogados, testemunhas e os auxiliares da justiça.

A primeira medida tomada pelo Juiz é uma nova tentativa de conciliação das partes. Se ocorrer, homologa-se o acordo e o processo é finalizado. Se não, procede-se a produção de provas orais, com os interrogatórios, depoimentos pessoais das partes e inquirição de testemunhas. Só depois da instrução o Juiz marca uma data para a prolação da sentença de mérito.

Em algumas situações ela poderá ser adiada, como no caso de impedimento de uma das partes em participar dela. A impossibilidade deve ser justificada e comprovada até a abertura da audiência, pois caso o Reclamante não compareça na audiência será arquivado e caso a empresa será à revelia conforme o art. 844 da CLT.

Audiência UNA

Audiência una significa que o Juiz poderá já na audiência inicial realizar a conciliação, e caso haja ocorre a homologação. Caso não tenha acordo é imediatamente realizada a instrução sem qualquer tipo de adiamento, procede-se a produção de provas orais, com os interrogatórios, depoimentos pessoais das partes e inquirição de testemunhas. Só depois da instrução o Juiz marca uma data para a prolação da sentença de mérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito está em constante mudança, seja por meio de doutrinas, jurisprudências, costumes e pela Lei. O presente estudo mostrou que, de agora em diante, há uma forte tendência de que a regra seja a realização de audiências na modalidade virtual.

No decurso da pesquisa, pudemos entender melhor do assunto por meio de participações constantes nas audiências virtuais nas Varas do Trabalho e pesquisando sobre as medidas adotadas pelo Sistema Judiciário. As audiências virtuais é uma das grandes inovações, trazendo celeridade, eficiência e inclusão, e bem como ampla transparência, pois todas as audiências são gravadas com o consentimento das partes.

Aos poucos os operadores do direito estão se adequando aos meios tecnológicos mais eficazes para o acesso às plataformas, e também encontrando outros meios para realizar uma audiência produtiva, capaz de cumprir a sua finalidade, na tentativa de conciliação, na instrução, o que pode assegurar a solução rápida da demanda, atendendo aos princípios da duração razoável do processo legal.

Por todo exposto, conclui-se que com as audiências virtuais possibilitou aos advogados realizar outras demandas enquanto está realizando as audiências, também economia, eficiência, praticidade e otimização do tempo. Com isso, é necessário progredir, inovar e renovar-se, pois a tecnologia trouxe comodidade e eficiência, contudo, também há desafios que vem com a tecnologia, por esta sempre inovando, precisamos nos renovar e reinventar.

REFERÊNCIAS

COSTA, A.A. Direitos Sociais: Análise Do Controle Jurisdicional De Políticas Públicas. v.1, p. 73-82, Rio de Janeiro: Editora E-publicar, 2020

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. ed. 18. São Paulo: LTr, 2019.

DONATO, V. C.C. O Poder Judiciário No Brasil: Estrutura, Críticas E Controle. Fortaleza: UNIFOR, 2016.

MORENO, A. B. e MATTA, G. C. Covid-19 e o Dia em que o Brasil Tirou o Bloco da Rua acerca das Narrativas de vulnerabilidade dos e grupos de risco. *et al.* – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2021

NOHARA, I. P. Direito Administrativo. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PASCHOAL, G. H. Avanço da tecnologia e o direito do trabalho. Editora Thoth, 2022.

SILVA, E. L. O “jus postulandi” das partes em face da implementação do processo eletrônico no âmbito da justiça do trabalho. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, v. 3, n. 5, p. 45-61, nov. 2014.

SANTOS, I.M.V. A lei orgânica da magistratura nacional (Loman): aspectos fundamentais e relevantes. v.1, p. 73-82, Rio de Janeiro: Editora E-publicar, 2021

SANTOS, A. M., *et al.* Status quo e o seu novo normal: mundo, tecnologia, profissão e a busca por igualdade. Revista Intertemas. Presidente Prudente/SP, 2021.

SOARES, M. G. A quarta revolução industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relatório Geral da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral#:~:text=A%20demanda%20processual%2C%20em%20compara%C3%A7%C3%A3o,recurso%20na%20Justi%C3%A7a%20do%20Trabalho.>> Acesso em 26 jul. 2022.

VALLE. A. TJAM cria salas virtuais para atendimento de advogados e partes dos processos em tramitação na Presidência. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pandemia-painel-informa-situacao-dos-prazos-processuais-em-tribunais/>. Acesso em 20 jul 2022.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela a minha vida, e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados durante a vida, e a força para superá-los. Aos meus pais por todo apoio e compreensão, pois estão sempre me ajudando em tudo na minha vida. À minha amiga Karina Lopes Cidade por me ajudar todos os dias durante o trabalho. E por fim, a todos da minha família, familiares e amigos.

Implicações da tecnocracia científica na construção de decisões judiciais

Implications of scientific technocracy in the construction of judicial decisions

Patrícia Solange Farias Silva Sckianta

Advogada e Discente na Especialização em Assessoria Política e Governo pela Universidade Católica de Salvador -UCSAL, mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade Salvador-UNIFACS

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.30

RESUMO

Este artigo discute como o judiciário tem reafirmado práticas tecnocráticas nas decisões judiciais mediante incorporação de conhecimento técnico científico como meio de amparar e subsidiar decisões judiciais, analisando se tais práticas comprometem o requisito de validade e legitimidade do ato jurídico. O estudo está centrado no seguinte problema de pesquisa: A incorporação do conhecimento técnico científico na formação de decisões judiciais comprometem a validade normativa e a legitimidade do ato judicial? Evidencia-se como resultado da pesquisa que existe uma tendência crescente de utilização ostensiva de conhecimentos técnicos-científicos como parâmetro para amparar e subsidiar julgados, fato que indica um deslocamento do manejo jurídico-normativo para o conhecimento puramente técnico-científico, alterando o plano de validade e legitimidade das decisões judiciais, com implicações ao sistema democrático.

Palavras-chave: tecnocracia. científico. tecnocracia jurídica. ciência e judicialização.

ABSTRACT

This article discusses how the judiciary has reaffirmed technocratic practices in judicial decisions through the incorporation of scientific technical knowledge as a means of support and subsidy to judicial decisions, analyzing whether such practices compromise the requirement of validity and legitimacy of the legal act. The study is centered on the following research problem: Does the incorporation of scientific technical knowledge in the formation of judicial decisions compromise the normative validity and legitimacy of the judicial act? As a result of the research, it is evident that there is a growing trend of ostensible use of technical-scientific knowledge as a parameter to support and subsidize judgments, a fact that indicates a shift from legal-normative management to purely technical-scientific knowledge, altering the plan of validity and legitimacy of judicial decisions, with implications for the democratic system. As a result of the research, it is evident that there is a growing trend of ostensible use of technical-scientific knowledge as a parameter to support and subsidize judgments, a fact that indicates a shift from legal-normative management to purely technical-scientific knowledge, altering the plan of validity and legitimacy of judicial decisions, with implications for the democratic system.

Keywords: technocracy. scientific. legal technocracy. science and judicialization.

INTRODUÇÃO

Segundo Tenório (2003, p107) “a tecnocracia corresponde à supremacia dos técnicos na coisa pública e nos negócios privados”, sendo uma categoria social dotada de conhecimento estratégico para a regulação da sociedade, se mantém sobre outras categorias por uma relação de poder que não envolve propriedade, *in verbis*:

A interpretação livre do vocábulo tecnocracia corresponderia à supremacia dos técnicos na coisa pública e nos negócios privados. Significaria que os técnicos – tecnocratas – no setor público teriam o papel principal, e não acessório, nas decisões de Estado em relação à sociedade [...]. (TENÓRIO, 2003, p 109).

Embora se possa discutir a amplitude e adequação do conceito sob diversas óticas, é certo que o surgimento da tecnocracia enquanto categoria social tomou relevo quando a comple-

xidade das instituições e da própria sociedade alcançaram uma proporção no qual se tornou inviável manter os níveis de sintropia e produção sem que o manejo da técnica fosse devidamente utilizado. Para Motta (1988, p 16), o papel da tecnocracia vai além do manejo de conhecimento técnico especializado em favor da sociedade para perfazer conhecimento político instrumental. Vejamos:

Em termos simples, as organizações formais são sistemas sociais planejados segundo um modelo de otimização, cuja administração requer um conhecimento complexo que envolve as ciências exatas e sociais e que, antes de mais nada, é um conhecimento político instrumental. [...]. Por definição a tecnoburocracia é autoritária, na medida em que o que a legitima é a técnica desenvolvida a serviço de seu poder, o que também não significa que a sociedade não se possa beneficiar dessa técnica ou até mesmo do exercício desse poder em casos determinados (MOTTA, 1988, p 16).

Por esse espectro de compreensão, a técnica manejada e oferecida pelos tecnocratas possibilita, de alguma maneira, a acomodação social que os legitimam e que mantém o poder da classe dominante, ocasião em que a técnica passa, direta ou indiretamente, a servir ao propósito de conhecimento político instrumental para o alcance de manutenção do status quo de dominação conforme bem delimitou Motta (1988, p 16) em seus transcritos:

Um dado desses exemplos é o fato 'de a legitimação do poder dos dominantes associar-se sempre a algum tipo de prestação de serviço aos dominados, bem como sua deterioração quando esse serviço não é mais prestado ou, por alguma razão interna ou externa, não mais desejado. Via de regra, o consentimento implica algum nível de dependência, de forma que qualquer mudança na relação de dependência se reflete na relação de dominação. O entendimento da aristocracia no interior das sociedades arcaicas ou da tecnoburocracia nas sociedades contemporâneas toma-se possível pela percepção de que o recebimento de um determinado serviço desejado ou a aparência de recebimento originam o consentimento, e, portanto, a pouca necessidade de recurso à violência, salvo em momentos críticos ou na periferia dos grandes impérios. (MOTTA, 1988, p 16).

Muito se discute sobre os mecanismos de aquisição de poder por partes dos tecnocratas, sendo certo que o deslocamento de poder político em favor da tecnocracia moderna ocorreu com maior intensidade após a crise do Estado Social, onde os meios políticos tradicionais tornaram-se desacreditados para dirimir os problemas da sociedade. Nesse contexto, tomou relevância o império da expertise técnica sobre a política, como bem colocou Faria e Baggio (2019, p. 196):

O ápice desse processo ocorreu com a crise do Estado Social quando a busca por mais eficiência estatal gerou um deslocamento de poder das instâncias de deliberação política para os órgãos técnicos, capazes de supostamente gerar soluções derivadas de uma expertise concebida como neutra diante da complexidade dos desafios colocados à sociedade. [...]. (FARIA; BAGGIO, 2019, p. 196).

Assim, não demorou muito para que se cristalizasse a legitimidade dos tecnocratas com “uma ênfase na importância decrescente dos processos políticos, em comparação com os técnicos ou os cientistas [...]”. (TENÓRIO, 2003, p 110). Em parte, o fenômeno foi alimentado por outra crença igualmente importante: “uma crença em que todo progresso científico e técnico é feito em prol de toda a humanidade: que ‘progresso’ é sinônimo de ‘aperfeiçoamento’” (Elliott, 1976 *apud* TENÓRIO, 2003, p 110).

Se, por um lado, as formas predominantes e modernas de tecnocracia exercem seu poder de forma indireta pelo manejo do conhecimento científico e tecnológico na forma de conhecimento político instrumental, legitimado na crença de eficácia do progresso científico e tecnológico. Por outro lado, existe uma modalidade diferencial de tecnocratas que divide o poder político de forma direta com o executivo e com o legislativo – a tecnocracia jurídica.

A fonte de legitimidade e de poder da tecnocracia jurídica não se encerra na crença do conhecimento científico, ainda que o conhecimento jurídico seja cientificamente sistematizado. Ao revés, a fonte de legitimidade está na própria constituição, que no anseio de limitar o poder central do executivo e do legislativo transferiu parte do poder estatal ao judiciário, atribuindo-lhe o papel de próprio guardião da constituição.

Pádua (2008, p 82-83), citando os estudos de Viana (1999), descreve com precisão a origem do poder e a importância alçada pela tecnocracia jurídica:

A hipótese central destes pesquisadores, mais bem exposta em obra posterior (cf. WERNECK VIANNA *et al.*, 1999) é que, seguindo o exemplo da política e do direito comparados, o Brasil começava, com a ordem constitucional de 1988, a elevar o poder judiciário à categoria de membro da soberania política nacional, a partir da transferência e da assunção de competências decisórias que transcendiam a mera resolução de conflitos de interesses – lides (ou litígios), no jargão do direito processual - a qual surgira a própria função jurisdicional, posteriormente tornada independente das demais. [...] Aparentemente, esta última pesquisa, na visão dos autores, serviu a confirmar as suposições teóricas anteriormente formuladas, no sentido de que a judicialização da política no Brasil corrige os defeitos do Estado do Bem-Estar social, ao garantir uma medida de democracia direta que compense os defeitos de representação política dos poderes mais tradicionais (cf. WERNECK VIANNA *et al.*, 1999, p. 18 et seq.). (PÁDUA, 2008, p 82-83)

Como consequência natural de sua legitimidade, que não está adstrita a eficácia do conhecimento técnico científico, mas vai além, para exercer um papel limitador dos demais poderes, a tecnocracia jurídica se destaca no manejo altamente especializado das normas jurídicas, instrumentalizando complexos graus de informação no campo jurídico-normativo.

Entretanto, a complexidade que certos casos litigiosos têm adquirido exige da tecnocracia jurídica a utilização de conhecimentos técnico-científico alheios a questão jurídica, ocasionando muitas vezes a secundarização das normas jurídicas diante de questão científica. Faria e Baggio (2019, p. 196) informa que a incorporação de normas técnicas científicas ao universo de normas técnico-jurídicas ocorreu de forma tranquila:

A expansão da utilização das normas técnicas em detrimento das normas jurídicas, nesse contexto, ocorreu de um modo relativamente tranquilo no âmbito dos poderes judiciários, uma vez que aquelas sempre foram aplicadas de forma subsidiária a estas, o que, segundo Benoit Frydman causou certa indiferença por parte dos atores envolvidos quando do aumento da utilização de parâmetros técnicos e científicos que passaram a uma situação de concorrência com as normas jurídicas (FRYDMAN, 2016 *apud* FARIA; BAGGIO, 2019, p. 197).

Nesse sentido, o presente artigo possui como tema e objeto central analisar a influência do conhecimento científico (tecnocracia científica) na construção de decisões judiciais, através do estudo de caso da Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 6.427 e da Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 3.510.

A metodologia de pesquisa adotada compreende a revisão integrativa de literatura, bem como a análise dos acórdãos referentes a Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 6.427 e Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 3.510, analisando se a prevalência da utilização de fundamentos científicos sobre os jurídicos é normativamente lícita quando verificados os planos de validade e legitimidade do direito.

METODOLOGIA

A pesquisa adota a metodologia de revisão integrativa de literatura, além do estudo de caso sobre a Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 6.427 e da Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 3.510, pretendendo responder a seguinte hipótese de pesquisa: as implicações normativas oriundas da incorporação do conhecimento técnico científico na formação das decisões judiciais possuem validade normativa e legitimidade. Para responder o problema de pesquisa, o estudo se ocupou em realizar a revisão bibliográfica sobre a questão.

Para o levantamento dos artigos científicos e dissertações utilizados na revisão integrativa foram utilizadas as seguintes bases de dados nas plataformas on-line: Periódico-Capes, catálogo de teses e dissertações do CAPES e google acadêmico.

Os critérios de escolha dos artigos e dissertações foram: a) texto integral disponível em formato eletrônico e gratuito no idioma português; b) presença dos termos de busca “tecnocracia”, “tecnocracia jurídica”, “ciência” e “judicialização” c) ser compatível com o tema da pesquisa, mormente o objetivo geral que é analisar se o processo de incorporação de conhecimento técnico científico em julgados tem comprometido a validade e legitimidade do ato jurídico.

A revisão integrativa de literatura contemplou duas fases (etapas): a) fase de verificação da legitimidade de incorporação conhecimento científico nas decisões com verificação do plano de validade normativa; b) fase de análise a Adin n. 6.427 e ADIN n. 3.510.

A revisão integrativa adotada as informações dos artigos e teses coletados sobre a ótica da Prática Baseada em Evidências (PBE) de tudo quanto observado, relatado e descrito pelos autores dos artigos no que tange a prática tecnocrática jurídica de incorporação de conhecimento científico para exarar decisões.

Para essa primeira fase (etapa) foram selecionados 3 (três) artigos da plataforma periódicos CAPES, 1 (um) artigo no google acadêmico e 1 (uma) tese de Mestrado da plataforma periódicos CAPES (Tabela 1). Sua compatibilidade com o tema foi sistematizada conforme título e objeto de pesquisa na Tabela 2 abaixo.

Tabela 1 – Artigos e dissertações selecionados para revisão integrativa de literatura

Portal de Periódicos e Google Acadêmico	Artigos e Dissertações Selecionados
Periódicos CAPES	3 artigos
Periódicos CAPES	1 dissertação
Google Acadêmico	1 artigo
TOTAL	5

Fonte: Plataformas Capes Periódicos e Google Acadêmico.

Tabela 2 – Sistematização de artigos e dissertações selecionados conforme compatibilidade de seus objetivos com o tema da pesquisa em questão na etapa 1.

Base	Título do Artigo	Autores	Periódico e Dados do Artigo/Dissertação	Objetivo do Artigo
CAPES	Judicialização da ciência e a expansão da atividade do Poder Judiciário: uma análise à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal	COMPINHO, Bernardo Brasil.	REVISTA ELETRO-NICA DE DIREITO E SOCIEDADE. Universidade Rural do Rio de Janeiro -Canoas, V.08, n.03,2020.	refletir sobre o uso do conhecimento científico como subsídio para a tomada de decisão judicial, para além da prova pericial, buscando entender como se construíram as relações entre conhecimento jurídico e ciência no processo de tomada de decisão dos tribunais
CAPES	(Neo)Tecnocratas ou (Neo)Bobos? Eis A Questão.	TENÓRIO, Fernando G.	REVISTA ORGANIZAÇÃO & SOCIEDADE – Escola de Administração da UFBA. v.10 - n.26 - Janeiro/Abril – 2003.	refletir sobre se a tecnocracia, como categoria do pensamento social, ainda tem importância na contemporaneidade brasileira e no estudo das teorias organizacionais em particular
GOOGLE ACADÊMICO	As formas Organizacionais do Estado	MOTTA, Fernando C. Prestes	REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS São Paulo 28(4) 15-31 Out.1988	Analisar as Formas Organizacionais do Estado e o papel da Tecnocracia.
CAPES	O Supremo Tribunal Federal entre o Direito e a Tecnocracia Científica: o caso do amianto	FARIA, Maristela; BAGGIO, Roberta.	REVISTA SEQUÊN-CIA – PPGD UFSC. Florianópolis, n. 83, p. 193-219, dez. 2019	Discutir o problema do aumento da utilização de fundamentos científicos em detrimento dos jurídicos nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) como uma prática própria dos modelos tecnocráticos
CAPES	A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático	PÀDUA, João Pedro C. V.	FGV: Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.	Analisar o contexto histórico e teórico, bem como as consequências, do ponto-de- vista democrático, do surgimento de um domínio do poder estatal através do domínio da técnica do direito

Fonte: Plataformas Capes Periódicos e Google Acadêmico.

Para a segunda fase (etapa) da pesquisa foi utilizado dois acórdãos extraído do site oficial do Supremo Tribunal Federal (STF), referente a ADIN n. 6.427 e ADIN 3.510, relacionados ao tema da presente pesquisa, utilizando as seguintes palavras como critério de busca: científico, judicialização.

A sistematizada dos acórdãos foi estabelecida na Tabela 3 abaixo:

Tabela 3 - Sistematização dos acórdãos do STF selecionado conforme compatibilidade de seu teor com o tema da pesquisa em questão.

Tipo de Ação	Órgão Julgador	Relator	Data julgamento	Data de Publicação
ADIN n. 6.427	Tribunal Pleno	MIN RELATOR. ROBERTO BARROSO	21/05/2020	12/11/2020
ADIN n. 3.510	Tribunal Pleno	MIN RELATOR. AYRES BRITO	29/05/2008	28/05/2010

Fonte: Site do STF - <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

A partir da seleção dos acórdãos do STF, parte-se para a análise comparativa, extraindo-se algumas questões relevantes para o estudo da pesquisa, os quais irão pautar a análise.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Segundo Campinho (2020, p 31), “a relação entre o conhecimento científico e o Direito, particularmente nas atividades do sistema judiciário, não é um fenômeno recente”, atribuindo-se que essa proximidade se dá em razão de certa afinidade entre ambas as tecnocracias. Enquanto a tecnocracia científica carrega a pretensão da neutralidade, a tecnocracia judiciária carrega a normatividade, de maneiras que o conhecimento científico acaba apoiando a normatividade judicial, conforme bem mencionado por Campinho (2020, p 31):

Em outros termos, as pretensões de verdade e neutralidade que a ciência carrega no imaginário social e político da modernidade (trazidas a partir do modelo das ciências naturais e da experimentação) e a verdade do processo judicial, baseado na normatividade e no dever ser que ela impõe, se apoiam reciprocamente [...] (CAMPINHO, 2020, p 34).

De qualquer modo, é preciso destacar que a tecnocracia judiciária não está adstrita e nem vinculada ao conhecimento científico, visto que “o método de decisão judicial não se submete às regras de validade e metodológicas do conhecimento científico” (CAMPINHO, 2020, p 34). De maneira que a apropriação do capital científico por parte da tecnocracia judiciária ocorre pelo crivo de validação do elemento normativo.

A revisão de literatura indicou que mesmo que o judiciário não esteja adstrito ao conhecimento científico, tem ocorrido um acréscimo progressivo de incorporação do capital técnico-científico nas decisões judiciais, sendo consenso a preocupação dos pesquisadores sobre essa tendência. Parte da preocupação reside na utilização do argumento científico como apoio para determinada interpretação, ocasião em que ocorre a secundarização dos argumentos jurídicos-normativo, como bem informou Faria e Baggio (2019, p 198-199).

Dessa forma, é possível falar em duas perspectivas tecnocráticas na atuação do STF. Por um lado, esse órgão é composto de “técnicos em direito”, que passaram a decidir questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade, contribuindo sobremodo para o processo de decadência e deslegitimação da política. Por outro, o STF ao decidir casos que, muitas vezes, são de alta complexidade e envolvem questões de várias áreas da ciência, baseia suas decisões em estudos científicos e dados técnicos disponíveis, originando uma que se denominará aqui de tecnocracia científica. Nessa segunda vertente tecnocrática, os técnicos em direito, ou seja, os ministros do STF, sustentados por conhecimentos científicos e dados especializados, têm deslocado ou secundarizado os argumentos do campo jurídico-normativo para o campo científico, abrindo mão da legitimidade política do processo legislativo que sustenta a produção das normas jurídicas e de suas principais responsabilidades, no mesmo sentido já descrito anteriormente por Pinzani. (FARIA; BAGGIO, 2019, p. 198-199).

De fato, os resultados de pesquisas indicaram que a utilização do conhecimento científico como evidência que se coloca como matéria de fato para subsidiar as decisões não é um ponto crítico, que comprometa a validade da decisão jurídica, mas acaba sendo incorporada como metodologia que aglutina qualidades típicas do conhecimento científico, tais como: certo grau de certeza, neutralidade e confiabilidade.

Campinho (2020, p 37) aponta três mecanismos fundamentais pelo qual a tecnocracia jurídica incorpora o conhecimento técnico científico:

Em linhas gerais, o processo de judicialização da ciência se manifesta no âmbito da jurisdição constitucional brasileira em três vertentes ao menos: a) situações em que argumentos científicos serviram de apoio a uma dada interpretação jurídica; b) situações em que a controvérsia científica se confunde com o objeto do processo; c) situações em que o argumento científico inverte o fluxo descrito por Tate e Vallinder (1995), quando métodos não judiciais, outrora inofensivos, invadem o espaço de decisão jurisdicional. (CAMPINHOS, 2020, p 37)

A questão levantada como crítica consiste justamente quando a decisão subsidiada pelo conhecimento científico secundariza os fundamentos jurídicos, invadindo o espaço da decisão judicial ao ponto de se constituir em parte da própria normatividade.

Faria e Baggio (2019, p 198) sustenta que quando o judiciário se abstém de seu processo tecnocrático para implementar, em substituição, a tecnocracia científica, acaba adentrando em área fora de seu campo de expertise e competência, fato que pode ocasionar um desvio de legitimidade, assim descrito: “O primeiro problema que decorre desse cenário é a questão cada vez mais debatida pelos teóricos sobre a legitimidade desse movimento de deslocamento tecnocrático do processo deliberativo”. (FARIA; BAGGIO, 2019, p. 198-199).

Pádua (2008, p. 84) discorre que historicamente a tecnocracia judiciária carecia de legitimidade representativa direta se comparado ao poder legislativo, sendo a legitimidade de seus atos alcançados por natureza diversa, fundado na atribuição constitucional de controle do poder delegado, de maneira que a legitimidade do ato judicial está fundada na sua expertise em manter a supremacia do povo sobre os poderes, a saber:

Desde então [da difusão do controle de constitucionalidade], para além da representação pelo voto como mecanismo de delegação de poder, a emergência do Terceiro Poder, na medida em que se investe da representação da vontade do corpo político instituída na Constituição, vem favorecendo a retomada da perspectiva rousseauiana da soberania coletiva. Trata-se, pois, de um Poder cuja função é concretizar o controle do poder delegado, garantindo, em última instância, a supremacia do povo soberano sobre os poderes que são exercidos em seu nome, dado que o povo somente pode exercer controle sobre seus representantes por meio de uma outra representação. [...] (WERNECK VIANNA e BURGOS, 2003, p. 366-67, *apud* PÁDUA, 2008, p 84).

Portanto, a legitimidade dos atos praticados pela tecnocracia judiciária está atrelada a sua expertise em manejar as normas técnicas-jurídicas, pois são justamente essas normas que estão acopladas a agentes públicos competentes para expedir atos decisórios vinculados ao interesse público. Assim, quando o processo decisório é deslocado do manejo jurídico-normativo para o conhecimento puramente técnico-científico manifesta-se um problema de legitimidade, fundado no fato de que a construção de conhecimento científico pode não se vincular ao interesse público, como bem descreveu Faria e Baggio (2019, p. 216).

Assim como as normas jurídicas estão atreladas a um resultado decisório de agentes que possuem interesses e um local de fala bem determinado, os resultados de estudos técni-

co-científicos que servem de base para a produção das normas técnicas também estão. Contudo, as primeiras são respaldadas pela legitimidade de processos de decidibilidade próprio dos Estados de Direito, enquanto as segundas estão completamente fora desse âmbito, sendo simplesmente fruto de conveniências pontuais, privadas e até mesmo aleatórias em relação às demandas de interesse público. (FARIA; BAGGIO, 2019, p. 216).

Algumas vertentes sustentam, inclusive, o caráter antidemocrático da tecnocracia científica. Nesta ótica, torna-se manifesto a incompatibilidade com a legitimidade dos atos praticados pela tecnocracia jurídica. Tenório (2003, p. 112) citando Presser notabiliza a natureza da produção do conhecimento técnico-científico e sua manifesta incompatibilidade com a legitimidade do ato jurídico:

“O técnico assume o poder não em função da vontade do povo, expressa através do voto, mas em nome de sua competência técnica e organizacional. Suas decisões, uma vez no governo, não são tomadas em função da consulta ao povo, mas em função de sua pretendida racionalidade. Os critérios de racionalidade são, naturalmente, definidos pela própria tecnoburocracia, na medida em que apenas os técnicos se consideram com capacidade para isso. A população em geral é considerada, por definição, incapaz de tomar decisões de natureza técnica. Ora, em um mundo em que tudo foi reduzido à técnica, o governo dos povos é também um problema técnico, é um problema a ser decidido por economistas, administradores profissionais e militares tecnicamente capazes”. (Bresser-Pereira, 1981 *apud* TÊNORIO, 2003, p. 112)

Embora o problema da legitimidade da decisão jurídica fundada predominantemente no conhecimento científico seja amplamente reconhecida nos estudos levantados, poucos avanços foram feitos no sentido de coadunar soluções plausíveis, especialmente nos casos judiciais complexos, onde a natureza da decisão envolve o enfrentamento de questões de natureza científica.

Faria e Baggio (2019, p 216) discorre que a questão precisa ser enfrentada porque representa um perigo não apenas para os pressupostos basilares da política, mas também para a própria normatividade do direito, *in verbis*:

Negligenciar a necessidade de enfrentar as questões de legitimidade do uso da técnica ou da ciência como técnica não representa um perigo apenas aos pressupostos básicos da política, como demonstram os enfoques mais comuns sobre a temática até o momento, mas à própria normatividade do direito. (FARIA; BAGGIO, 2019, p. 216).

Os estudos não apontaram uma solução conclusiva para equacionar o problema de como a decisão judicial pode simultaneamente incorporar os elementos de certeza, neutralidade e confiabilidade típicas do conhecimento científico ao passo em que mantém a pretensão de legitimidade do ato jurídico, principalmente quando casos considerados difíceis acabam deslocando a decisão jurídica do campo normativo para o campo técnico científico.

Em geral, a tecnocracia judiciária vem incorporado sem objeções relevantes os conhecimentos técnicos científicos, conferindo critério de validade pelo sopesamento de elementos principiológicos e normativos da área jurídica. Parte desse comportamento repousa no incontestado prestígio do qual goza o método científico, que atribui critério de certeza e fiabilidade a decisão. A adoção de parâmetros científicos normalmente mitiga o inconformismo porque dá uma aparente sensação de neutralidade e justiça, além de coadunar a autoridade da decisão judicial com a autoridade do conhecimento científico.

Nesse particular, poderíamos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 6.427, onde se discute a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos diante da COVID-19. Ocorre que o Poder Executivo editou a Medida Provisória n. 966/2020, atenuando a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos no enfrentamento da Pandemia de

COVID-19, limitando a responsabilização dos agentes a prática de erros grosseiros, definindo erro grosseiro como sendo aquele considerado como manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave.

A questão do abrandamento da responsabilização acabou sendo judicializada por questionamento sobre sua inconstitucionalidade e os limites de interpretação do que caracterizaria “erro grosseiro” e “dolo”. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso, decidiu que na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades, de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Veja que nas circunstâncias da ADIN n. 6.427, o critério adotado para fundamentar a decisão foi técnico-científico, fundado na autoridade que a ciência possui para amparar a decisão judicial de responsabilização dos agentes públicos pela não observância de critérios científicos no controle da Pandemia de COVID-19. Nesse particular, o critério principal para decidir tem amparo na ciência, mas foi validado pelos elementos principiológicos da área jurídica quando descreve sobre o necessário balizamento constitucional dos princípios de precaução e da prevenção.

Campinho (2020, p 39) apresenta a ADIN n. 3.510 como um exemplo onde os conhecimentos científicos preponderaram como critério mais relevante do que a discussão jurídica, havendo uma secundarização dos critérios normativos. Parte de seu entendimento repousa nas considerações feitas por Oscar Vilhena Vieira (2008), que avaliou insuficiente as argumentações jurídicas perfilhadas, assim dispondo:

Quanto à terceira vertente, Oscar Vilhena Vieira (2008) observa, ao tratar do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510 (acerca da legitimidade constitucional de pesquisas com células-tronco embrionárias) que “alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de ‘seus cientistas’ do que propriamente esgrimir argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina”. (VIEIRA, 2008 *apud* CAMPINHO, 2009, p. 39)

Em verdade, a ADIN n. 3.510 discute a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), onde se questiona a licitude de utilização de células-troncos para fins de pesquisa e fins terapêuticos. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentava a questionamento legal se a manipulação embrionária de células troncos para fins de pesquisa e terapia implicaria na violação do direito à vida e a dignidade humana, caracterizando uma modalidade de aborto.

Percebe-se com clareza que a celeuma enfrentada na Adin n. 3.510 apresenta como característica marcante a circunstância de que o conhecimento científico embricado no processo não se coloca como matéria de fato que tem um papel auxiliar na decisão judicial, mas se coloca como a própria controvérsia jurídica da decisão.

Pela natureza da própria controversa, a incorporação dos conhecimentos científicos como alicerces da decisão judicial acaba sendo indissociável, principalmente por se tratar de um caso atípico de judicialização da ciência. Portanto, o enfrentamento de questões científicas, por mais exógenas que sejam ao conhecimento jurídico-normativo, torna-se inevitável. Por outro lado, a inafastabilidade desse imbricamento entre ciência e direito não retira o questionamento

sobre o vício de legitimidade que a questão comporta.

AADIN n. 3.510 foi proposta pela Procuradoria Geral da República, sobre o fundamento de que o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) contraria a inviolabilidade do direito à vida e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, consubstanciado na dignidade da pessoa humana. Portanto, todo o fundamento da ação repousa na consideração de que o embrião humano, sem distinção, é uma pessoa humana.

Para subsidiar sua decisão, o Supremo Tribunal Federal promoveu audiências públicas em que a tecnocracia científica compareceu para apresentar seus fundamentos e estudos, se estabelecendo duas vertentes científicas distintas: a vertente que considera que o embrião humano não é uma pessoa humana e a vertente que considera que o embrião humano já é uma pessoa.

Nesse panorama, de divergência científica sobre a condição de pessoa humana do embrião, o judiciário se socorreu da parametrização normativa, conforme se observa no seguinte trecho da decisão:

“Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). É como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ADIN n. 3.510 do Tribunal Pleno, 2008)

Resta evidente que, na impossibilidade intransponível de alcançar uma resposta científica definitiva sobre a questão de determinar com precisão, a partir de que estágio celular, se já existe uma pessoa humana, o STF definiu como critério orientador estabelecer um marco temporal e material a partir do qual o direito se ocupará em proteger.

Fato que, em certa medida, a parametrização normativa do momento e das condições em que o direito se ocupará em proteger a vida humana e a sua dignidade acaba convergindo para uma das vertentes científicas apontadas, justamente aquela que não considera o embrião humano manipulado “in vitro” como pessoa humana. Não poderia ser diferente porque quaisquer que fossem as possibilidades de decisão da corte, fatalmente convergiria para uma ou outra vertente científica.

Nesse particular, a análise pormenorizada do julgado, ainda que imbuída de considerações científicas diversas, não apresenta secundarização dos critérios normativos. A própria divergência científica sobre o tema acaba mitigando a autoridade que a ciência possui para esclarecer se, de fato, o embrião manipulado em laboratório goza da condição de pessoa humana, razão pela qual a decisão perpassa a validação jurídico-normativa para estabelecer o parâmetro de proteção, coisa que foi devidamente satisfeita pelo STF conforme se verifica no trecho abaixo:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRA-CONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ADIN n. 3.510 do Tribunal Pleno, 2008)

A análise mais acurada do julgado exarado pelo STF sobre a ADIN n. 3.510 evidencia um panorama que não se coaduna com a descrição de Campinho (2020, p 39). Tudo porque não há indicativos de que a decisão sobrelevou o conhecimento científico sobre o critério jurídico-normativo. Contudo não se pode negar que foi realizado exaustiva e acirrada discussão científica no bojo do processo, mas essa exorbitante discussão de critérios técnicos-científicos decorre da natureza da matéria em análise, que se debruça sobre a natureza científica da condição de pessoa humana para estabelecer as implicações jurídicas de proteção salvaguardada pela Constituição Federal.

Certo que é crescente o número de decisões embricadas nos saberes científicos, sendo “um processo de implicação recíproca entre o capital científico e o sistema jurídico, que encontra uma expressão dramática no âmbito da jurisdição constitucional” (CAMPINHOS, 2020, p 44).

Esse fenômeno, cada vez mais crescente, é um reflexo da complexidade da própria sociedade, que credita grande prestígio a ciência e a tecnologia. No entanto, o imbricamento da tecnocracia científica nas decisões judiciais, ainda que seja uma tentativa da tecnocracia jurídica de conferir mais profissionalismo e neutralidade aos julgados, pode ocasionar um problema de legitimidade.

Paduá (2008, p. 84), citando o trabalho de Vianna e Burgos, discorre que o crescente aumento do papel da tecnocracia judiciária na sociedade brasileira decorre da natureza excepcional de sua legitimidade, fundada numa legitimidade funcional entendida como sinônimo de cidadania popular mediada pelo controle jurisdicional.

“Assim é que a representação funcional, originária do contexto de modernização autoritária dos anos 30, permanece como elemento de continuidade na formação da cidadania, passando de suporte necessário à cidadania regulada de que tratou Santos [...] a uma outra modalidade de expressão da livre cidadania que emerge da Carta de 1988. Dessa continuidade-descontinuidade quanto ao papel da representação funcional no país, tem resultado, como um dado singular à nossa formação, uma parceria institucional entre as duas formas de representação. [...]” (WERNECK VIANNA e BURGOS, 2003, p. 385 *apud* PADUA, 2008, p.85).

Embora Paduá (2008, p. 86) considere a legitimidade funcional da tecnocracia jurídica uma falácia, o pesquisador reconhece que a prerrogativa de legitimidade funcional permite ao judiciário “gozar de uma melhor reputação por ter sido concebido como um poder técnico, alheio às regras do jogo político-partidário que muitas vezes não funcionam segundo padrões éticos e morais desejáveis”. (PADUA, 2008, p.86).

Por ser um poder técnico, supostamente alheio as questões políticas, é natural que a tecnocracia jurídica quera se imiscuir na tecnocracia científica como forma de atrair a autoridade do conhecimento científico para dentro dos julgados, reforçando o aspecto de neutralidade. En-

tretanto, esse deslocamento pode ocasionar também o deslocamento da legitimidade do próprio judiciário, que passa a decidir sobre a preponderância de critérios técnicos em detrimento dos critérios políticos normativos.

Nesse panorama, o deslocamento de poder político, por um viés indireto, pode ser extraído da cidadania popular mediada pelo controle jurisdicional para se deslocar em direção exclusiva da autoridade da tecnocracia científica, razão pela qual Tenório (2003, p. 113) nos lembra que “a tecnocracia não deixará de ser um fenômeno de poder. E este poder no interior dos sistemas sociais organizados, de natureza pública ou privada, manterá e/ou tomará posições estratégicas [...]” (TENÓRIO, 2003, p 113).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado no presente artigo demonstrou que o existe uma tendência crescente de utilização ostensiva de conhecimentos técnicos-científicos como parâmetro para amparar e subsidiar julgados. Essa tendência decorre, em parte, de certa afinidade entre o conhecimento técnico-científico e o conhecimento jurídico-normativo. Em complemento, existe uma relação de autoridade da tecnocracia científica que atrai para os julgados a aparência de maior profissionalismo e neutralidade do judiciário.

Esse fenômeno de imbricamento entre tecnocracia científica e jurídica na produção de julgados apresenta indícios de deslocado do manejo jurídico-normativo para o conhecimento puramente técnico-científico. Contudo, as duas decisões judiciais utilizadas como parâmetro amostral (ADIN n. 6.427 e ADIN 3.510), embora se destaquem pela preponderância dos aspectos técnicos-científicos, sofreram validação jurídico-normativa, restando esvaziado a argumentação de que não passaram pelo crivo de validação jurídica.

Ainda assim, não é possível concluir que o judiciário, no processo progressivo e cresce de incorporação do conhecimento técnico-científico nos julgados, não está perpetrado a secundarização dos critérios normativos. Uma conclusão mais precisa demandaria um conjunto amostral maior.

No tocante a legitimidade, os estudos não são conclusivos, sendo necessário um aprofundamento sobre esse fenômeno de deslocamento de poder para a autoridade da tecnocracia científica em detrimento da tecnocracia judiciária, com avaliação do impacto deste fenômeno para a representação democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510. Relator(a):- Min. AYRES BRITTO. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.ENU-ME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aseodbn>. Acesso em 20.07.2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6427. Relator(a):Min. Roberto Barroso. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%20%206427&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 20.07.2022.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. Judicialização da ciência e a expansão da atividade do Poder Judiciário: uma análise à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Sociedade -REDES, Canoas, v.8, n.3, p. 31-45, dez. 2020. Disponível em <<https://www-periodicos-capes-gov-br.ezl.periodicos.capes.gov.br/index.php/buscador-primo.html>> Acesso em 20.07.2022.

FARIA, Maristela M.; BAGGIO, Roberto C. O Supremo Tribunal Federal entre o Direito e a Tecocracia Científica: o caso do amianto. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, n. 83, p. 193-219, dez. 2019. Disponível em <<https://www-periodicos-capes-gov-br.ezl.periodicos.capes.gov.br/index.php/buscador-primo.html>> Acesso em 20.07.2022.

MOTTA, Fernando. As Formas Organizacionais do Estado. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v.28(4), p. 15-31, Out./Dez, 2008. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rae/a/XSbkdByLNKvtvC-QWSCXgPdP/?lang=pt>. Acesso em 20.07.2022.

PÁDUA, João P.C.V. A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

TENORIO, Fernando G. (Neo)Tecnocratas ou (Neo) Bobos? Eis a Questão. Revista Organização & Sociedade – Escola de Administração da UFBA. v.10 - n.26 - Janeiro/Abril – 2003. Disponível em <<https://www-periodicos-capes-gov-br.ezl.periodicos.capes.gov.br/index.php/buscador-primo.html>> Acesso em 20.07.2022.

A (in) constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas à luz dos direitos fundamentais

The (in) constitutionality of article 28 of the drugs law in the light of fundamental rights

Diogo Pinto Mendes Carlos

Nicolas Guimarães Novais Pinto Mendes

João Pedro Felipe Godoi

Anny Carolina Nogueira Lods

Aline Félix Foggiato

Henrique Massari Pereira

Rafael Henrique Lemes da Rosa

Murilo José Martins e Silva

Matheus Conde Pires

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.31

RESUMO

O presente estudo terá por escopo verificar a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, também conhecida como a “Lei de Drogas”. A análise terá por ponto de partida a apresentação de tal dispositivo, visando demonstrar duas correntes distintas sobre o mesmo tema, especificamente no que toca ao porte de drogas para consumo próprio. A primeira corrente entende pela constitucionalidade da criminalização sob o viés de tratar-se de possibilidade de perigo abstrato, considerando a proteção coletiva, alegando que a difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões que justificam a constitucionalidade do dispositivo mencionado. Contudo, uma segunda corrente compreende pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, considerando a análise de diversos fatores, sobretudo o princípio da lesividade, bem como o direito à intimidade. Depois de debruçar-se sobre o dispositivo legal, enfrentando as diferentes correntes sobre o tema, passa-se a analisar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, com base na decisão do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

Palavras-chave: direito penal. lei de drogas. constitucionalidade. direitos fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this study is to control the (in) constitutionality of art. 28 of Law No. 11,343 of 2006, also known as the “Drug Law”. The analysis will have as a starting point and the presentation of such a device, the same with the objective of demonstrating two distinct characteristics about drugs, specifically with regard to the possession of own consumption. The first current understands the criminality of criminalization under the bias of dealing with the constitutional possibility of abstract danger, considering the constitutional protection of the drug, claiming that the diffusion of the drug to be avoided and of the very person who is used as a justification for drug addiction makes the mentioned device. However, a second current comprises the unconstitutionality of the criminalization of possession of drugs for their own consumption, considering the analysis of several factors, especially the principle of activity, as well as the right to privacy. After the Court of the Court of Extraordinary Issues, the view of the Supreme Court of Justice on 5 Extraordinary Issues 635.6/SP is analyzed.

Keywords: criminal law. drug law. constitutionality. fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas vem ganhando força, sobretudo pelo reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, relativamente ao porte de entorpecentes.

Nesse sentido se impõe a justificativa da presente pesquisa, na medida em que o julgamento acerca da questão ainda não foi finalizado, vislumbrando-se, então, a atualidade do tema. A problemática do presente trabalho se faz representada na seguinte indagação: Seria o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 (in)constitucional?

Em um primeiro momento a pesquisa aborda as noções gerais acerca do citado dispositivo, bem como do direito à intimidade e do princípio da lesividade. Após, adentra-se em especificidades e debates doutrinários acerca de sua inconstitucionalidade, assim como contribuições do direito comparado sobre a temática. Por fim, tem-se uma análise dos votos proferidos até o presente momento no julgamento do Recurso Extraordinário no 635.659/SP.

O método utilizado é o dedutivo, e a hipótese levantada é a de que o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 é inconstitucional, ante a violação ao direito à intimidade e ao princípio da lesividade.

ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006, DIREITO À INTIMIDADE E PRINCÍPIO DA LESIVIDADE: BREVES APORTES TEÓRICOS

O combate às drogas por meio da lei anterior (Lei 6.368 de 1976) deixou de trazer resultados positivos na medida em que a sociedade foi evoluindo. A ausência de fiscalização, a repressão, bem como o combate ao mercado e uso de drogas foram responsáveis para o surgimento da Lei 11.343 de 2006. O reconhecimento da necessidade em se buscar mudança fez surgir uma nova perspectiva buscando formas alternativas por meio da justiça restaurativa, que visa livrar o usuário do vício e permitir que ele exerça sua autodeterminação, expressando o seu direito à dignidade, conforme estabelecido pela Constituição Federal. Trazendo o enfoque para o artigo 28 da referida lei, tem-se:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em análise sobre a criminalização da mencionada conduta, César Dário Mariano da Silva (2016, p. 45) argumenta que a nova legislação inaugurou relevantes modificações, sobretudo no que tange ao tratamento destinado ao usuário, que passa a ser tratado de modo especial, não podendo impô-lo pena privativa de liberdade, subsistindo, no entanto a criminalização da conduta, sendo possível a imposição de penas restritivas de direitos. Prossegue afirmando que, tendo em vista encontrar-se inserido no Capítulo destinado aos crimes e penas, o artigo 28 da Lei de Drogas tipificou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, na medida em que a própria legislação cuidou em alocá-lo como uma conduta criminosa (SILVA, 2011, p.46).

No mesmo sentido, Fernando Capez (2017, p. 626) destaca que não houve a descriminalização da conduta, tendo em vista o já mencionado argumento de que a própria lei o inseriu no capítulo referente aos crimes e às penas, bem como que a sanção somente pode ser exarada por um juízo criminal mediante o devido processo legal, não sendo possível uma autoridade administrativa fazê-lo.

No que concerne o direito à intimidade, tem-se a sua consagração no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito à intimidade é aquele que tutela as projeções mais íntimas da vida particular do ser humano, isto, porque tais projeções humanas não se destinam ao saber alheio ou de uma coletividade, dado que as tais situam-se no círculo mais fechado da vida privada, concluindo-se que até seus pensamentos mais secretos continuem resguardados a si.

É um total isolamento, refúgio ou esconderijo do indivíduo, um direito fundamental do ser humano. Alexandre de Moraes entende que a intimidade se relaciona com as relações no âmbito da subjetividade e do trato íntimo, de modo que a vida privada se encontra envolta com as demais relações humanas, “inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc (MORAES, 2017, p. 57)”.

André Ramos Tavares (2012, p. 676) por sua vez, compreende a intimidade como tudo que abarque única e exclusivamente à pessoa em si mesma, suas individualidades, modos de ser, pensar e agir, no âmbito reservado, alheio à terceiros. O autor também estabelece diferenciações entre intimidade e vida privada, de sorte que a primeira se relaciona na camada ou esfera mais reservada, de acesso restrito ou vedado. Por outro lado, a vida privada se impõe em um âmbito protetivo inferior, em que “muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização (TAVARES, 2012, p. 676)”.

A partir do princípio da ofensividade ou lesividade, por seu turno, extrai-se que a norma possui dois preceitos: primário e secundário. O preceito primário delimita o âmbito do proibido, concedendo proteção a um valor. O preceito secundário cuida do castigo, punição a quem não respeitar o limite do âmbito proibido, ofendendo conseqüentemente o bem jurídico alheio. Neste sentido, aduz Rogério Grecco (2017, p.132):

A primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressada pelo brocardo latino *cogitationis poenam non patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais. Não há como, por exemplo, punir a ira do agente ou mesmo a sua piedade. Se tais sentimentos não forem exteriorizados e não produzirem lesão a bens de terceiros, jamais o homem poderá ser punido por aquilo que traz no íntimo do seu ser. Seria a maior de todas as punições. O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem ao âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo com a tentativa de suicídio.

O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação, assim como desvalor do resultado. Sem ambos os desvalores não há injusto penal.

Segundo André Estefan e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2020, p.188) o princípio da ofensividade cuida do último, isto é, da exigência de resultado jurídico ou normativo. E mais, limita-o à presença da efetiva lesão ou do perigo real ou concreto, excluindo, destarte, o perigo abstrato ou presumido.

Acolhendo-se este princípio, portanto, tornam-se inconstitucionais os crimes de perigo abstrato (ou presumido). Nestes, o tipo penal se limita a descrever uma conduta, presumindo-a perigosa. O perigo, portanto, não figura como elementar do tipo. Trata-se de um princípio fundamental, de acordo com as normas constitucionais, para que o fato seja penalmente incriminável

pelo Direito Penal.

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº635.659/SP E AS CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em 09 de agosto de 2010, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário contra decisão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema-SP. O caso em tela tratava de paciente condenado a sentença de 02 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade, em função de infração prevista no artigo 28, caput, da lei 11.343/2006. A Defensoria Pública, em sede recursal, persegue a declaração incidental de inconstitucionalidade do mencionado artigo, com fundamento na suposta violação do direito à intimidade e à vida privada, bem como do princípio penal da lesividade. Tem-se, a partir de então, uma intensa reflexão e discussão no que tange a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de drogas.

Maria Lúcia Karam (2013, p. 06) argumenta que legislações nacionais ou internacionais que ensejam na proibição de condutas de produção, comercialização e consumo de drogas arbitrariamente eleitas como ilícitas, acabam por criar delitos sem vítimas, em face da mera criminalização da posse de tais substâncias ou comercialização entre indivíduos adultos, e desse modo, segundo a autora, viola-se a exigência da ofensividade da conduta penalizada.

Para que se tenha a criminalização de determinada ação ou omissão, exige-se que a mesma ofenda ou cause risco a relevante bem jurídico alheio, na medida em que, na vigência de uma democracia, não é legítimo um Estado que intervenha em condutas que não dizem respeito a um risco concreto, direto e imediato a terceiros. Nessa esteira, Karam (2013, p. 06) compreende que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal não se amolda em uma relevante lesividade a terceiros, limitando-se a uma autolesão.

Cesar Dario Mariano da Silva (2016, p. 43), em sentido contrário, discorrendo sobre o artigo 28 da lei de drogas, argumenta que, tendo em vista tratar-se de um crime de perigo abstrato e coletivo, é prescindível a demonstração de real exposição de perigo de dano a outrem. Ademais, anseia-se tutelar a saúde da coletividade, prejudicada quando se vislumbra a circulação de substâncias aptas a acarretar dependência física ou psíquica.

Discorrendo acerca da suposta inconstitucionalidade de tal artigo em face de uma violação ao direito à intimidade e a ao princípio da lesividade, o autor compreende que tais argumentos não se sustentam:

Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade (SILVA, 2016, p.48)

Prossegue afirmando que em que pese o uso de drogas prejudicar a saúde do usuário, a saúde da coletividade também é atingida, cabendo ao Estado tutelar seus cidadãos para que os mesmos não sejam acometidos pelos males causados pelo uso de drogas (SILVA, 2016, p. 48). Nessa toada, Renato Brasileiro de Lima (2017, p.706) destaca que

por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas.

Segundo o autor, mostra-se comum a relação entre o consumo de drogas pelo usuário de entorpecentes e a prática de demais ilícitos penais, para que desse modo sustente seu vício, além do fato de que a aquisição de drogas tende a representar um estímulo ao tráfico. Ressalta também que, em que pese não se concretizar a eficácia almejada pela criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, não se pode cogitar a renúncia do direito penal para inibir tal prática, pois dessa forma, o mesmo teria de ser feito em outros tipos penais (LIMA, 2017, p.706).

A tutela, ainda que de certa forma abstrata, da saúde pública representa questão elementar a justificar a constitucionalidade do dispositivo legal em debate, conforme exposições de autores adeptos a essa compreensão. Contudo, há autores que divergem quanto ao tema.

Luís Carlos Valois (2017, p.434) destaca o abandono de hospitais, da precariedade na prevenção de doenças, bem como da ausência de saneamento básico, como elementos imperantes na sociedade, que portanto, permitem questionar a legitimidade que o poder punitivo do Estado possui para impor sanções tão gravosas para um delito considerado contra a saúde pública, na medida em que a mesma já se mostra rotineiramente prejudicada pelo descaso do próprio Estado.

Essa questão representaria um caráter classista da respectiva criminalização, visto que em uma sociedade que não goza do mínimo de amparo social, faz-se inviável esperar que esta tenha preocupação com os tipos de substâncias que circulam (VALOIS, 2017, p. 435).

O suposto zelo pela saúde da coletividade também esbarra em outras questões, cabendo destacar a quantidade de substâncias nocivas à saúde humana que são aceitas moral e socialmente, e, por conseguinte não representam um *locus* de atuação do direito penal.

Em estatística divulgada pelo Ministério da Saúde¹, verificou-se que a dependência de álcool afeta cerca de 20 milhões de pessoas, representando 12% da população adulta brasileira. Ademais, o álcool é responsável por 90% dos óbitos decorrentes por uso de drogas (lícitas e ilícitas), vislumbrando-se então o impacto negativo que o mesmo causa na sociedade, de modo mais gravoso que as substâncias ilícitas objeto de tutela pelo direito penal. Dessa maneira, como última *ratio* do ordenamento jurídico, o direito penal não deve criminalizar conduta que não venha a afetar de fato o bem jurídico tutelado, no caso em tela, a saúde pública (ARAÚJO, 2012, p.285).

Acerca do princípio da lesividade, Nilo Batista (2007, p.91), citando Claus Roxin, aduz que somente se legitima que um indivíduo seja punido, caso a conduta do mesmo lesione concretamente direito alheio, não cabendo ao direito penal tutelar condutas antiéticas e imorais. Em face desse axioma, não se permite a autolesão, de sorte que se veda a incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Segundo o autor, a incriminação do uso de drogas representa “franca oposição ao princípio da lesividade (BATISTA, 2007, p. 91)”.

Logo, a partir do momento em que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal não é prejudicado, o princípio constitucional da lesividade, extraído do artigo 98 da Constituição Federal, é violado (ARAÚJO, 2012, p. 286), e desse modo, cabe destacar o entendimento de Paulo Bonavides (1999, p. 396), que compreende que ocasionar uma lesão a um princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, de tal modo que se não houverem princípios, também não haverá ordem constitucional, e por conseguinte, se imperará a ausência de garantia às liberdades.

¹Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/alcool-mata-9-vezes-mais-que-drogas-ilicitas/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Minist%C3%A9rio,subst%C3%A2ncia%2C%20como%20coca%C3%ADna%20e%20crack.>

No que concerne ao direito à intimidade, previsto na Constituição, há também o entendimento de que, tendo em vista ser um direito privado, o mesmo, dependendo do caso, deve continência a direitos de ordem coletiva, cabendo anotar que a segurança pública é um direito social destinado à coletividade, expressa no artigo 144 da constituição federal (ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 134).

Desse modo, faria necessária a sua garantia, exigindo “do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais”(ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 136). Logo, diante da problemática em debate, “para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas” (ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 137).

De maneira antagônica compreende a Defensoria Pública paulista, por meio do Recurso Extraordinário analisado no presente trabalho. Argumenta-se que a conduta de portar drogas para consumo pessoal não abarca a necessária lesividade, diante do fato de que o respectivo comportamento reflete apenas o legítimo exercício da intimidade e vida privada do indivíduo, pois o uso de substâncias ensejaria em uma afronta única e exclusivamente à saúde do próprio usuário. A conduta não extrapola o âmbito do próprio indivíduo em sua intimidade, não cabendo ao Estado ingressar nessa esfera, sobretudo mediante uma intervenção pelo Direito Penal.

Fazendo remessa às experiências do direito comparado, pode-se mencionar a decisão da Suprema Corte Argentina e da Corte Constitucional Colombiana, que recentemente se debruçaram sobre o tema.

No caso argentino², os ministros decidiram pela inconstitucionalidade de lei que incriminava indivíduos que portassem pequena quantidade de drogas para consumo pessoal. A decisão foi tomada com base em tratados internacionais, restando compreendido que por meio do direito à privacidade, tem-se um impedimento de ingerência estatal na situação narrada, na medida em que toda pessoa adulta é soberana para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja. Logo, em face da norma constitucional que assegura a privacidade, inabilitou-se que o Estado intervenha punitivamente com base única e exclusivamente em transformar consumidor de entorpecentes em partícipes de práticas delituosas.

No mesmo sentido entendeu a Corte Constitucional Colombiana, que veio a ratificar entendimento proferido desde 1994, manifestando-se pela inconstitucionalidade de dispositivo análogo ao do caso argentino.

Em análise de levantamento feito sobre legislação de drogas nas Américas e Europa realizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas³ em 2015, vislumbra-se que na América do Sul, somente Brasil e Guiana não possuem um ordenamento jurídico em que a posse de drogas para consumo pessoal é descriminalizada, sendo notório, portanto, a relevância do presente debate no cenário jurídico brasileiro.

² CONJUR. *Leia decisão da Argentina sobre usuário de droga*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-31/leia-decisao-argentina-descriminaliza-porte-droga-uso-proprio>. Acesso em 23/05/2021.

³ SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICA DE DROGAS/MJ. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas, 2015*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em 23/05/2021.

O STF E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°635.659/SP

O mencionado Recurso Ordinário nº. 635.359/SP está em tramitação no Supremo Tribunal Federal desde 2011, dotado de repercussão geral. Três foram os votos já proferidos, que ensejaram uma divisão de entendimento na corte, em que de um lado o ministro relator Gilmar Mendes entendeu pela inconstitucionalidade da criminalização de todas as drogas, e do outro, os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin decidiram pela inconstitucionalidade da criminalização somente da maconha.

Quanto à proibição, Gilmar Mendes aduz que por esta, se compreende a adoção de medidas sancionatórias no que tange a produção, distribuição e posse de determinadas substâncias sem fins científicos ou medicinais. Logo, quando se fala em proibição, remete-se a uma política de drogas por intermédio de normas penais.

Noutro lado, a descriminalização enseja em retirar a ilicitude de uma conduta, o que, todavia, não significa uma permissão irrestrita para tal conduta, mas sim um controle por meio de medidas de natureza administrativa, e não penal. Entende o Ministro que o legislador buscou uma diferenciação no que tange o tratamento dado ao usuário e ao traficante, e, diante disso, torna-se completa violação do princípio da proporcionalidade a criminalização do primeiro.

Destaca a fundamental relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, de modo que ambos, estão intrinsecamente conectados com o princípio da proporcionalidade. Logo, em face dessa problemática, a produção legislativa em delitos de perigo abstrato pede uma grande atenção no que tange a fiscalização de sua constitucionalidade.

Discorre que a proteção que os indivíduos detêm contra indevidas interferências por parte do Estado, pode ser oposto com base na invocação ao princípio da liberdade geral, na medida em que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, na medida em que se veda eventuais restrições à autonomia individual da vontade que não possuam finalidade de estatura constitucional. Ao mesmo tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe que se reconheça uma margem de autonomia do indivíduo.

Entende o Ministro que o uso de drogas acarreta uma série de prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor, no entanto, conceber um tratamento criminal à sua utilização é política que colide frontalmente, de modo indevido, com o direito individual à vida privada e à autodeterminação do usuário.

Ainda que se adquira os entorpecentes em contato com traficantes, não se mostra justificável imputá-los as mesmas medidas inibitivas. Prossegue afirmando que esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Desrespeita-se a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. Por fim, entende pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando

do mencionado dispositivo quaisquer efeitos de natureza penal. Contudo, pontua o ministro, há a necessidade de medidas de caráter administrativo para tutelar e inibir o consumo de drogas.

O Ministro Luiz Edson Fachin argumenta que o consumo de drogas é uma conduta moralmente reprovável, e que a sua criminalização, na prática, busca a imposição de um padrão de conduta individual à coletividade, elegendo um modelo privado de moral individual, que se julgue digno e adequado. Contudo, em uma sociedade que celebre os valores da liberdade, deve-se negar imposição de modelos de virtudes individuais, bem como promover julgamento de condutas de um cidadão cujos efeitos são assumidos pelo próprio agente. Logo, as noções basilares da moralidade humana não deveriam ser impostas pelo Estado, pois o mesmo cabe exclusivamente ao âmbito da autonomia privada dos indivíduos.

Em seu entendimento, sob a luz da dignidade da pessoa humana, impera-se o impedimento que se utilize do direito penal para se impor valores morais individuais de ações e comportamentos que não se atenham a concretas lesões a terceiros.

Quanto ao argumento de que os usuários de drogas geralmente se relacionam com a prática de diversos delitos, sobretudo para sustentar seus vícios, o Ministro destaca, citando Santiago Nino, que o respectivo indivíduo deve ser responsabilizado pelos ilícitos penais praticados, e não pelo consumo da droga em si, na medida em que tais condutas desembocam em danos à terceiros, o que não se vislumbra com a utilização de entorpecentes.

Para se apreciar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para consumo, há de se debruçar sobre eventual ofensividade do bem jurídico tutelado, necessitando, portanto, vislumbrar se de fato a referida ofensividade tem matriz constitucional. Sob tal prisma, compreende que a incriminação da “drogadição”, termo adotado pelo ministro, se faz presente em uma tipificação que incide sobre uma conduta pessoal e privada, embora em análise constitucional, tem-se uma vedação de se penalizar a personalidade.

Em que pese suas concordâncias com os argumentos do Ministro relator Gilmar Mendes, o Ministro Fachin apresenta certas diferenciações. Segundo ele, o artigo 28 da Lei de Drogas continua tendo eficácia para todas as drogas consideradas ilícitas, somente não tendo mais efeito em relação à maconha.

Na mesma linha, tem-se o início do voto oral proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que de antemão destaca que tendo em vista o recurso extraordinário discorrer a respeito da substância entorpecente denominada maconha, é nessa circunscrição que seu voto se limitará.

Em que pese a necessidade de se haver uma política que busque desincentivar e inibir o consumo de drogas, o modo pelo qual ela está imposta na atualidade faz com que as preocupações relativas à tutela da saúde pública fiquem em segundo plano. A abordagem de tal problemática por intermédio do direito penal e da repressão exige recursos cada vez mais abundantes, minorando possibilidades de investimento em políticas de prevenção, tratamento e educação.

A criminalização do consumo de entorpecentes intensifica uma dinâmica de exclusão e marginalização dos usuários e dependentes, o que, por sua vez, inviabiliza que os mesmos acessem os devidos tratamentos. Logo, conclui o Ministro, que os males acarretados pela atual política de drogas superam de modo relevante os seus benefícios, sobretudo ante o fato de que são as comunidades pobres que mais são o alvo de ação de tal política repressiva.

Prossegue, discorrendo sobre o direito à privacidade, em que compreende como um âmbito que se opõe a intervenções externas, sobretudo pelo Estado, na medida em que, o que se faz na intimidade particular, deve permanecer na esfera de discricionariedade e livre-arbítrio do indivíduo, em especial, quando não ofender bem jurídico alheio. Nessa esteira, ainda que se façam necessárias medidas de combate ao uso de substâncias ilícitas, fazê-las por meio do direito penal mostra-se uma forma autoritária e paternalista, de sorte que se veda ao indivíduo a discricionariedade de tomada de decisões.

No que concerne à lesividade necessária para se criminalizar o consumo de drogas, o Ministro entende que a referida conduta não extrapola o ambiente individual do usuário, haja vista que o principal bem jurídico prejudicado pela conduta é a própria saúde individual do agente. Ao criminalizar tal conduta, aplicando-se a mesma lógica, caberia ao Estado sancionar também a tentativa de suicídio, ou a autolesão, o que obviamente não merece prosperar.

Tratando-se da suposta lesão à saúde pública, Barroso entende que a respectiva lesão se apresenta de forma vaga, na medida em que se tem o álcool e o tabaco mais lesivos à coletividade, bem como, consoante já mencionado, a criminalização do consumo acaba por afastar o usuário do sistema de saúde.

Por derradeiro, ante a ausência de lesividade a bem jurídico alheio, para o Ministro a criminalização não se mostra o modo mais adequado para se lidar com a problemática, sobretudo em face dos males que acarreta, votando, portanto, pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado, há um relevante debate jurídico sobre a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Diversos doutrinadores divergem entre si sobre este tema, que vem ganhando destaques nos Tribunais de todo o País. O principal fundamento de quem defende a constitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, em síntese, é que não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Fundamento este que vem perdendo força ao longo do tempo.

Com o Recurso Extraordinário nº. 635.359/SP, intensifica-se o debate sobre este tema, demonstrando cada vez mais a solidez da posição pela inconstitucionalidade da criminalização da conduta descrita ao longo deste trabalho.

Não havendo a pretensão de esgotar a problemática, de acordo com todo o material colhido ao longo da presente pesquisa, chega-se à conclusão sobre a inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, haja vista os contundentes argumentos desta tese.

Não se vislumbra irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não restaria caracterizada a necessária lesividade. Além do mais, a interferência do Estado na “autolesão”, fere o direito fundamental e individual à intimidade e autonomia da vida privada.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Vinicius Marcondes de. A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas. Série aperfeiçoamento de magistrado, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_281.pdf. Acesso em: 23/05/2021.
- ARRUDA, Rejane Alves de; FLORES, Andréa; BUENO, Maria Paula Azevedo Nunes da Cunha. A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e a sua constitucionalidade em face dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande-MS, v.4, n.1, p.116-138, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/555>. Acesso em 20/05/2021.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL. Lei nº 11.343/06, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em 20/06/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 20/06/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Voto Ministro Luís Edson Fachin. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Integra_voto_Ministro_Fachin.pdf. Acesso em 20/06/2021.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ESTEFAN, André; GONÇALVES; Victor Eduardo Rios. Coordenador Pedro Lenza. Direito Penal Esquemático, 9ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14ª edição. Niterói: Impetus, 2017.
- KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf. Acesso em 23/05/2021.
- LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 4ª Edição. São Paulo: Método, 2016.
- MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 33ª Edição. São Paulo: Atlas. 2017.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recurso Extraordinário 635659/SP. 9 ago. 2017. Disponível em: https://mppr.mp.br/arquivos/File/RE_635659_Art_28_Recurso_DPE_SP.pdf

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de Drogas Comentada, 2ª Edição. São Paulo: Departamento de Publicações da APMB. 2016.33.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. O direito Penal da guerra às drogas. 2ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Lei da ficha limpa e sua detração eleitoral: julgamento da Adi 6.630

Clean record law and its electoral detraction: judgment of Adi 6.630

Gustavo Silva Uchôa

Graduando em Direito pela Unilasalle

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.32

RESUMO

No ano de 1990 foi criada a lei das inelegibilidades. Já durante o ano de 2010, surgiu a necessidade de se aumentarem as penas relacionadas a tais inelegibilidades e por isso apresentou-se o projeto popular, mais tarde sendo promulgada como a Lei complementar 135/2010. A referida lei apresentou uma série de bons resultados, mas também trouxe consigo alguns pontos de contestação, como por exemplo a detração eleitoral na pena descrita no art. 1, I, alínea E. Sendo assim, este trabalho tem por objetivo analisar se a referida lei está realmente de acordo com a Constituição ou se, de fato, não respeita a detração eleitoral que está previsto no ordenamento jurídico. Para isso foi realizada uma revisão bibliográfica dos autores que discorreram a favor e contra a Lei complementar 135/2010. Por fim, chegou-se à conclusão de que a referida lei foi contra o ordenamento jurídico brasileiro, movida pela comoção pública, aspectos essenciais de proteção ao cidadão foram desconsiderados, principalmente pontos que versavam sobre o tempo de pena.

Palavras-chave: direito eleitoral. inelegibilidade. detração. Lei da Ficha Limpa.

ABSTRACT

In the year 1990, the law of ineligibility was created. Already during the year 2010, the need arose to increase the penalties related to such ineligibility and therefore the popular project was presented, later being enacted as the Complementary Law 135/2010. The law presented a series of satisfactory results, but also brought with it some points of contestation, such as the electoral detraction in the penalty described in art. 1, I, subparagraph E. Therefore, this work aims to analyze whether the law is really in accordance with the Constitution or if, in fact, it does not respect the electoral detraction that is provided for in the legal system. For this, a bibliographic review of the authors who spoke for and against Complementary Law 135/2010 was conducted. Finally, it was concluded that the law was against the Brazilian legal system, moved by public commotion, essential aspects of citizen protection were disregarded, especially points that dealt with the time of sentence.

Keywords: electoral law. ineligibility. detraction. Clean Record Law.

INTRODUÇÃO

A lei da ficha limpa, datada no 2010, surgiu com a intenção de punir políticos e agentes públicos que cometesse crimes administrativos ou penais. Entretanto, com o passar do tempo, uma grande discussão se deu, com o pretexto de que a lei estaria eliminando princípios essenciais do ordenamento jurídico. Entre as atuais discussões estão a questão da quebra do princípio da detração eleitoral e a declaração de inconstitucionalidade, após a aceitação do ministro Nunes Marques do STF da ação direta de inconstitucionalidade, questionando a alínea E do inciso I, artigo 1º da Lei da Ficha Limpa

Sendo assim, esse trabalho se justifica devido à grande importância da discussão e da necessidade de se entender se a lei da Ficha Limpa está acima do ordenamento. Além disso, esta pesquisa tem por objetivo analisar se a detração eleitoral não é de fato respeitada nesta lei e se, por causa da grande comoção popular, alguns princípios norteadores não foram desrespei-

tados.

DESENVOLVIMENTO

Direito Eleitoral

O Direito Eleitoral se trata de uma área do Direito Público que tem por intuito estudar as leis que regem o direito ao voto e acompanha os meios de escolha dos políticos e ocupantes de cargos públicos, sendo eleições políticas ou qualquer outro meio de manifestação do poder popular. (VELLSO, 2010)

Em relação às fontes do direito eleitoral, essas são consideradas o início das regras que regem todo o campo do direito. As fontes materiais são os aspectos que afetam na criação das regras eleitorais. Já as fontes formais estão relacionadas aos processos que fazem com que essas normas sejam obrigatórias. As fontes diretas, por sua vez, focam no direito eleitoral. As fontes indiretas trabalham com o direito eleitoral, mas também fazem parte de outras áreas. E, as fontes primárias, por último, são aquelas que podem influenciar na questão eleitoral, mas não podem ir contra a Constituição. (RAMAYANA, 2011)

Além disso, conta-se também com os princípios eleitorais, que são as regras que regem as normas eleitorais e a criação de qualquer norma jurídico-eleitoral. Entre eles estão: A democracia, em primeiro lugar, por sua essencialidade; o princípio da lisura das eleições, que foca na igualdade de todos os candidatos; o princípio da moralidade eleitoral, que estabelece outros casos de inelegibilidade e os prazos para seu fim; princípio do sufrágio universal, simplesmente afirmando que todos possuem direito ao sufrágio no Brasil, embora somente aqueles que estiverem de acordo com todos requisitos constitucionais podem ter direito ao voto; princípio da democracia partidária, o Estado não pode obstruir os assuntos partidários; princípio da anterioridade Eleitoral/Anualidade Eleitoral, que afirma a Constituição ser: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” (BRASIL, 1988)

Inelegibilidade

A inelegibilidade, de forma geral, se trata de restrições que são colocadas caso uma pessoa deseje concorrer a um mandato eletivo, mas não tenha uma conduta que esteja de acordo com as regras eleitorais. De acordo com Pedro Lenza (2020), a inelegibilidade se trata mesmo das “circunstâncias” que barram o ser humano de se eleger e possui o intuito principal da proibição administrativa, o impedimento do exercício do mandato, e a legitimidade das eleições. Além disso, é válido entender que elas são classificadas de formas distintas, tendo relação com sua origem, abrangência; duração e conteúdo.

Lei Complementar 135/2010

A lei da Ficha Limpa, também conhecida como lei complementar de nº 135/2010, foi responsável por alterar a lei das inelegibilidades (BRASIL, 1990) Tal lei surgiu por meio de uma movimentação popular que, não estando contentes com o aumento de casos de corrupção, decidiram realizar um abaixo-assinado no país para que a lei fosse aprovada. Sendo assim alguns

juristas e a CNBB fizeram com que o projeto fosse de fato concretizado.

De forma geral, essa lei tem grande importância para o Direito brasileiro, uma vez que tem o objetivo de impedir que candidatos que sejam corruptos se candidatem, por meio de uma série de regras. Entretanto, a lei da ficha limpa já surgiu entre polêmicas e discussões, uma vez que sua demora para ser aplicada fez com que se abrisse o debate que alegava que sua aplicabilidade seria desrespeito ao princípio da anualidade eleitoral. (CERQUEIRA, 2011)

Não se pode deixar de afirmar que tal lei apresentou muitos pontos positivos, mas que também trouxe pontos negativos. Muitas discussões foram abertas com o intuito de analisar se realmente estariam violando alguns princípios, colocando o meio jurídico e a sociedade de lados opostos, já que o primeiro acredita na violação e o segundo fazia pressão para que a lei fosse aplicada cada vez mais rápido. (CERQUEIRA, 2010)

Entretanto, é preciso ter em mente que, embora a população tenha clamado pela sua aceitação, a referida lei não se atentou aos princípios que garantem direitos fundamentais do cidadão. Sendo assim, a lei da ficha limpa foi criada por uma boa causa, tentando eliminar um dos problemas mais conhecidos do Brasil, mas ainda assim ela não pode estar acima do ordenamento e nem ser baseada na falta de consideração pelas regras princípios, já que podem ser notadas a detração eleitoral em muitos detalhes da lei. (CERQUEIRA, 2010)

Detração no Ordenamento Jurídico

O termo “detração” parte do Direito Penal e se trata da diminuição da pena privativa de liberdade e do tempo em que a pessoa foi mantida presa antes da pronúncia da sentença definitiva, seja em qualquer tipo de prisão, preventiva, definitiva ou até mesmo em hospitais, com a finalidade de que não haja excessos por parte da justiça.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”. Dentro desse parágrafo, são encontrados os pontos principais da detração: o verbo computar; a aplicação somente ao final da pena; o tipo de cálculo da prisão. Sendo assim, entende-se que o aspecto principal é o fato de não permitir que um cidadão seja punido mais de uma vez. (FERREIRA. 2020)

Logo, a detração é uma forma de se manter os aspectos e leis constitucionais do processo legal e da proporcionalidade, não fazendo com que uma pessoa tenha que pagar por um erro duas vezes. Em suma, a detração tem por objetivo manter o respeito pelo ser humano, evitando que abusos de poder sejam cometidos em relação ao cumprimento de penas. (FERREIRA. 2020)

Lei da Ficha Limpa e a detração Eleitoral

No ano de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) lançou uma ação com a intenção de argumentar contra a alínea E do inciso I, artigo 1º, da Lei Complementar nº 64/90, ou a leis da Ficha Limpa. Agindo de forma distinta do que a maioria pensava, o Ministro Kássio Nunes Marques acatou o pedido do partido e embargou tal trecho da alínea. A partir desse momento, uma grande discussão foi aberta dentro do campo jurídico, uma vez que muitas foram as críticas à decisão do ministro, considerada como falta de respeito à lei. Muitos também alegaram que

ele estava criando preliminares para que os políticos que fossem corruptos pudessem então se candidatar e se beneficiar da corrupção brasileira. (DA SILVA,2021)

Vale lembrar que, para essa tomada de decisão, o Ministro levou em consideração uma série de pontos que abarcados pela própria Constituição. Por esse motivo, apesar de que a lei da Ficha Limpa tenha um bom intuito, não se deve esquecer que ela tenta extinguir pontos essenciais do ordenamento, impedindo que o cidadão se mantenha afastado das eleições por tempo indeterminado. (DA SILVA,2021)

Ao se lei a alínea E, percebe-se que não está claro o prazo de 8 anos, além de que seria possível aumentar ainda tal prazo. Logo, é perceptível que a alínea tenta suspender alguns aspectos e princípios jurídicos legais, como por exemplo, princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Além disso, viola o tempo da condenação. Por isso, é possível assumir que o texto da alínea E tenta, de todas as formas, minimizar os direitos políticos de muitos cidadãos. (FERREIRA, 2020)

ANÁLISE E RESULTADOS

De maneira geral, o que entrou em debate na ADI 6.630 é a necessidade de equilíbrio entre a necessidade das leis brasileiras e o desejo do povo brasileiro, para que a Lei da Ficha Limpa possa sobreviver sem ter que ferir qualquer princípio ou processo da Constituição. Entretanto, isso não quer dizer que se está a favor de qualquer tipo de corrupção, mas está relacionada com o fato de entender que a corrupção precisa ser combatida por meios legais que já são existentes e estão sob as Leis Federais. Fica, então, evidente que é preciso de que uma atitude correta seja tomada em relação ao desacato à detração eleitoral no artigo 1º, I, alínea E da lei da ficha limpa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É completamente compreensível que a lei da ficha limpa possui uma intenção de ser linha dura com qualquer tipo de corrupção na política e também busca um desempenho melhor para os cargos políticos, mas deve também ser entendido que a comoção nacional não pode atrapalhar as regras e normas do ordenamento jurídico, uma vez que ele ainda está acima das leis criadas posteriormente.

Em suma, entende-se que a grande questão que fica é entender como se deve ter de forma eficiente o prazo de 8 anos de inelegibilidade, embora o ponto mais importante não seja relacionado com o prazo de fato, mas com a sua aplicação ser isenta de desrespeito aos princípios constitucionais. Logo, deve ficar claro que não se deseja a impunidade ou afrouxamento das penas, mas sim de fazer valer as leis do ordenamento jurídico sobretudo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 4 ago. 2022

BRASIL. Lei Complementar n. 135, de 4 de jun. de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm Acesso em 4 ago. 2022

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito Eleitoral Esquematizado. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. 822 páginas

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Reformas Eleitorais Comentadas. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. 861 páginas.

DA SILVA, André Luiz Will. Alberto Ramos. A Lei da Ficha Limpa e a aplicabilidade da detração eleitoral para inelegibilidade. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/andre-will-lei-ficha-limpa-detracao-eleitoral> >. Acesso em: 1 ago. 2021

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. A detração, a condenação criminal e a lei da Ficha Limpa – a ADI 6.630. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-22/opiniao-detracao-condenacao-criminal-lei-ficha-limpa>. Acesso em: 01 ago 2022

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24ª Edição. São Paulo. Saraivajur, 2020. 1604 páginas.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 12ª Edição. Niterói-RJ, Editora Impetus, 2011, 973 páginas.

VELLSO, Carlos Mário da Silva. Elementos de direito eleitoral. São Paulo: Saraiva, 2010.

A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos: aspectos da recepção no ordenamento jurídico brasileiro

Adriano Fernandes Ferreira

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – PR. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – RJ. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilha La Mancha – Espanha. Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha. Professor Adjunto IV, da Universidade Federal do Amazonas- UFAM

Vívian Paula Souza Xavier

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Amazonas - UFAM, Manaus (AM)

Tayná Fernandes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Amazonas - UFAM, Manaus (AM)

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.33

RESUMO

Este estudo analisa a equiparação dos tratados ambientais internacionais aos tratados internacionais de direitos humanos, com ênfase nas consequências jurídicas da recepção destes no ordenamento legal brasileiro. É feito o estudo das consequências dessa equiparação para o status desses tratados que versem sobre o meio ambiente, no contexto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708, cujo julgamento se deu no ano de 2022. A construção do texto se dá a partir da compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no histórico das constituições brasileiras, para que se adentre nos aspectos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Após são estudados o contexto de criação dos tratados internacionais sobre a proteção e promoção do meio ambiente, de modo que possa ser analisada a opção pelo Poder Judiciário brasileiro de conferir a esses tratados o status de Emenda à Constituição.

Palavras-chave: tratados ambientais internacionais. direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.

ABSTRACT

This study analyzes the assimilation of international environmental treaties to international human rights treaties, with emphasis on the legal consequences of their reception in the Brazilian legal system. A study is made of the consequences of this equivalence for the status of these treaties that deal with the environment, in the context of the decision handed down by the Federal Supreme Court in the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708, whose judgment took place in 2022. The construction of the text is based on the understanding of the right to an ecologically balanced environment in the history of Brazilian constitutions, in order to enter the aspects contained in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. After that, the context of the creation of international treaties on the protection and promotion of the environment, so that the option by the Brazilian Judiciary to grant these treaties the status of Amendment to the Constitution can be analyzed.

Keywords: international environmental treaties. right to an ecologically balanced environment. Federal Court of Justice. Allegation of Noncompliance with Fundamental Precept No. 708.

INTRODUÇÃO

A temática do meio ambiente permeia o debate público no Brasil. Em um contexto de constantes ameaças aos biomas naturais, a exemplo da expansão do desflorestamento na Amazônia e da devastação da Mata Atlântica, a preservação ambiental passa a ser preocupação de natureza econômica, política e social. Preocupação essa que enseja a constante revisitação do arcabouço teórico e dos instrumentos de promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há, por outro, a percepção de que a proteção no Brasil é insuficiente em relação à importância do meio ambiente para a sociedade em geral, presentes e futuras gerações. Há notícias

de forma regular de novos focos de desmatamento, queimadas, transformações em pastos, bem como exploração irregular de recursos minerais por todo o Brasil.

No âmbito do direito internacional, estados soberanos convencionam tratados para dispor sobre os mais distintos temas, na expectativa de que possam reduzir conflitos, bem como criar regras gerais para preservação de interesses comuns. Entre esses interesses está a preservação do meio ambiente, que deve ser alinhada ao desenvolvimento sustentável, permitindo o usufruto dos recursos naturais pelas presente e futuras gerações.

Então as últimas décadas foram de terreno fértil para a aprovação de diversos tratados internacionais pertinentes à temática do meio ambiente, que também se faz presente em constituições e importantes legislações de outros países. No Brasil, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser um dos fundamentos do ordenamento jurídico pátrio.

Sob essa perspectiva, importante discussão no ambiente jurídico-acadêmico brasileiro passa a ser do status adquirido pelos tratados internacionais pertinentes ao meio ambiente. Há, por entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, o status supralegal conferido aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Do ponto de vista prático, esse status supralegal resulta na impossibilidade de legislações ordinárias, inclusive leis complementares, produzirem efeitos que sejam contrários às disposições dos tratados internacionais que projetam e promovam direitos humanos. Recentemente, neste contexto, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.

A Corte Constitucional decidiu que os tratados internacionais que versem sobre o meio ambiente devem recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo status conferido àqueles que tratam de direitos humanos, mediante a equiparação. Demanda, portanto, melhor análise este tema, sob a ótica do tratamento constitucional conferido ao meio ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O primeiro capítulo é dedicado à compreensão de como o meio ambiente é tratado no texto constitucional. O capítulo se inicia com as mudanças constitucionais observadas no histórico do ordenamento jurídico pátrio, para que seja feita a análise do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O segundo capítulo põe em perspectiva os tratados internacionais pertinentes ao meio ambiente, com a reconstrução histórica do surgimento destes. Passo seguinte consiste na análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.

O trabalho é feito a partir de ampla revisão bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos, periódicos e legislações pertinentes ao tema. O método escolhido para a elaboração foi o dedutivo, que consiste na proposição de afirmações do geral ao específico, para que possa ser confirmada a hipótese formulada para a elaboração do artigo.

O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO ENQUANTO DIREITO E A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA

Na Constituição da República do Brasil de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado adquire status de direito fundamental. Então se torna dever e garantia de usufruto, pelo menos em tese, para todos os submetidos e resguardados pelo arcabouço jurídico brasileiro. Esse importante avanço, no entanto, precisou de décadas para ser executado. De modo que se torna importante o estudo da evolução do tema nas constituições do Brasil.

O trabalho de Nieves (2012) assume importância nessa busca pela contextualização do tratamento dado ao meio ambiente nos textos constitucionais promulgados e outorgados no Brasil. De acordo com Saliba (2005), a Constituição Política do Império do Brasil (1824) colocou o meio ambiente à disposição da saúde humana, de modo que esse fosse o limite estabelecido para se definir ou não o alcance da proteção ambiental.

O status adquirido no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não deve permitir o anacronismo em relação à Constituição de 1824. Foram quase três séculos de exploração dos recursos naturais sem qualquer preocupação com o esgotamento destes, de forma imprudente e desrespeitosa com o meio ambiente. O mesmo pode ser dito em relação à saúde humana, pois até então o Brasil se limitara à condição de colônia portuguesa.

Nieves (2012) destaca que a evolução da temática ambiental nas constituições brasileiras, ou ao menos o prestígio ao meio ambiente enquanto elemento a ser protegido, não é linear. O autor menciona que a Constituição da República dos Estados do Brasil, de 1891, é silente quanto à proteção ambiental. E essa condição perdura até o início da vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

Na Carta Magna de 1934 a exploração do que são denominadas as “riquezas naturais” estivera condicionada à autorização federal, o que podia ser feito também mediante concessão. Em 1937, a Constituição é considerada bastante moderna por estabelecer a repartição de competências para a concessão de autorização de exploração das águas, florestas, da caça, da mineração e do solo (NIEVES, 2012).

Estados e União Federal passam a deter poderes e discricionariedade para conceder ou não estas autorizações. Esse sistema foi preservado com o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Já durante a Ditadura Militar, o destaque deve ser dado à Emenda Constitucional nº 169, que modifica a Constituição do Brasil de 1967 (NIEVES, 2012). Ainda que de modo tímido, é nessa mudança que reside a iniciativa do que hoje é compreendido como licenciamento ambiental.

Sob o nome de levantamento ecológico, passa-se à exigência de estudos para a realização de exploração da terra, quando esta é sujeita a calamidades ou eventos adversos. Merecem destaque sobre o tema as anotações propostas por Nieves (2012, p. 42-43):

A Constituição de 1988 foi um marco na evolução constitucional da proteção ambiental no Brasil (artigo 225) ao: a) estabelecer um capítulo destinado à proteção do meio ambiente; b) majorar o campo de incidência de defesa da norma constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; c) anunciar sua natureza patrimonial difusa; d) declará-lo essencial à vida de sadia qualidade.

Outro ponto de destaque diz respeito à competência para a preservação do meio ambiente, antes restrito ao Poder Público; ela passou a ser obrigação dos agentes econômicos (artigo 170) e da coletividade (artigo 225), que têm o mister de preservá-lo para esta e para as futuras gerações.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está diretamente ligado ao consenso criado a partir da Conferência das Nações Unidas de 1972, que fora realizada em Estocolmo (SILVA, 2009). Há estrita conexão entre o texto observado na Conferência e o caput do artigo 225 da Carta Magna, que traz princípios similares àqueles dispostos na Declaração de Estocolmo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como direito fundamental difuso, cuja natureza é patrimonial (BRASIL, 1988). O meio ambiente ecologicamente equilibrado, disposto no texto constitucional, pode ser compreendido como “a relação condicional entre o ser e o meio para a vida, estabelecida em função da seleção natural” (NIEVES, 2012, p. 46-47). A seguir como consta no artigo 225 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O meio ambiente passa a ser considerado patrimônio de dimensão nacional, comum, de interesse e de usufruto do povo, conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa conclusão pode ser extraída da leitura do § 4º do artigo 225, que coloca nessas condições “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira” (BRASIL, 1988).

O meio ambiente, como está disposto na Carta Magna, não pode ser enquadrado enquanto patrimônio de natureza pública. E não é um bem privado, à disposição dos agentes econômicos e integrantes da sociedade civil (ANTUNES, 1989). O interesse público pressupõe a existência de regime jurídico especial, dada a essencialidade desse bem, o meio ambiente,

para assegurar a qualidade de vida. Por esse motivo se fala em interesse da coletividade (SILVA, 2009). Silva (2009, p. 83) pontua o seguinte a respeito do tema:

A doutrina vem procurando configurar de bens – bens de interesse público –, no qual se inserem tanto os bens pertencentes a entidades públicas como os bens dos sujeitos privados subordinados a particular disciplina para a consecução de um fim público. Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente ao seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de natureza pública.

Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ele não integra a sua disponibilidade.

~Por isso, como a qualidade ambiental, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essências à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de direito coletivo.

A relevância do bem, assim como a sua essencialidade à vida, faz nascer no texto constitucional o dever de preservação, que é de todos os envolvidos com o meio ambiente – Estado, empresas, organizações da sociedade civil e os indivíduos em geral. Outro ponto importante reside no fato de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, caput, é assegurado às futuras gerações (BRASIL, 1988).

Entre as principais formas de concretização desse direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está a promoção e a garantia da qualidade de vida sadia (FIORILLO; RODRIGUES, 1997). A proteção ambiental é indispensável para que a coletividade possa ter boa qualidade de vida, com ambiente sadio para o convívio e exercício das atividades cotidianas (SILVA, 2009).

Diante da importância do meio ambiente e do seu status na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Público está obrigado à preservação ambiental em favor da coletividade, inclusive das futuras gerações. Para fazê-lo, tem o dever de preservar e restaurar processos ecológicos (art. 225, § 1º, I), exigir procedimentos de licenciamento ambiental (art. 225, § 1º, III), além de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, § 1º, VI).

O Estado brasileiro adotou como modelo de desenvolvimento econômico uma sociedade de mercado, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho, com o objetivo de garantir a todos uma vida digna (CRFB/88, artigo 170, caput).¹ Sob essa perspectiva, o protagonismo do desenvolvimento econômico é conferido aos entes privados, que deverão cumprir com os regramentos estabelecidos pelo poder público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe distintos instrumentos para que o Estado possa intervir no que é considerado o domínio econômico. E, embora aja de forma subsidiária, os órgãos de Estado podem intervir para preservar o bem-estar social da população (SAMPAIO, 2013). Fontoura (2019, p. 1051) resume esse pensamento da seguinte forma:

Cass Sunstein entende ser possível reformar e interpretar as medidas regulatórias de uma maneira que seja fundamentalmente baseada nos compromissos constitucionais e promova, num ambiente radicalmente transformado, os objetivos centrais do sistema constitucional, quais sejam a liberdade e o bem-estar.

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) (BRASIL, 1988)

Já André Cyrino sustenta que o nível de intervenção estatal deverá variar com base nos valores de justiça e de democracia, em um diálogo permanente entre liberdade e bem-estar. Não existe, necessariamente, uma oposição entre essas ideias. Pelo contrário, uma pode estar a serviço da outra. Na justificativa da intervenção do Estado na economia, vêm juntas premissas de maximização e distribuição da riqueza, em uma ideia de igualdade, democracia, bem como de realização dos direitos fundamentais, que têm um custo, e cuja implementação é essencial para a criação de um ambiente deliberativo saudável.

É dentro desse contexto que os agentes privados são obrigados a preservar e a promover a proteção ambiental, independente da forma como se organizem, enquanto empresas ou no exercício individual ou coletivo das atividades cotidianas (enquanto sociedade civil). A Carta Magna mantém o seu caráter programático, o que permite às legislações infraconstitucionais a determinação de regras de caráter mais objetivo, inclusive atribuindo responsabilidades ao poder público. A respeito desse tema Nieves (2012, p. 58) comenta o seguinte:

A Constituição (artigo 225, caput) impõe ao Poder Público, assim entendido como todas as entidades territoriais públicas, o dever de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras, por meio do seu poder soberano de Estado. Atribui, deste modo, competência: a) concorrente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para combaterem a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, VI), preservarem as florestas, a fauna e a flora (artigo 23, VII), legislarem sobre floresta, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, controle da poluição (artigo 24, VI), e pela responsabilidade por dano ao meio ambiente (artigo 24, VIII); e b) exclusiva à União para instituir a Política do Meio Ambiente, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, definindo os critérios de direitos do seu uso (artigo 21, IX), e legislar sobre energia (artigo 22, IV). E disponibiliza às pessoas políticas sanções penais, medidas administrativas e instrumentos econômicos, para permitir a efetivação da proteção ambiental.

O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado também deve ser assegurado no desempenho das atividades econômicas, que tenham por objetivo o lucro das empresas e o desenvolvimento dos setores. Essa determinação deve ser observada, inclusive, quando o Estado promove segmentos, como é o caso na concessão de subsídios creditícios.

Percebe-se, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado permeia as diversas dimensões da atividade humana. O artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que disciplina a ordem econômica, menciona a garantia de todos poderem usufruir de existência digna, com a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme estudo de impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (BRASIL, 1988).

Na lição de Alexy (2014), a valoração dos princípios é expressa na formação de mandamentos de otimização, que determinam a realização de determinado objetivo na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas. A proteção ambiental enquanto princípio, inclusive da ordem econômica, põe em perspectiva a intenção do legislador de conceder ao meio ambiente a máxima proteção disponível.

Ponto relevante é que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou diversas dimensões para o meio ambiente. É possível perceber a concepção do legislador de que há aspectos culturais, sociais, econômicos, naturais e trabalhistas envolvidos na dinâmica do que pode ser caracterizado como meio ambiente. Tanto que a Constituição menciona como dimensões “a natural, a artificial, a cultural e a do trabalho” (BRASIL, 1988).

Diante da importância conferida ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a partir das normas programáticas da Constituição da República Federativa do Brasil de

1988, torna-se essencial o estudo do status conferido aos tratados internacionais ambientais, no contexto do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.

O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AMBIENTAIS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Convenção de Viena (1969) é o documento internacional que busca definir e delimitar o que são os “tratados” firmados entre os países. De acordo com o seu artigo 2º (ONU, 1969), o tratado pode ser conceituado como o “acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo direito internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica”.

Soares (2002) propõe o esclarecimento de que o nome “tratado” pode ser considerado genérico. É possível que os países adotem as nomenclaturas de protocolo, acordo, convenção e afins. E não há consequência jurídica preestabelecida de acordo com o nome adotado, o que expõe a falta de um critério objetivo para a proposição das classificações.

É característico destes tratados – acordos, convenções ou a denominação escolhida – que as obrigações pactuadas obrigam o cumprimento apenas dos signatários. Significa dizer que, em regra, o tratado não produz efeitos para os Estados Soberanos que decidiram não ser signatários destes. E, como os instrumentos de obrigação entre Estados são limitados, há a necessidade de boa-fé entre as partes contratantes. Schmidt e Freitas (2012, p. 18) comentam o seguinte sobre os tratados ambientais:

Mais especificamente acerca dos tratados de direito ambiental, podemos distinguir dois tipos: os genéricos e os específicos. Segundo Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, tem havido uma forte tendência na elaboração de tratados genéricos, principalmente por causa da rápida evolução do direito ambiental e das incertezas existentes em relação à codificação de alguns assuntos. O que acaba acontecendo é que os princípios gerais são traçados nos tratados genéricos e as regras mais objetivas ficam para os protocolos suplementares. Já os tratados objetivos, como o próprio nome diz, referem-se mais diretamente a determinado assunto, de forma mais específica.

Como verificado do pensamento acima exposto, há tratados internacionais pertinentes à temática do meio ambiente que possuem caráter generalista, enquanto outros se propõem ao contrato de obrigações mais específicas. Esses últimos tendem a ser mais eficazes, à medida que são construídos com diagnósticos mais precisos, cujos desafios são enfrentados com proposições mais bem direcionadas.

Sob a perspectiva do direito internacional, o Direito Internacional Ambiental tem o seu surgimento no final da década de 1960 (CAMPELO, 2013). Kiss e Shelton (2007) mencionam que os primeiros tratados que dispuseram sobre recursos ambientais estavam ligados à concepção utilitarista, de utilização desses elementos para as finalidades humanas.

O que se observa dos primeiros tratados internacionais sobre a proteção ambiental é que a supervisão ficara sob a responsabilidade das partes contratantes. Essa característica fez com que, embora os tratados aos poucos superassem a característica utilitarista, houvesse pouco controle e efetividade sobre o que fora pactuado por Estados Soberanos (CAMPELO, 2013).

Esse, inclusive, continua a ser temática problemática no âmbito do direito internacional público. Há constantes debates sobre instrumentos de vinculação dos Estados Soberanos às

normas pactuadas em tratados internacionais. Porém deve ser destacado o estabelecimento da Organização das Nações Unidas – ONU, que também teve como consequência a proposição de discussões mais sistemáticas acerca da problemática ambiental.

Hunter, Salzman e Zaelke (2007) pontuam sobre as mudanças de concepções ocorridas ao fim da década de 60. Após intenso progresso da produção de bens, passa-se ao consenso de que há riscos associados à degradação do meio ambiente. Então a sociedade, mais consciente da finitude e da impossibilidade de recuperação dos recursos ambientais, demanda maior ação dos estados. Campello (2013, p. 87) faz o seguinte comentário sobre este momento:

O ano de 1968 foi especialmente marcante no Direito Internacional Ambiental. O Conselho da Europa, a Organização da Unidade Africana e a Organização das Nações Unidas deram importantes passos no novo campo do Direito Internacional Ambiental. O Conselho da Europa adotou dois grandes textos, nomeadamente, a Declaração Sobre a Luta Contra a Poluição do Ar, em 08 de março de 1968, e o Acordo sobre a Utilização de Certos Detergentes e Produtos de Limpeza, em 16 de setembro de 1968. Na África, merece registro a importante Convenção Africana para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, concluída em Alger, Argélia, em 15 de setembro de 1968. Engajada no crescente movimento de proteção ambiental, a Assembleia Geral das Nações Unidas convocou, por meio da Resolução 2.398, de 03 de dezembro de 1968, uma Conferência mundial sobre o meio ambiente, a ser realizada em Estocolmo em 1972.

É nesse contexto de despertar para a consciência da crise ambiental que acontece a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia, no ano de 1972. Marca-se a partir desta o ponto de partida para a evolução das questões ambientais no direito internacional, pois se fizeram presentes 113 delegações de Estados, aproximadamente 400 organizações não governamentais, além de representantes de entidades intergovernamentais (CAMPELLO, 2013).

A gravidade da crise ambiental põe em perspectiva que se torna necessária a renúncia de parte da soberania dos Estados, à medida em que a sociedade internacional assume o protagonismo da supervisão, controle e proteção de componentes ambientais, independente de em qual país estejam localizados. Diferentemente de muitos tratados internacionais, o interesse atendido não é apenas o dos Estados. Há interesses de toda a humanidade que passam a ser prestigiados, em sua presente e futuras gerações (KISS, BEURIER, 2004).

O que se verifica após a Conferência de Estocolmo são décadas de intensa produção de tratados internacionais ambientais. A comunidade internacional passa a ter cada vez mais internalizado o conceito de desenvolvimento sustentável, que busca a equalização da preservação dos recursos ambientais com os aspectos econômicos, culturais e sociais do desenvolvimento da sociedade.

Em 1987, é elaborado o documento intitulado “Nosso Futuro Comum”. Coordenado pela primeira-ministra da Noruega, o documento foi elaborado no âmbito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

O documento originado buscou consolidar e disseminar a ideia de “desenvolvimento sustentável”, que vinha sendo desenvolvido desde a década de 1970, a exemplo dos trabalhos de Sachs. Dovers e Handmer (1992) defendem que o desenvolvimento sustentável é a “mudança intencional e a melhoria” que mantém ou aumentam o atributo do sistema, a sustentabilidade, de responder às necessidades da população. Então é possível entender o desenvolvimento sustentável como o caminho para alcançar a sustentabilidade, que deve ser entendida como objetivo

final, de longo prazo.

Percebe-se, portanto, que a comunidade internacional também adota a perspectiva de que o meio ambiente permeia as relações humanas, intrinsecamente ligado a aspectos de desenvolvimento econômico, além do bem-estar social e dos avanços culturais. Tamanha é a importância que esse patrimônio deve ser usufruído no presente, sem perder de vista a disponibilidade para as futuras gerações. Campello (2013, p. 89) menciona outros importantes marcos do desenvolvimento do direito ambiental internacional:

Nessa linha cronológica do desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental, não se pode deixar de mencionar duas importantes Resoluções da Assembleia Geral da ONU que foram aprovadas entre a Conferência de Estocolmo (1972) e a Conferência do Rio de Janeiro (1992). A primeira é a Resolução 3.281, de 12 de dezembro de 1974, que aprovou a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, pela qual ficou proclamada a responsabilidade dos Estados pela preservação e valorização do meio ambiente para as gerações futuras. Em 28 de outubro de 1982, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Carta Mundial da Natureza.

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, entre os quais estão aqueles pertinentes ao meio ambiente. O Rio de Janeiro, aliás, foi palco de convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas, nas quais foram firmados compromissos de preservação, promoção do meio ambiente sadio e da busca pelo desenvolvimento realizado de forma sustentável.

Gonçalves Júnior e Leonardo (2016, p. 25) sintetizam a recepção dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 466.343 e 340.703, foi o responsável por estabelecer os principais parâmetros pertinentes ao tema. Wallace (1992) menciona que o conflito deriva do próprio conceito do direito enquanto unicidade, que divide opiniões entre pensadores monistas e dualistas, esses últimos que concebem Direito Interno e Direito Internacional como independentes entre si. Assim é sintetizado:

Assim, conclui-se que, no STF predomina o entendimento de que na hierarquia³ : a) não admite-se que os tratados internacionais versem sobre matérias reservadas pela Constituição Federal de 1988 à lei complementar, sob pena de serem inconstitucionais; b) todos os tratados são obrigatoriamente subordinados à Constituição Federal de 1988; c) os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos possuem a mesma paridade hierárquica que as leis ordinárias; d) os tratados que versarem sobre direitos humanos que não foram ou forem, aprovados na forma estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º da Constituição Federal de 1988, serão hierarquicamente superiores às leis ordinárias e inferiores a CF/88, isto é, hierarquia supralegal, e e) os tratados que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados na forma estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º da CF/88, serão equiparados à emenda constitucional, e terão assim, hierarquia de norma constitucional⁴. Porém, reitera-se que no plano internacional, entre os Estados em si, o tratado vigora normalmente, devendo cada Estado cumpri-lo de boa fé. (GONÇALVES JÚNIOR; LEONARDO, 2016, p. 30)

Como verificado, os tratados internacionais de direitos humanos que são recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio possuem status de emenda constitucional. E, por esse motivo, legislações infraconstitucionais podem ser declaradas ilegais caso esteja em desacordo com esses tratados internacionais de direitos humanos.

Surge, portanto, o necessário questionamento de qual o status que deve ser conferido no caso de tratados internacionais de direitos ambientais. O capítulo 1 abordou como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado direito fundamental pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sob essa perspectiva, em 2020 foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708, cujo julgamento foi finalizado no início de julho de 2022. A iniciativa foi tomada por um partido político, diante da não operacionalização dos recursos do Fundo Nacional Sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) para os anos de 2019 e 2020 por parte da União Federal (BRASIL, 2022). A tese proposta para o julgamento fora a seguinte:

(...)

7. O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c /c art. 9º, § 2º, LRF). (BRASIL, 2022).

Como se verifica, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708 foi proposta para tratar uma variável dentre as temáticas pertinentes ao meio ambiente – as mudanças climáticas. O Relator da ADPF, Ministro Luís Roberto Barroso, estabelece a relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O julgamento reforçou o dever constitucional de tutela e restauração do meio ambiente. Dever esse que concilia a relação do Estado com os direitos fundamentais da presente e das futuras gerações. E, embora ainda não haja publicação oficial do acórdão, o voto do Ministro Barroso foi acompanhado por outros nove ministros do Supremo Tribunal Federal. Então a seguir consta a Ementa sugerida:

Ementa: Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais.

(...)

2. Os documentos juntados aos autos comprovam a efetiva omissão da União, durante os anos de 2019 e 2020. Demonstram que a não alocação dos recursos constituiu uma decisão deliberada do Executivo, até que fosse possível alterar a constituição do Comitê Gestor do Fundo, de modo a controlar as informações e decisões pertinentes à alocação de seus recursos. A medida se insere em quadro mais amplo de sistêmica supressão ou enfraquecimento de colegiados da Administração Pública e/ou de redução da participação da sociedade civil em seu âmbito, com vistas à sua captura. Tais providências já foram consideradas inconstitucionais pelo STF em reiteradas decisões. Nesse sentido: ADI 6121, Rel. Min. Marco Aurélio (referente à extinção de múltiplos órgãos colegiados); ADPF 622, Rel. Min. Roberto Barroso (sobre alteração do funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA); ADPF 623 MC, Rel. Min. Rosa Weber (sobre a mesma problemática no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel. Min. Cármen Lúcia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente - FMNA).

(...)

4. Dever constitucional, supralegal e legal da União e dos representantes eleitos, de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas. A questão, portanto, tem natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Determinação de que se abstenham de omissões na operacionalização do Fundo Clima e na destinação dos seus recursos. Inteligência dos arts. 225 e 5º, § 2º, da Constituição Federal (CF)

5. Vedação ao contingenciamento dos valores do Fundo Clima, em razão: (i) do grave contexto em que se encontra a situação ambiental brasileira, que guarda estrita relação de dependência com o núcleo essencial de múltiplos direitos fundamentais; (ii) de tais valores se vincularem a despesa objeto de deliberação do Legislativo, voltada ao cumprimento de

obrigação constitucional e legal, com destinação específica. Inteligência do art. 2º, da CF e do art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LC 101/2000 (LRF). Precedente: ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio. (BRASIL, 2022)

Schimdt e Freitas (2012) apontam para o fato de que os tratados internacionais pouco são utilizados para subsidiar ou fornecer o arcabouço legal de decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Parte dessa ausência de utilização pode estar relacionada à falta de conhecimento acerca da ordem jurídica internacional, que se apresenta, sob a perspectiva dualista, completamente dissociada do ordenamento jurídico interno.

Com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, esse cenário pode mudar. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708, embora tenha lidado com um ponto específico da proteção ambiental, tem repercussão muito significativa. O status supralegal cria obrigações de conformidade, de modo que a legislação ordinária, assim como os atos do Poder Executivo, não pode atentar contra as normas de proteção ambiental que tenham sido pactuadas por meio de tratados internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, o meio ambiente é gradualmente inserido no âmbito das constituições existentes no Brasil. Em um primeiro momento, com a Constituição Política do Império do Brasil (1824), predominou a visão utilitarista, de modo que os recursos naturais serviam e estavam à disposição da saúde humana, critério esse que definia se deviam ou não ser protegidos pelo Estado.

Em um segundo momento, já na década de 30, o que se observa é a repartição de competências para a concessão de exploração das riquezas naturais, a exemplo das águas, florestas, da caça, da mineração e do solo. É na Constituição do Brasil de 1967 que é inserida a necessidade de estudo do impacto da atividade no meio ambiente, em um modelo incipiente do hoje é conhecido como processo de licenciamento ambiental.

Sob forte influência também da comunidade internacional e sua mobilização sobre a proteção do meio ambiente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz como direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E o meio ambiente é tratado pelo texto constitucional em distintas dimensões, com aspectos culturais, urbanísticos, sociais, trabalhistas e naturais.

A preservação e a promoção do meio ambiente sadio passam a ser um direito da presente e das futuras gerações, enquanto constitui um dever e cria obrigações para o Estado, a iniciativa privada, as empresas, a sociedade civil em geral, bem como para todos os indivíduos. O desenvolvimento deve ser realizado de forma sustentável.

No âmbito do direito internacional, a proteção do meio ambiente passa a ser objeto de tratados de forma mais recorrente a partir da década de 70, após a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. A Conferência refletiu o consenso científico de preocupação com a degradação ambiental. E o Brasil se torna signatário de distintos tratados, inclusive servindo de sede para as Conferências conhecidas Como Rio 92 e Rio+20.

Diante da importância da temática ambiental no Brasil, tanto do ponto de vista jurídico

quanto de políticas públicas, dada a riqueza de recursos naturais existente no país, surge o debate do status a ser conferido aos tratados internacionais ambientais. E a resposta pode ser extraída da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.

Ao julgar a ADPF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em razão de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser um direito fundamental assegurado pela Constituição, os tratados internacionais ambientais adquirem status supralegal quando recepcionados no Brasil. Isto é, estão situados no mesmo plano do texto constitucional, de modo que a legislação infraconstitucional não pode dispor de forma contrária aos compromissos assumidos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se mostra acertada, à medida em que os tratados internacionais ambientais refletem compromissos assumidos pelo Brasil, no interesse de sua sociedade, bem como de toda a comunidade internacional (e países signatários). Embora tenha sido realizada em análise de caso concreto, a conclusão a que chegou o Tribunal deve embasar futuras decisões, conferindo cada vez maior importância aos tratados internacionais ambientais no ambiente jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ANTUNES, Luís F. C. A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 01/07/2022. Acórdão ainda não disponibilizado em diário oficial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

CAMPELLO, L. G. B. Mecanismos de controle e promoção do cumprimento dos tratados multilaterais ambientais no marco da solidariedade internacional. Tese (doutorado) – Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, PUC-SP, 2013.

DOVERS, S. R.; HANDMER, J. W. Uncertainty, sustainability and chance. *Global Environmental Change*, v. 2, n. 4, p. 262-276, 1992.

FIORILLO, C. A. P.; RODRIGUES, M. A. Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FONTOURA, P. B. da. A intervenção estatal na economia através de sociedades de propósito específico e seus mecanismos de controle. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019.

GONÇALVES JÚNIOR, A. G.; LEONARDO, P. V. Os Tratados Internacionais Ambientais na Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. XXV Encontro Nacional do Conpedi, Brasília, 2016, p. 25-42.

- HUNTER, D.; SALZMAN, J.; ZAELKE, D. International environmental law and policy. Nova Iorque: Foundation Press, 2007.
- KISS, A.; SHELTON, D. Guide to International Environmental Law. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- KISS, C.; BEURIER, J-P. Droit International de Environment. Paris: Pedone, 2004.
- NIEVES, F. Tributação Ambiental: A Proteção do Meio Ambiente Natural. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- SALIBA, R. B. Fundamentos do Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SAMPAIO, P. R. P. Regulação e concorrência: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013
- SCHMIDT, C. A.; PASSOS, M. A. de F.. Tratados Internacionais de Direito Ambiental: Textos essenciais ratificados pelo Brasil. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, J. A. da. Direito Ambiental Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOARES, G. F. S. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2002
- WALLACE, R. International law: a student introduction Londres: Sweet and Maxwell, 1992

O poder cautelar da autoridade policia: da representação direta e da decretação de ofício das medidas cautelares

Felipe André Dani

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

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.5379.2.102.34

RESUMO

Com a escolha da utilização da metodologia teórica, nas perspectivas explicativas e explorativas, o presente artigo possui como objetivo informar e apresentar em que se consubstancia o poder cautelar da autoridade policial, enfatizando a possibilidade de representação direta das medidas cautelares até a decretação de ofício. Estruturado em três capítulos e subdividido entre estes, o primeiro capítulo buscou explicar sobre os mecanismos processuais cautelares, características e pressupostos; o segundo capítulo expôs acerca do poder cautelar da autoridade policial, suas atribuições e características, e por fim; o terceiro capítulo teve como foco apresentar as medidas cautelares, o papel da segurança pública e a ampliação do poder cautelar da autoridade policial. Como resultado obtido do presente artigo, encontra-se evidenciado a responsabilidade da Polícia Judiciária e da Autoridade Policial na efetivação das normas processuais penais e, sobretudo, nas medidas cautelares.

Palavras-chave: autoridade policial. medidas Cautelares. Lei nº. 12.403/11¹.

ABSTRACT

With the choice of using the theoretical methodology, in the explanatory and exploratory perspectives, this article aims to inform and present what constitutes the precautionary power of the police authority, emphasizing the possibility of direct representation of precautionary measures until the official decree. Structured in three chapters and subdivided between them, the first chapter sought to explain the precautionary procedural mechanisms, characteristics and assumptions; the second chapter expounded on the precautionary power of the police authority, its attributions and characteristics, and finally; the third chapter focused on presenting the precautionary measures, the role of public security and the expansion of the precautionary power of the police authority. As a result obtained from this article, the responsibility of the Judiciary Police and the Police Authority in the implementation of procedural rules, penalties and, above all, in precautionary measures, is evidenced.

Keywords: police authority. precautionary measures. Law nº. 12.403/11.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal/88² determina, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos³, o direito dos cidadãos de não serem considerados culpados até o julgamento final.

Entretanto, o princípio da presunção da inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, não tem sido plenamente aplicado no ordenamento jurídico pátrio, mesmo tratando-se de uma garantia fundamental.

1 PLANALTO. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm. Acesso em 02/07/2022.

2 PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02/07/2022.

3 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02/07/2022.

Nesta perspectiva, o sistema prisional brasileiro encontra-se extremamente vulnerável, por esses motivos, foi elaborado o Projeto de Lei - PL nº. 4.208/2001⁴, que visava aprovar medidas prioritárias para o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro, o que mais tarde deu origem à Lei Federal nº. 12.403/11, estudada em questão.

Em 4 de maio de 2011, a Lei nº 12.403 alterou o Código do Processo Penal⁵ (CPP) referente a prisão processual, fiança, liberdade provisória, medidas preventivas etc. Logo, pode-se dizer que a Lei em apreço auxiliou o Poder Executivo na implementação de uma política para reduzir a população carcerária.

Além de abranger um maior número de medidas cautelares, a legislação também ampliou o papel da autoridade policial nesse contexto, permitindo que este, quando preenchidos os requisitos legais para tanto, representasse pela medida diretamente em juízo ou, ainda, a decretasse de ofício.

Isto posto, no presente artigo buscou-se compreender a representação direta da autoridade policial e a dissimilitude entre a decretação de ofício das medidas cautelares à luz da Lei nº. 12.403/11, observados os pressupostos constitucionais e principiológicos dos direitos humanos.

OS MECANISMOS PROCESSUAIS PENAIS CAUTELARES

Com a aprovação Lei nº. 12.403 de 2011, ocorreram alterações no sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro. O número e a natureza das medidas, sua forma de aplicação e uma série de instrumentos de controle sobre sua duração tornaram-se temas importantes, que merecem apreço em sua análise como julgador e aplicador dos direitos.

O fenômeno das medidas cautelares é comum a todas as áreas de jurisdição. O dilema da morosidade da Justiça, que estende em demasia o lapso temporal entre a demanda e a decisão definitiva provoca a antecipação dos atos processuais.

Segundo Fernando Capez tem-se em sua obra a seguinte explicação sobre as medidas cautelares e a sua relação com o processo penal nos seguintes dizeres:

São providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para a efetiva execução da pena a ser imposta (2015, p. 520).

Entende-se, portanto, que a medida cautelar é um meio que tutela o procedimento jurídico do processo criminal, e não o direito material discutido. Logo, o direito material trata-se exclusivamente do objeto do processo de conhecimento. E, por conseguinte, a medida cautelar é objeto do processo. Destarte, conclui-se que a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim pretendido pelo processo de conhecimento, qual seja: a solução do caso penal.⁶

Insta salientar que as medidas cautelares são subdivididas entre: reais, probatórias e pessoais.

No que se refere as medidas cautelares reais, ou seja, aquelas que pretendem garantir a

4 Projeto de Lei nº 4.208/2001. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2309404>. Acesso em 02/07/2022.
5 PLANALTO. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02/07/2022.

6 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Editora Atlas, 2018. 27ª ed. p. 1177.

eficácia dos efeitos civis da condenação, encontra-se, por exemplo, a reparação de dano gerado a vítima, que possui amparo legal nos artigos 125 ao 144 do CPP.

No tocante às medidas probatórias, estas visam resguardar o material probatório e o trâmite processual, e tem-se como exemplos a interceptação telefônica e a busca e apreensão.

Por fim, as medidas pessoais e, neste ponto, as mais afetadas pela nova legislação, são aquelas que recaem sobre a pessoa. Dessa forma, com o objetivo de resguardar o próprio trâmite processual, privam o direito desta no curso das atividades investigatórias até que haja o trânsito em julgado de sua sentença.

Nesse aspecto, ressalta-se que com o advento da Lei nº. 12.403/11, houvera-se a adesão das seguintes novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, à luz do art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV- proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX- monitoração eletrônica.

Ademais, o próprio instituto da prisão sofreu mudanças, com a inclusão por exemplo, da prisão domiciliar, prevista nos artigos 318 e 319 do CPP e que não possuía análogo na antiga legislação.

Das medidas cautelares pessoais diversas da prisão

O CPP é datado em 1941, período no qual vigorava o Estado-Novo e a vigência da Constituição de 1937. De lá para cá, houve diversas mutações na sociedade brasileira, ao passo que fora necessário uma repaginação no sistema penal, sobretudo, em se tratando de um Estado Democrático de Direito.

Com o decorrer do tempo, observou-se a necessidade de um direito processual penal

que favorecesse aos anseios da sociedade. Houve a promulgação da Lei 12.403/2011, trazendo significativas alterações nas medidas cautelares pessoais, em especial no que se refere as medidas diversas da prisão.

Como outrora citado, o artigo 319 do CPP traz as hipóteses em que serão concedidas medidas cautelares diversas da prisão, as quais serão minuciadas a seguir.

No inciso I, a cautelar tem por objetivo o controle da vida cotidiana, servindo como instrumento para a tutela de eficácia da aplicação da lei penal. Em análise, nota-se que não se trata de uma completa invenção trazida, mas sim uma inspiração na suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, deixando, no entanto, a critério do magistrado a fixação do momento de comparecimento.

Já no inciso II, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares nada mais é do que uma forma de prevenção, cujo objetivo é evitar que a frequência do réu a esses lugares crie condições capazes de fazer com que o agente pratique novos delitos da mesma natureza.

No inciso III, a proibição tutela uma pessoa individualizada o que faz a cautelar ter maior efetividade, na medida em que cabe a pessoa protegida, que muitas vezes é a vítima, a testemunha ou até mesmo um coautor do crime, se responsabilizar por denunciar eventual descumprimento da ordem.

O inciso IV trata da proibição de ausentar-se da comarca que tem por objetivo a tutela da prova, refletindo na própria eficácia da lei penal, haja vista que sua proteção evitaria o risco de fuga do agente.

E no inciso V, o recolhimento domiciliar noturno tem por objetivo a tutela da prova, assim como minorar os riscos de fuga, a fim de prevenir a conduta do agente. Logo, trata-se de uma modalidade menos gravosa de cerceamento de liberdade.

O inciso VI prevê a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica, ao qual cabe tão somente tutelar o risco de reiteração da conduta delitiva, uma vez que o campo de aplicação será a prevenção dos crimes em razão do cargo, profissão ou função.

No que concerne o inciso VII, a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, pode ser interpretada como uma espécie de medida de segurança cautelar, sendo importante frisar que seus requisitos são cumulativos e não alternativos.

O inciso VIII dispõe acerca da possibilidade de concessão da fiança nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Contra a cautela e garantia patrimonial, a fiança destina-se não só ao pagamento das despesas processuais, mas também funciona como fator inibidor de fuga, guardando uma relação de proporcionalidade em relação a gravidade do crime praticado e as possibilidades econômicas do imputado.

Por fim, o inciso IX traz a monitoração eletrônica, medida que pode ser aplicada aos presos provisórios, isoladamente ou em conjunto com alguma das outras medidas cautelares possíveis. Trata-se de uma medida cautelar alternativa capaz de vigiar ininterruptamente o imputado,

servindo de fiscalização para a prática de novas delinquências e ao risco de fuga.

Assim sendo, cabe salientar que as medidas cautelares poderão ser aplicadas cumulativamente, no entanto, o magistrado deverá agir em consonância ao princípio da proporcionalidade, com o intuito de evitar a excessiva gravosidade ao réu, à luz do justo-termo.

Dessarte, conclui-se que com o advento da Lei nº. 12.403/11 e a criação das medidas cautelares, objetiva-se concretizar o caráter de excepcionalidade da prisão.

Das características das medidas cautelares

Segundo Paulo Rangel em sua obra *Direito Processual Penal* cita cinco características intrínsecas das medidas cautelares, que serão analisadas à luz dos ensinamentos do autor.

A Jurisdicionalidade destaca que as medidas cautelares estão submetidas à análise judicial de sua adoção, por se tratar de medidas de restrição a direitos consagrados na Carta Magna e Convenções Internacionais, só podendo ser invocada por decisão judicial fundamentada pela autoridade competente. Excepcionalmente, determinadas medidas podem ser adotadas, em um primeiro momento, por órgão ou pessoa que não a judiciária, como por exemplo a prisão em flagrante, mas deverão ser submetidas ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade.

Logo, a Jurisdicionalidade é a necessidade de que a restrição dos direitos e bens assegurados na Constituição e nas Convenções Internacionais somente possa ser feita por decisão judicial, a fim de evitar excessos ou abusos de poder.

Já a Acessoriedade, diz que a medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois, na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde a sua eficácia. Portanto, há uma vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal, quando esta for dada àquela, deixará de existir.

A Instrumentalidade hipotética dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal. É como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir esse possível direito fosse exatamente a medida cautelar.

Calamandrei⁷ afirma que:

Eles (procedimentos cautelares) funcionam como meios para assegurar a eficácia prática de um procedimento principal, na hipótese de que este tenha um determinado conteúdo concreto, do qual se antecipam os previsíveis efeitos.

Provisoriedade, ou seja, a medida cautelar dura enquanto não for proferida a medida principal e enquanto os requisitos que a autorizaram estiverem presentes. A medida cautelar tem duração limitada àquele período que deverá transcorrer entre a instauração do procedimento cautelar e a promulgação do procedimento definitivo.

Homogeneidade se traduz à luz do art. 282 do CPP, isto é, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente.

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Editora Servanda, 2000. p. 97.

Doutro modo, cabe elencar os pressupostos guardiões principiológicos destacados no art. 282 do CPP, quais sejam: presunção de inocência; razoabilidade; proporcionalidade; dignidade da pessoa humana; adequação, e; contraditório.

Previsto no Art. 5º, LVII, da Constituição da República, o princípio da presunção de inocência, também chamado de não culpabilidade, até a entrada em vigor da Carta Magna, existia somente de forma implícita, decorrendo do princípio do devido processo legal.

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima⁸, o princípio da presunção de inocência consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa e para a destinação da credibilidade das provas apresentadas pela acusação, chamada de contraditório.

A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios que se encontram implícitos na Constituição Federal, e, no âmbito processual, estes atuam como princípios informadores do devido processo legal, a fim de que sejam utilizados de forma racional e moderada, com vistas à concepção de justiça social, equilibrando os direitos individuais frente à sociedade.⁹

O princípio da adequação tem duas funções precípuas: de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal e de orientar o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, atuando, também, no processo de descriminalização de condutas.¹⁰

Já o contraditório, definido como principal sustentáculo das prisões cautelares, terá o princípio da proporcionalidade para nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, devendo preponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

E todos estes princípios são amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra da humanidade defronte a vida em sociedade e a sua individual.

Dos pressupostos de aplicação

Ainda, à luz das características citadas no subcapítulo anterior, há de considerar ainda mais dois pressupostos para a sua efetiva aplicação, sendo: o *periculum in mora*, conhecido como *periculum libertatis*, e o *fumus boni iuris*, chamado de *fumus comissi delicti*.¹¹

Para Aury Lopes Jr., em sua obra intitulada “Sistema de investigação preliminar no Processo Penal” (2001), mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional.

E, ainda para o doutrinador, da mesma forma que a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda, para declarar extinta a punibilidade.

8 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011, p.1137-1139.

9 AMBAR, Jeanne. *Princípio da Razoabilidade*. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://jeannecarla.jusbrasil.com.br/artigos/515400908/principio-da-razoabilidade>>. Acesso em 22/04/2022.

10 MSJ. *O princípio da adequação social possibilita que condutas socialmente aceitas não sejam punidas*. Museu Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3NgciRj>>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

11 LOPES JR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Sabe-se que a *mora* na investigação preliminar, a autorizar a prisão temporária, ou no curso do processo a autorizar a prisão preventiva, nem sempre é imputada ao indiciado ou ao réu, não havendo razão para puni-lo pela demora do Estado em cumprir com seu papel na persecução penal.

O *periculum in mora* traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua. E o *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito. A probabilidade de uma sentença favorável no processo principal ao requerente da medida. É a luz no fundo do túnel, demonstrando uma possível saída.¹²

O PODER CAUTELAR DA AUTORIDADE POLICIAL E SUAS ATRIBUIÇÕES

Analisar-se-á nos subcapítulos seguintes as atribuições da autoridade policial. Após, fora tema de pesquisa o poder cautelar exercido pela referida autoridade.

Das atribuições da autoridade policial

A segurança pública, seguindo os ditames estabelecidos pela Constituição Federal em seu art. 144, possui como escopo a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Desta forma, possui os seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, polícia militar, corpo de bombeiro militar e polícia penal federal, estadual e distrital. No texto constitucional, ainda, é possível a verificação clara das atribuições das respectivas polícias.

Nesse sentido, há de se salientar a subdivisão da segurança pública em duas, quais sejam: a polícia ostensiva e a polícia judiciária.

Nas palavras do constitucionalista José Afonso da Silva¹³, acerca das diferenças entre a polícia ostensiva e a polícia judiciária:

A atividade da polícia realiza-se de vários modos, pelo que a polícia se distingue em administrativa (de segurança), que compreende a polícia ostensiva e a polícia judiciária. A polícia administrativa tem “por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais” (liberdade e propriedade). A polícia de segurança que, em sentido estrito, é a polícia ostensiva tem por objetivo a preservação da ordem pública e, pois, “as medidas preventivas que em sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou o perigo para as pessoas”. Mas, apesar de toda vigilância, não é possível evitar o crime, sendo, pois, necessária a existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes. Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como o processo judicial pertinente à punição do agente. É aí que entra a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas, por via de ação penal pública.

Desta forma, a polícia ostensiva possui como escopo o exercício da prevenção e preservação da ordem pública, conforme previsão constitucional. O poder de polícia ostensiva, no âmbito da ordem pública, é próprio e exclusivo da Polícia Militar, utilizando-se de ações que visam a evitar a quebra da ordem na sua ampla conceituação, desde crimes até casos de desordens.¹⁴

¹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Editora Atlas, 2018. 27ª Ed. Pág. 1186.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo – 20ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 175.

¹⁴ TEZA, Marlon Jorge. *Temas de Polícia Militar. Novas atitudes da Polícia Ostensiva na ordem pública*. Florianópolis: Darwin, 2011.

A Polícia judiciária, por outro lado, integra o sistema de persecução penal. Sua função, a par de auxiliar do Poder Judiciário, é desvendar circunstâncias e autoria dos ilícitos já cometidos, o que faz, geralmente, pela instauração de investigações preliminares que o Código de Processo Penal denomina Inquérito Policial. É ela quem fornece à justiça penal a matéria prima necessária a seu funcionamento.¹⁵

Como autoridade máxima da Polícia Judiciária encontra-se a figura da Autoridade Policial.

A Autoridade Policial, representada pelo Delegado de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, refere-se ao servidor investido que tem como escopo a apuração e resolução dos crimes, mantendo-se a ordem da circunscrição a qual se submete.

Nas palavras de Ubirajara Rocha¹⁶, o Delegado de Polícia é definido como “uma autoridade policial, cabendo-lhe por lei manter a ordem social e a tranquilidade coletiva. Exerce autoridade e possui poder, possui função e missão que devem ser inteiramente empregados a serviço do povo.”.

Cumprir salientar que, por ser a Autoridade Policial o servidor que exerce em nome próprio o poder do Estado, de modo a tomar decisões, impor regras, dar ordens, entre outros, não tem esse poder os agentes públicos que são investigadores, escrivães e policiais militares.¹⁷

Essa constatação decorre da própria sistemática legal, baseada na hierarquia, e não se relaciona com menosprezo às funções dos demais agentes públicos no bravo exercício que prestam em auxílio à Autoridade Policial e à polícia judiciária em si.

No que tange as atribuições da Autoridade de Polícia, estas são as mais variadas e encontram-se previstas na legislação processual penal. Isso porque, como autoridade máxima dentro da polícia judiciária, pressupõem-se uma série de competências exclusivas, seja por tratar-se de pontos que influenciam direitos individuais, seja pela seriedade de sua conduta.

Dentre as atribuições típicas, encontra-se presidir inquéritos policiais, elaborar Portarias, proferir despachos interlocutórios e relatórios finais, determinar o cumprimento de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia por requisição ministerial e elaborar Termos Circunstanciados e Autos de Prisão em Flagrante. Todos esses atos são, a toda evidência, dirigidos e realizados pelo Delegado de Polícia ou sob a sua supervisão.

Não há de se fazer, neste estudo, um perfilamento completo das atribuições da Autoridade Policial no gozo dos seus poderes, pretendendo-se, entretanto, introduzir a temática do seu poder cautelar, cerne deste trabalho.

Do poder cautelar, decretação de ofício e representação direta ao juízo

Dentre as atribuições outrora citadas da Autoridade Policial, encontra-se o poder cautelar e, nesse sentido, a decretação de ofício das medidas cautelares e da representação direta a autoridade judicial.

Frisa-se que, não há de se adentrar, neste capítulo, nos detalhes acerca das medidas

¹⁵ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A Polícia Judiciária no Estado Democrático*. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p.97.

¹⁶ ROCHA, Ubirajara. *Problemas de polícia e Direito*. São Paulo: Editora, 1965. p. 27

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 60.

cautelares em espécie, pretendendo-se, somente, capitular quais são os institutos a serem influenciados pela Autoridade Policial, no âmbito de suas atribuições.

No que se refere a decretação de ofício, ou seja, a possibilidade de a Autoridade Policial executar a medida sem que haja a necessidade de comunicar previamente os demais sujeitos processuais, encontra-se como ilustre a liberdade provisória mediante fiança.

Isso porque, a fiança refere-se a um instituto renascido com a vigência da Lei Federal nº 12.403/2011, amplamente discutida no presente estudo. Neste sentido, a fiança refere-se a uma garantia real, consistente na entrega de valores ao Estado ou pagamento de dinheiro, com o intróito de permanecer em liberdade durante o transcurso do Processo Penal.

Frisa-se que a fiança só pode ser determinada se preenchidos os requisitos legais previstos no Art. 322 do CPP, sendo necessária que a infração não possua pena máxima superior a 04 (quatro) anos. Caso excedido, ocorrerá o requerimento da fiança ao juízo, que, em 48 (quarenta e oito) horas decidirá sobre a adequação da medida, conforme Parágrafo Único. Ainda, há a necessidade de a situação tratar-se de flagrante delito, nos termos do Art. 302 do CPP.

Superado esse ponto, entende-se que a Autoridade Policial poderá decretar a busca pessoal do acusado, de ofício, quando presentes os requisitos legais, sendo esta uma medida cautelar assecuratória.

Nesse sentido, dispõe o Art. 244 do Código de Processo Penal:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Salienta-se, nesse sentido, que a regra geral é a existência de mandado de busca e apreensão, sendo o disposto no Art. 244 uma exceção a este preceito. Ainda, é necessária a fundada suspeita e objetos que constituam corpo de delito - conjunto de elementos materiais ou vestígios que indicam a existência de um crime.

Não há de se esquecer, por fim, da Lei nº 9.613/1998¹⁸ – Lei da Lavagem de Dinheiro - que, em seu Artigo 17-D, prevê o afastamento do servidor público, no caso de indiciamento deste, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, seu retorno. Ocorre que, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4911, julgada pelo Supremo Tribunal Federal na sessão virtual encerrada em 20 de novembro de 2021, o referido artigo foi julgado inconstitucional, não possuindo vigência atualmente.

Entretanto, até o momento de sua revogação, o referido artigo havia de servir como exemplo de atribuição de ofício da Autoridade Policial, por interpretação lógica do texto legal.

Por fim, a prisão em flagrante, entendida como prisão cautelar por considerável parte da doutrina, refere-se a forma de prisão que pode ser aplicada ao indivíduo que é abordado no momento do ato criminoso ou logo após realizá-lo. Uma particularidade desta modalidade de prisão cautelar advém do fato de que a mesma pode ser efetivada por qualquer um do povo, entretanto, deverá ser realizada pela autoridade policial e os respectivos agentes, nos moldes do art. 301 do CPP.

¹⁸ PLANALTO. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 02/07/2022.

Superado o primeiro ponto, insta analisar as medidas cautelares que poderão ser decretadas mediante representação direta da Autoridade Policial, nos termos da legislação processual penal vigente.

Nesta senda, inúmeras são as possibilidades de representação direta a Autoridade Judiciária sob a vigência das alterações proporcionadas no CPP.

Dentre essas, encontra-se a previsão no art. 282, § 2º do referido Código, que dispõe que as medidas cautelares, quando no curso da investigação criminal, poderão ser decretadas pelo juiz por representação da Autoridade Policial. Salienda-se que referido parágrafo foi alterado pela Lei nº 12.403/2011 e posteriormente pela Lei nº 13.964/2019¹⁹.

Atualmente, possui como redação:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Percebe-se, nesse ponto, um imenso salto no que toca ao poder cautelar da Autoridade Policial que, diverso do que costumada acontecer – onde a Autoridade Policial deveria requerer ao Ministério Público a decretação da cautelar e, caso este concordasse, o proporia em juízo – atualmente a citada Autoridade possui maior autonomia, podendo representar diretamente.

Frisa-se que, além das medidas cautelares pessoais, diversos são os exemplos de medidas cautelares probatórias a serem representadas em juízo. Tem-se, como exemplo, a interceptação telefônica, nos termos do art. 3º, inciso I da Lei 9.296/1996²⁰.

Por fim, há de salientar que subsiste, ainda hoje, uma divergência doutrinária acerca da constitucionalidade da representação direta da Autoridade Policial perante o juízo. Isso porque, entende essa parcela da doutrina que citado ato feriria a atribuição do Ministério Público como titular da ação penal, nos termos do art. 129, inciso I da Constituição Federal.

Aqueles contrários à disposição legal, argumentam que se trata de uma grave deturpação do sistema acusatório a lei conferir legitimidade processual a quem não é titular da ação penal, de modo que a representação da Autoridade Policial deveria ser endereçada ao Ministério Público e não ao Judiciário.²¹

Entretanto, neste ponto, há de se discordar desta parte da doutrina, pois além da lei conferir em diversos momentos a capacidade de se postular em juízo àqueles que não são titulares da ação penal, o Inquérito Policial não refere-se a um instrumento acusatório, mas, por outro lado, um elemento de prova, devendo a Autoridade Policial possuir autonomia para tanto.

19 PLANALTO. 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#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal. Acesso em 02/07/2022.

20 PLANALTO. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02/07/2022.

21 Ministério Público Federal. Modernização da Investigação Criminal – Proposições legislativas. Disponível em: <https://bit.ly/3NpMxhk>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

DO PAPEL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Hodiernamente, nota-se que a doutrina e jurisprudência nacionais não tem dado o devido reconhecimento a atuação da polícia judiciária, muito menos devida atenção a esse procedimento. Houvera uma deturpação generalizada sobre seu papel fundamental e a atuação da autoridade policial como prima garantia dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito, ao qual adota o Brasil.

Muito se fala sobre o papel da segurança pública no Estado, porém, vê-se que geralmente a população traz consigo comentários negativos e degenerativos no que tange essa temática. Isso porque, como os primeiros a se depararem com a infração penal, recebem sobre si as críticas e os anseios da população que, imediatista, tende a culpar.

Nas palavras de Theodomiro Dias Neto²²:

Não há tema capaz de exercer tanto fascínio e polarização quanto a segurança pública. Paradoxalmente, não há tema mais deturpado e incompreendido. Tentativas de ser repensado a partir de óticas diversas, são rejeitadas pela lógica imediatista dos calendários eleitorais ou dos índices de audiência.

No que se refere à polícia judiciária, o tema igualmente não foge do padrão. Frequentes são as críticas acerca do trabalho realizado pela Polícia Civil, por exemplo, que, com severa escassez de recursos, exerce com louvor sua atividade. Entretanto, há de se observar o papel fundamental da polícia judiciária na efetivação das normas processuais penais. Em especial, faz-se referência ao Inquérito Policial, instrumento basilar da conduta policial e que, geralmente, é basilar para o trâmite da ação penal pública.

Sabe-se que o inquérito policial é procedimento instrumental-administrativo importantíssimo a ser realizado pelo poder de polícia judiciária, ao qual se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados, com um fim comum para uma possível ação penal.

Nesse sentido, Nucci²³ dispõe que o inquérito policial: “é um procedimento de caráter administrativo, [...] voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.”

Preleciona, nesse sentido, José Romênio da Silva²⁴ acerca de que não se deve concordar com a menção de que o inquérito é apenas informativo. Pode ser em sua essência, mas não meramente, isso porque nos autos são realizadas muitas provas que não podem ser repetidas em juízo, podendo ser citado, por exemplo, o auto de prisão em flagrante que pela própria natureza cautelar e instrumentária, é a melhor prova de autoria uma vez que a maioria das condenações provém de inquéritos iniciados por esta valiosa peça.

Ademais, o papel do Inquérito da persecução penal e no cumprimento dos objetivos das medidas processuais penais também se encontra no fato de que, como instrumento produzido por autoridade que não é parte da relação processual, infringe a imparcialidade da autoridade. Assim, uma investigação conduzida de forma zelosa na busca da verdade dos fatos, contribuirá

²² DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança Pública: Um conceito a ser repensado*, p. 12.

²³ NUCCI, Guilherme. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro, 2010, p. 143.

²⁴ SILVA, José Romenio da. 2009. *A importância do Inquérito Policial no Sistema Processual Penal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia-do-inquerito-policial-no-sistema-processual-penal,24996.html>> Acesso em 06 de maio de 2022.

sobremaneira para que o acusado seja punido ou inocentado. Assim sendo, funciona o inquérito como porta de entrada para a persecução criminal fortalecendo o Estado Democrático de Direito.²⁵

Frisa-se que o Inquérito Policial, em que pese ser o principal ato realizado pela Autoridade Policial, se refere a uma das possibilidades de efetivação das normas processuais penais que, dentro das atribuições da Polícia Judiciária, são diversas.

Logo, conclui-se que a atuação da polícia judiciária para, além de construir e fortificar um Estado Democrático de Direito pautado na legalidade e na guarda das competências e atribuições dispostas na Constituição e nas demais leis, serve-se como guardiã para com a efetivação das normais processuais penais.

Das implicações práticas da ampliação do poder cautelar da autoridade policial

Doutro norte, é nítido as implicações práticas decorridas do poder cautelar à Autoridade Policial antes e após a promulgação da Lei nº. 12.403/2011.

Isso porque, além de se referirem a parte crucial dentro do sistema das normas processuais penais, conferem uma maior autonomia a Autoridade Policial e maior celeridade ao processo penal, com resguarda aos direitos dos acusados e, noutra senda, superior efetivação da investigação e composição dos elementos probatórios.

Quando se trata de precauções que limitam os direitos fundamentais do indivíduo, são razoáveis as garantias jurisdicionais que caracterizam a precaução, como na prisão preventiva, ao qual sua liberdade de locomoção é suprimida, ou na interceptação telefônica, ao qual seu direito à privacidade é limitado.

Para as cautelas emancipatórias, como a fiança provisória, a previsão legal que permite ao policial autorizar em nome próprio é bastante positiva. Logo, é justamente por isso que os legisladores confiaram tão importante tarefa às autoridades policiais, pois só assim o indivíduo pode recuperar imediatamente sua liberdade, sem que haja a necessidade de comunicação em juízo.

Isso se deve ao fato de que, sendo a pena não superior a quatro anos, conforme preceitua o dispositivo legal, não se há a necessidade de impor medida privativa de liberdade a acusado que, quando julgado, provavelmente não terá como penalidade o cárcere.

Ademais, a possibilidade de busca pessoal de ofício do acusado, quando preenchidos os requisitos legais, se torna bastante vantajoso do ponto de vista prático, na medida em que se evita eventual impunidade e ocultação de objetos ilícitos.

Por fim, a representação direta em juízo constitui um avanço em termos de celeridade no processo penal pois, diante deste, a medida cautelar será determinada de forma veloz, pois ultrapassadas algumas de suas etapas. Salienta-se que, como indivíduo imparcial na persecução penal, conferir a ampliação das atribuições da Autoridade Policial refere-se a ampliação, igualmente, das garantias e direitos constitucionalmente previstos.

²⁵ SILVA NETO, Luiz Gonzaga. 2015. *O Inquérito Policial: uma análise sobre a sua importância para a persecução Penal*. Disponível em: < <https://bit.ly/38RPecz> >. Acesso 03 de junho de 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração todos os temas propostos nos capítulos acima, conclui-se que houve uma clara e direta mudança nas medidas cautelares, em especial as cautelares pessoais, quando da promulgação da Lei 12.403/2011. Ademais, houve uma ampliação destas medidas cautelares, quando se trata das diversas da prisão. Em que pese as atribuições da Autoridade Policial e, nesse sentido, de presidir o Inquérito Policial, elas igualmente foram expandidas, na medida em que atualmente é possível a decretação de ofício e representação direta ao juízo de determinadas cautelares. Por fim, percebeu-se a importância da polícia judiciária no âmbito da persecução penal e, nesse sentido, das implicações práticas da ampliação do poder cautelar da Autoridade Policial, beneficiando a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AMBAR, Jeanne. Princípio da Razoabilidade. JusBrasil, 2017. Disponível: <<https://jeannecarla.jusbrasil.com.br/artigos/515400908/principio-da-razoabilidade>>.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CPP. Brasília. 03 de outubro de 1941. BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

CRFB/88. Brasília. 05 de outubro de 1988.

BRASIL. LEI Nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Brasília. 04 de maio de 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 1ª ed., v.8, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

DIAS NETO, Theodomiro. Segurança Pública: Um conceito a ser repensado. p. 12.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. v. 1. Niterói: Impetus, 2011, p.1137-1139.

LOPES, Aury. Sistema de investigação preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica. Minas Gerais: Mandamentos, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Modernização da Investigação Criminal – Proposições legislativas. Disponível em: <https://bit.ly/3NpMxhk>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

MIRABETE, Julio Fabrinni. Juizados Especiais Criminais. Comentários, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Atlas, 1997. p. 60

MSJ. O princípio da adequação social possibilita que condutas socialmente aceitas não sejam punidas. Museu Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3NgciRj>>. Acesso em: 28 de abr. de 2022.

NUCCI, Guilherme. Código de processo penal comentado. Rio de Janeiro, 2010, p. 143.

PLANALTO. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm.

PLANALTO. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm.

PLANALTO. 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#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal.

PLANALTO. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02/07/2022.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Editora Atlas, 2018. 27ª ed. p. 1177.

ROCHA, Ubirajara. Problemas de polícia e Direito. São Paulo: Editora, 1965. p. 27.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 175.

SILVA, José Romenio da. 2009. A importância do Inquérito Policial no Sistema Processual Penal. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia-do-inquerito-policial-no-sistema-processual-penal,24996.html>>.

SILVA NETO, Luiz Gonzaga. 2015. O Inquérito Policial: uma análise sobre a sua importância para a persecução Penal. Disponível em: < <https://bit.ly/38RPecz>>.

TEZA, Marlon Jorge. Temas de Polícia Militar. Novas atitudes da Polícia Ostensiva na ordem pública. Florianópolis: Darwin, 2011.

ZACCARIOTTO, José Pedro. A Polícia Judiciária no Estado Democrático. Sorocaba/SP: Brazilian Books, 2005. p.97.

Reflexões sobre controle de convencionalidade na execução penal: aplicação do precedente caso Plácido de Sá Carvalho e a vinculação da coisa julgada internacional

Raísa Bakker de Moura

PUC-Paraná

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.35

RESUMO

Trata-se de análise crítica da ausência de efetividade, por parte dos tribunais brasileiros, da internalização e efetivação das medidas fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos Medida no caso Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil, consubstanciada na Resolução de 22 de novembro de 2018, sobre as condições degradantes daquele estabelecimento prisional, situado na cidade do Rio de Janeiro. A importância do controle de convencionalidade na execução penal se mostrou patente no caso em análise, haja vista a inédita fixação de medidas especiais, tais como a remição compensatória aos apenados submetidos a condições degradantes. Ademais, a importância da medida provisória também se extrai do fato de que pessoas encarceradas em outros estados e estabelecimentos, usaram tal decisão como paradigma para postular direitos executivos. Contudo, a celeuma está em justamente na extensão de tal decisão internacional fora do caso Plácido de Sá. O presente trabalho, nesse viés, debruçará pela extensão da coisa julgada internacional a casos análogos, em prestígio ao princípio pro homine.

Palavras-chave: controle de convencionalidade. execução penal. direitos humanos. sistema interamericano. jurisprudência internacional.

ABSTRACT

This is a critical analysis of the lack of effectiveness, on the part of Brazilian courts, of the internalization and effectiveness of the measures established by the Inter-American Court of Human Rights Measured in the case Plácido de Sá Carvalho v. Brazil, embodied in the Resolution of November 22, 2018, on the degrading conditions of that prison, located in the city of Rio de Janeiro. The importance of conventionality control in criminal execution was evident in the case under analysis, given the unprecedented establishment of special measures, such as compensatory remission. Furthermore, the importance of the provisional measure is also extracted from the fact that people imprisoned in other states and establishments used this decision as a paradigm to postulate executive rights. However, the stir is precisely in the extent of such an international decision outside the Plácido de Sá case. The present work, in this bias, will focus on the extension of international res judicata to similar cases, in prestige to the pro homine principle.

Keywords: conventional control. penal execution. human rights. inter-american system. international jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A questão carcerária brasileira é o ponto nevrálgico do sistema de justiça, situação evidenciada em diversos casos paradigmáticos nos últimos anos, tendo como atestado incontroverso o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional, conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

Consequência de omissões dos poderes constituídos e políticas criminais controversas, o Poder Judiciário é chamado a decidir sobre promessas constitucionais e disposições legais não cumpridas, em tentativas de se garantir o mínimo vital para aqueles que se encontram sob

custódia do Estado (estado de sujeição).

Mas em um problema sistêmico, que exige transformações estruturais em uma sociedade profundamente desigual como a brasileira, o agir de alguns órgãos não garante uma solução definitiva. É uma luta constante.

Paralelamente a esse preocupante contexto, o Brasil, no exercício de sua soberania, é parte dos Sistemas ONU (Nações Unidas) e Interamericano de Direitos Humanos (e seus subsistemas Organização dos Estados Americanos e Convenção Americana de Direitos Humanos). Além disso, é subscritor de diversos tratados e soft laws que versam sobre populações encarceradas (adolescentes e adultos), tais como: Convenção Contra a Tortura, Regras de Mandela, Regras de Bangkok, Regras de Beijing e Diretrizes de Riad.

Ao aderir a tais mecanismos, ações, omissões, violações aos dispositivos de tratados de direitos humanos, seja por parte de qualquer ente da federação ou até mesmo por particulares (tal qual o caso *Damião Ximenes vs. Brasil*), poderão ser levados ao conhecimento dos tribunais internacionais, cujas sanções são consideradas vinculantes.

Nesse passo, previu-se na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH¹), as chamadas medidas provisórias, mecanismos para casos de gravidade e urgência, que demandam um atuar imediato em termos de violações de direitos humanos. Tal instrumento convencional encontra-se previsto no artigo 63.2 da Convenção Americana.²

E como demonstração do funcionamento desses sistemas, após diversas denúncias efetuadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro junto a Comissão Interamericana (CIDH), com visitas in loco, e a permanente negativa de providências por parte do Estado Brasileiro, a Corte Interamericana foi chamada a se pronunciar sobre a situação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC).

O quadro apresentado era de altos índices de presos mortos, superlotação e proliferação de doenças. Situação análoga à tortura (cuja vedação é de natureza jus cogens). Por conseguinte, a Corte IDH³ emitiu medida provisória que veda a entrada de novos presos e determina o cômputo em dobro (denominada “remição compensatória”).

Logo, para cada dia de cárcere em situações desumanas, contam-se dois para fins de remição da pena. Posteriormente, após resistência por parte de alguns magistrados brasileiros, em 2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a eficácia vinculante de tal resolução/medida expedida pela Corte Interamericana, concedendo-se a ordem no Recurso em Habeas Corpus nº 136.961, para que um cidadão que lá cumpria pena, tivesse o seu tempo computado em dobro.

Um exemplo da demanda por mudanças estruturais na mentalidade judicial, principalmente quando se está diante de valores e direitos inegociáveis, intrínsecos à dignidade humana. As condições vistas em tal instituição são uma regra normalizada em muitos estabelecimentos pelo Brasil, situação que foi enfrentado pela própria Corte Interamericana no “supercaso” Pedrinhas, Urso Branco e Curado, com deferimento de medidas provisórias.

Ausência de salubridade, alta proliferação de doenças (como tuberculose, sarna, mico-

¹ Aqui se indicará a Comissão Interamericana de Direitos Humanos através da sigla CADH;

² Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 01 de fevereiro de 2022.

³ Será mencionado CorteIDH quando se referir à Corte Interamericana.

se, COVID-19 etc.), contextos que ignoram as premissas de ressocialização, prevenção especial positiva, redução de danos e a Lei nº 7.210 (Lei de Execuções Penais). O Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, que integra o Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro/RJ, foi inspecionado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A decisão de vir ao Brasil foi motivada por um procedimento movido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) contra as más condições daquela unidade prisional.

A decisão que concedeu medidas provisórias foi proferida no dia 13 de fevereiro de 2017, em uma reunião da corte que analisou também petições contra a falta de estrutura do Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco; do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão; e de uma unidade de internação destinada a adolescentes em conflito com a lei. Para a corte, a distância geográfica entre os estabelecimentos penitenciários indica que os problemas do sistema carcerário brasileiro seriam “um fenômeno de maior extensão do que os quatro casos trazidos à corte”, assim como “um indício de eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário”. Por isso, além da inspeção realizada por uma delegação da Corte Interamericana no Rio, a decisão impôs outras obrigações à União, como prestar uma série de informações sobre o sistema carcerário no país. Na decisão em que anunciou a inspeção, a Corte determinou ao Estado brasileiro que adotasse, de forma imediata, “todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade”.

O caso Plácido de Sá é um paradigma em matéria de direitos da execução penal, que surtiu a questão da vinculação (ou não) das decisões de órgãos internacionais de direitos humanos no âmbito interno brasileiro. Serão analisadas, portanto, as decisões do Superior Tribunal de Justiça no bojo Recurso em Habeas Corpus nº 136.961, bem como as proferidas pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro⁴ e de Santa Catarina⁵, cada uma com aspectos peculiares a respeito das limitações impostas à determinação Interamericana.

DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS: CONTEXTUALIZAÇÃO E EFICÁCIA

A competência da Corte Interamericana foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 89/98. A partir do qual, portanto, o Estado brasileiro se submete ao sistema de decisões, normas e mandamentos daquele tribunal internacional. Saliente-se que, apesar da adesão tão somente em 1998 à jurisdição da Corte, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992.

O Sistema Interamericano⁶ de Direitos Humanos é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), uma das estruturas da Organização dos Estados Americanos (OEA), e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão responsável por processar e julgar os Estados-parte por ofensas a direitos no âmbito da jurisdição de um dos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominado de Pacto de San José da Costa Rica

No âmbito dessa adesão, a previsão do instrumento de tutela provisória se encontra pre-

4 HC n. 0056922-61.2020.8.19.0000, 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

5 Processo EP 5041879-07.2021.8.24.0038 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 5041879- 07.2021.8.24.0038 Órgão Julgador Primeira Câmara Criminal Julgamento 4 de Novembro de 2021 Relator Carlos Alberto Civinsk.

6 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 48-49.

visto no Artigo 63⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como no Artigo 25⁸ do Regulamento da Corte Interamericana. A partir do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, é admitido medidas provisórias, como forma de reação mais incisiva a violações de direitos humanos, sendo tais provimentos obrigatórios em relação aos Estados-partes aderentes.

Diferentemente das tutelas de urgência do direito interno, as medidas provisórias não se circunscrevem apenas ao resultado útil do processo, mas visam o resguardo dos direitos humanos em jogo. Havendo, portanto, um distanciamento de um caráter meramente cautelar, tal qual ocorre nas medidas urgência de natureza processual civil⁹.

Segundo Buergenthal e Shelton, a aplicabilidade de tais medidas se justifica pelo fato de que: "(...) ações governamentais ilegais ou inações causadoras de danos irreparáveis às pessoas não são ocorrências incomuns." (1995, p.253, tradução nossa)¹⁰. Apesar de se afirmar que as medidas provisórias adotadas pela Corte possuem caráter cautelar, apresentam natureza tutelar, provisional, no sentido de que não se prestam unicamente a preservação de determinada situação jurídica, mas a proteção eficaz dos direitos humanos.

Em caso de não adesão à Convenção Americana, é possível a expedição de medidas cautelares, que são de competência da Comissão Interamericana, como ocorre com os Estados Unidos¹¹, que não aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos e, por consequência, à jurisdição da Corte, porém faz parte da Organização dos Estados Americanos (OEA). Nesse passo, os EUA, por serem parte na OEA, podem sofrer medidas cautelares pela CIDH, as quais, por outro lado, não possuem base convencional, mas tão somente regulamentar (Artigo 25¹² do Regulamento da CIDH).

Quanto à capacidade para solicitar medidas provisórias, o regulamento da Corte enfatiza a possibilidade das partes, da própria da Corte (seja a pedido, seja de ofício), ou, ainda, da Co-

7 Artigo 63 da CADH: 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2 Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

8 Artigo 25. Medidas Provisórias

1. Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte, ex officio ou a pedido de qualquer das partes, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção.

2. Tratando-se de assuntos ainda não submetidos à sua consideração, a Corte poderá atuar por solicitação da Comissão.

3. Nos casos contenciosos que já se encontrem em conhecimento da Corte, as vítimas ou as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados, poderão apresentar diretamente a esta uma petição de medidas provisórias em relação aos referidos casos.

9 MARCHESANI, Juliana Mara. A EFICÁCIA NORMATIVA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EMANADAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Belo Horizonte, 2008.

10 (...) Unlawful governmental action or inaction causing "irreparable damage to persons" is not an uncommon occurrence. (BUERGENTHAL, SHELTON, 1995, p.253)

11 Pode-se citar por exemplo a Resolução 6/2016, emitida em 02 de março de 2016 pela CIDH, referente a medida cautelar nº 5-11 no caso Gery Resil e outros versus Estados Unidos da América determinou: "On February 1, 2016, the applicants requested extension of the precautionary measures, in favor of R.[...]"[11]. A medida outorgada pela Comissão ampliou o número de beneficiários da medida cautelar, a ampliação passou a incluir "R." no rol de beneficiários da medida cautelar. Essa medida tem por objetivo evitar a deportação dos beneficiários, resistentes nos Estados Unidos da América para o Haiti, onde há grande possibilidade de serem recolhidos a prisão, sem que haja o respeito à dignidade da a pessoa e a violação de outros direitos inerentes a pessoa humana.

12 Artigo 25. Medidas cautelares 2 1. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano.

missão, nos casos ainda não levados ao conhecimento da Corte, para a deflagração do pedido.

Cançado Trindade¹³ elaborou trabalho a respeito do regime jurídico autônomo das medidas provisórias, diferenciando-as das sentenças emanadas pela Corte.

As medidas provisórias geram obrigações per se para os Estados em questão, que se distinguem das obrigações que emanam das respectivas Sentenças quanto ao mérito (e eventuais reparações) dos casos respectivos. Isto significa que as medidas provisórias de proteção constituem um instituto jurídico dotado de autonomia própria, tem efetivamente um regime jurídico próprio, o que, por sua vez, revela a alta relevância da dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos.

Tanto é assim que, sob a Convenção Americana (artigo 63), a responsabilidade internacional de um Estado pode se configurar pelo descumprimento de medidas provisórias de proteção ordenadas pela Corte, sem que se encontre o caso respectivo, quanto ao mérito, em conhecimento da Corte (mas sim da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Isto reforça a tese no sentido de que o descumprimento das medidas provisórias de proteção da Corte, dotadas de base convencional, gera a responsabilidade do Estado. Tal quadro releva a alta relevância da dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos, em seu amplo alcance¹⁴.

Tal situação se torna ainda mais patente ao se vislumbrar as condições que circundam o contexto da medida provisória do caso Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil. O que foi noticiado no Relatório¹⁵ da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, lançado no ano de 2021, em que se extrai:

Durante a visita, a CIDH também pôde observar condições preocupantes nos centros de detenção visitados, como a superlotação. Nesse sentido, segundo informações prestadas pelas respectivas autoridades carcerárias, a Penitenciária Agrícola de Monte Cristo - com capacidade de alojamento de 650 pessoas - contava com quase o dobro da ocupação, somando um total de 1.248 pessoas detidas. Igualmente, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, com capacidade para 1.699 homens, abrigava 4.093. Já na Cadeia Pública Jorge Santana, das 750 vagas, tinha uma ocupação de 1.833 pessoas detidas no dia da visita²⁴⁵. A este respeito, a Comissão enfatiza o recente pronunciamento da Corte Interamericana no sentido de que, quando as condições do estabelecimento se deterioram como resultado da superlotação e outras violações daí decorrentes, "o conteúdo aflictivo da penalidade ou privação de liberdade preventiva é aumentado a ponto de que se torna ilegal ou antijurídica.

Desse modo, para além de meras recomendações internacionais, que possam reconhecer formalmente uma situação de violação de direitos humanos em âmbito prisional, o fato é que as medidas provisórias expostas pela Corte Interamericana versam sobre legítimas medidas de urgência de cunho internacional, em analogia ao instituto das tutelas de urgência no âmbito processual, nos moldes das leis adjetivas pátrias.

Encarar tais formas de tutelas de urgência internacionais como legítimas medidas detentoras de jurisdição cogente, com eficácia de precedente, é ir ao encontro das diretrizes da máxima efetividade dos direitos humanos, em consonância com os próprios objetivos expostos pela

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017

¹⁴ Disponível em <http://defensoria.sc.def.br/assistido-da-defensoria-de-joinville-tem-contada-em-dobro-pena-cumprida-em-condicoes-degradantes-no-presidio-regional/#page-content>. Acesso em 01 de fevereiro de 2022.

¹⁵ Inter-American Commission on Human Rights. *Situação dos direitos humanos no Brasil : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. P. 70.

República Federativa do Brasil nos princípios basilares das relações internacionais, consoante a Constituição da República Federativa do Brasil.

DA VINCULAÇÃO DO PRECEDENTE DO CASO PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO: OBSERVÂNCIA DA COISA JULGADA COMO NORTE INTERPRETATIVO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNA

Como sobredito, a melhor interpretação sobre a eficácia das decisões em sede de medidas provisórias é a no sentido de sua eficácia, tal qual se dá nas medidas de urgência de cunha processual, em âmbito da legislação processual interna. Nesse sentir, a decisão da Corte IDH, caso descumprida, gera insegurança jurídica e fulmina o sistema de proteção dos direitos humanos, além de acarretar a responsabilização do Estado no plano internacional.

Pelo artigo 68.1 da CADH, os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes¹⁶”. Nesta toada, todos os países signatários têm o dever de cumprir a decisão da Corte IDH quando figurem como parte processual e forem condenados pelo descumprimento dos deveres e direitos cogentes de enumerados no sistema protetivo das Convenções do Sistema Interamericano.

A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, garantindo eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença, havendo procedimento de execução próprio de tais decisões.

Por outro lado, não apenas as decisões e sentenças fazem coisa julgada internacional e vinculam as partes envolvidas. Os precedentes do Sistema Americano de Direitos Humanos também vinculam os Estados signatários que não são parte do litígio internacional, em uma legítima eficácia dos precedentes internacionais¹⁷. Assim, tais decisões se aplicam diretamente às partes da relação processual (*res judicata*) e, indiretamente, para os Estados signatários da CADH que não integram o processo (*res interpretata*).

E como mecanismo interno, que pode ser utilizado pelos Estados signatários do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tem-se o controle de convencionalidade, a fim de que haja uma harmonização entre práticas, posturas, normas e leis internas, com os standards interamericanos de direitos humanos, notadamente expostos nos casos analisados pela Corte IDH.

No contexto brasileiro, notadamente quanto ao caso Plácido de Sá Carvalho, é possível extrair a progressiva – ainda tímida - adesão das Cortes Pátrias aos precedentes Interamericanos e normativas positivadas nas Convenções aderidas, como foi o caso do Recurso em Habeas Corpus de nº 136.961¹⁸, julgado em 2021, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de paciente apenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, na concretização do entendimento de aplica-

16 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 16 de agosto de 2022.*

17 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf> >. Acesso 16 de agosto de 2022.*

18 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Recurso em Habeas Corpus nº 136961RJ. Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 28 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&numero_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF. Acesso em: 15 de agosto de 2022.*

bilidade da Decisão de 22/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos perante a Lei de Execução Penal.

Em tal caso, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro compreendeu, de início, pela limitação temporal quanto eficácia das medidas conferidas pela Corte, a qual, em sua decisão, não fixou qualquer fator limitante. O entendimento da corte fluminense foi superado no referido RHC.

Nesse bojo, o RHC em tela constitui um marco quanto à aplicabilidade e eficácia de uma medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se extrai do teor da decisão¹⁹ emanada:

A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos. As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para que se efetue o compute em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

Como efeito cascata, naquele mesmo ano de 2021, na Comarca de Joinville, em uma decisão inédita e louvável, o Juízo da 3ª Vara Criminal de Joinville²⁰, Estado de Santa Catarina, após a inédita decisão do Superior Tribunal de Justiça, aplicou os parâmetros fixados no RHC nº 136.961, nos seguintes moldes:

Conforme se extrai da ementa do julgado supra referido (AgRg no Recurso em habeas corpus n.136.961 – RJ), “Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. (...) Assim, face a esse contexto, com base na proporcionalidade e diante da situação degradante, na espécie a pena ora executada do apenado ____ deve seguir os parâmetros do julgado do STJ (AgRg no Recurso em habeas corpus n.136.961 RJ). Com base em todos os fundamentos supra elencados, não se tratando de pena decorrente de condenação por crime contra a vida ou a integridade física, tampouco contra a dignidade sexual, diante do local degradante do recolhimento, ordeno que se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Presídio Regional de Joinville/SC pelo apenado ____, nos autos do PEC n. 5035476-56.2020.8.24.0038. Com efeito, considerando que o apenado se encontra recolhido no Presídio Regional de Joinville há 1 ano, 5 meses e 4 dias, cumpriu assim até hoje o dobro, ou seja, 2 anos, 10 meses e 8 dias. Intimem-se e cumpra-se.

Dessa forma, ainda que em decisão proferida por juízo singular, encontra-se presente o efeito extensivo da coisa julgada internacional a casos análogos, que tratam de penas ilícitas, em prestígio à isonomia material, à humanidade das penas e à importância de se conceber um sistema que efetive os entendimentos das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, nos sistemas subscritos pelo Brasil.

Importante destacar que mencionada decisão foi reformada pelo respectivo Tribunal de Justiça, ainda no ano de 2021²¹, sob o argumento de que não poderia produzir efeitos em casos

¹⁹ *Idem*

²⁰ Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/criterio-corte-idh-juizes-contado-dobro-pena-degradante>>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

²¹ Autos do Agravo de Execução Penal: EP 5041879-07.2021.8.24.0038, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

diversos daqueles existentes no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em negativa à eficácia das decisões internacionais de direitos humanos, em contradição à vinculação da coisa julgada e interpretada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na salvaguarda dos direitos de cidadãos custodiados, a tutela jurisdicional da execução penal se tornou um substancial instrumento de garantia de direitos violados, especialmente os mais básicos das pessoas privadas de liberdade. Ações Cíveis Públicas e habeas corpus, individuais e coletivos, incansavelmente ajuizados pelas defensorias públicas, organizações de direitos humanos e advocacia ampliaram o acesso à justiça e a celeridade, especialmente pela extensão de efeitos das decisões, mormente para outros estados e casos análogos.

Nesse bojo, não apenas as Cortes internas foram chamadas a proceder pela efetivação de direitos e obrigações do Estado face a pessoas custodiadas, mas as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, perante as quais o Brasil se submeteu, passaram a controlar a (in)convencionalidade das omissões e ações Estado Brasileiro. A execução penal e a questão penitenciária, sem dúvidas, constituem matérias recorrentes no seio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por força de medidas cautelares e provisórias o estado de mora do Brasil, quanto à matéria prisional, diversas foram as declarações formais do estado inconveniente de violações dos direitos das pessoas custodiadas pelo Estado em unidades prisionais. Porém, a jurisprudência, até então mais reticente quanto à aplicação dos precedentes internacionais de direitos humanos, não se pronunciava sobre tais parâmetros em casos analisados internamente.

Porém, com a emissão da Resolução de 22/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estipulou parâmetros convencionais para se compensar os apenados em situação degradante, tais como a remição compensatória e a melhorias das condições de salubridade do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, ora limitada temporalmente, quanto a sua eficácia, pelo Tribunal Fluminense (RJ), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em giro hermenêutico pro personae, efetivou tal decisão internacional, de modo que possua ampla eficácia a partir de sua emissão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A partir de tal RHC oriundo da Corte Cidadã, confirmado pela respectiva 5ª Turma daquele Tribunal, entendeu-se pela aplicabilidade imediata das decisões oriundas Corte IDH, com a devida deferência aos seus entendimentos internamente. Porém, o caminho ainda é árduo, haja vista as diversas resistências em se considerar o Caso Plácido de Sá Carvalho como um precedente vinculativo a outros estabelecimentos penais brasileiros.

Para além de uma visão demandista, é importante o estímulo de uma educação em direitos àqueles que integram os quadros dos órgãos do sistema de justiça, de modo a se fomentar uma cultura de direitos humanos efetiva e eficaz, tornando-os juízes e agentes interamericanos. Considerar, portanto, os precedentes da Corte IDH como legítimos precedentes vinculativos, notadamente sobre matérias vetoriais da dignidade humana e sobre uma condição de vida adequada, em consonância com a própria jurisprudência interamericana. Dessa forma, a resolução do caso IPPSC tem eficácia cogente para outros estabelecimentos prisionais, nos quais sejam

Primeira Câmara Criminal. 2021.

constatadas condições degradantes (em aplicação do princípio pro homine).

REFERÊNCIAS

ANADEP – SC. Assistido da Defensoria de Joinville tem contada em dobro pena cumprida em condições degradantes no Presídio Regional. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=49609>. Acesso 06 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante. 7 maio 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07052021Ministromanda-contar-em-dobro-todo-o-periodo-de-pena-cumprido-em-situacao-degradante-.aspx>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Em decisão colegiada inédita, STJ manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante. 18 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ pede apoio do CNJ para que Justiça do Rio cumpra decisão internacional sobre Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 27 ago. 2021. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27082021-STJ-pede-apoio-do-CNJ-para-que-Justica-do-Rio-cumpra-decisao-internacional-sobreInstituto-Penal-Placido-de-Sa.aspx>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Vara Execução Penal Processo 0062478-17.2015.8.19.0001, Juíza Larissa Maria Nunes Barros Franklin Duarte. 5 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 05 de maio de 2022. .

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso em Habeas Corpus nº 136961RJ. Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 28 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. Protecting Human Rights in the Américas: Cases and Materials. 4.ed. Strasbourg: N.P.Engel Publisher, 1995.

Inter-American Commission on Human Rights. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: < <http://www.corteidh>.

or.cr/tablas/r31255.pdf >.

MARCHESANI, Juliana Mara. A EFICÁCIA NORMATIVA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EMANADAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

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

abolicionismo 336, 340
acordo 27, 30, 32, 33, 34, 35
administração pública 215, 218, 219, 348
adoção 9, 14, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285
agronegócio 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46
ambientais internacionais 432
assédio moral 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144
ato administrativo 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 357
atos administrativos 10, 14, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 356, 357, 358
audiência 391, 392, 396, 397
autonomia 17, 21, 22, 23
autoridade policial 12, 445, 446, 447, 452, 453, 454, 455, 456, 457
ayahuasca 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90

B

biodiversidade 9, 14, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308
bloqueio de usuários 106, 107, 116

C

ciência 400, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 412
científico 15, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 410
cinema 335, 336
comércio 27, 28, 29, 30, 31, 33
comunicação 14, 119, 120, 121, 125, 126, 128, 129, 131, 132, 133
comunidades tradicionais 301, 302, 304, 305, 306
conhecimento 14, 15, 223, 224, 225, 228, 229, 232, 233
constitucionalidade 10, 11, 14, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 413, 414, 417, 418, 420, 421, 422, 423
constitucionalismo 63
constituição 120, 129, 131
controle judicial 348, 349, 352, 353, 354, 357, 358
convencionalidade 12, 460, 461, 466, 468
COVID-19 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 310, 311, 313,

314, 315, 320
crime 9, 14, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243,
244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253,
254, 255
crime de milícia 9, 14, 235, 236, 237, 238, 246, 247, 248,
249, 250, 251
criminalização 175, 184, 185
cuidados médicos 17

D

decadência tributária 378, 379, 380, 388
democracia 63, 66, 68, 71, 120, 121, 122, 123, 124, 125,
128, 130, 131, 132, 134
detração 12, 425, 426, 428, 429, 430
dialética 192, 193, 197, 199, 200
direito 4, 11, 14, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 335, 336, 339, 345
direito administrativo 214, 215, 216, 217, 221
direito constitucional 14, 361, 375
direito econômico 310, 312, 320
direito eleitoral 426, 427, 430
direito penal 7, 146, 147, 152, 154, 157, 158, 159, 414,
418, 421, 422, 423
direitos 120, 122, 124, 130, 131, 134
direito sanitário 17
direitos autorais 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 232,
234
direitos fundamentais 11, 49, 52, 53, 57, 60, 161, 166,
168, 413, 414, 423, 173
direitos humanos 10, 12, 431, 432, 433, 440, 441, 461,
462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469
doação 11, 377, 378, 379, 382, 383, 384, 385, 387, 388

E

ecologicamente equilibrado 432, 433, 434, 435, 436, 437,
440, 441, 442, 443
economia 27, 37, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69
empregado 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144
erro médico 9, 14, 286, 287, 288, 291, 293, 294, 296
execução penal 12, 49, 53, 61, 460, 461, 463, 468

F

ficha limpa 12, 425, 426, 428, 429
filhos 272, 274, 275, 279, 280, 283
Frankfurt 192, 193, 194, 200

G

garantias 120, 127, 128, 130, 131
gestantes 49, 54, 55, 56, 59, 60

H

humano 323, 324, 327, 328, 329, 331

I

ilegais 352, 354, 357
ilegalidade 272, 273, 283
ilusão 38, 39, 46
imposto 11, 377, 378, 379, 382, 383, 384, 387, 388
indústria cultural 192, 193, 197, 198, 200
inelegibilidade 426, 427, 429, 430
informação 92, 93, 94, 97, 99, 100, 101, 102, 103
inovação 161
inteligência artificial 92, 97, 98, 99, 100
internacional 12, 14, 460, 461, 463, 465, 466, 467, 468, 469
investigação 161, 162, 163, 164, 167, 169, 170, 171, 172

J

judicialização 400, 402, 403, 404, 406, 408
jurisprudência 9, 461, 466, 468

L

lactantes 49, 55, 60

legalidade 6, 14, 272, 273, 282
legislativa 161
Lei 13.123/2015 301
Lei da Ficha Limpa 426, 428, 429, 430
lei de drogas 11, 413, 414, 417
Lei nº. 12.403/11 446, 447, 448, 450
leitura 15, 74
liberalismo 63, 64, 65, 66, 68, 70
liberdade 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87
liberdade de expressão 14, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 117
liberdade religiosa 74, 75, 79, 81, 82, 83, 87
literatura 335, 336, 337
low-touch 310, 311, 314, 315, 318, 319, 320
Luiz Gama 14, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 344, 345, 346

M

medida protetiva 175, 176, 182, 184, 185
meio ambiente 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443
mulher 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190
música 223, 224, 225, 228, 229, 231

N

natureza jurídica 257, 265
neoliberalismo 62, 63, 65, 66, 69, 70, 71
nova economia institucional 10, 309, 310

O

ordenamento jurídico 12, 352, 354
organização mundial 27

P

pandemia 7, 135, 136, 137, 141, 142, 143, 144, 145,

310, 311, 313, 314, 315, 318, 320, 391, 393, 394,
395, 398
paternidade 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169,
170, 171, 172, 173
perda 9, 14, 286, 287, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 296,
297, 298, 299
personalidade 14, 92, 93, 94, 95, 96, 99, 100, 101, 102,
103, 104
poder disciplinar 215, 219, 220, 221
Poder Judiciário 348, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356,
358
Portugal 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209,
210
práticas 4, 14, 272, 273, 274, 282, 283
preservação 9, 14, 300, 301, 303, 304, 305, 306
prisão domiciliar 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60
privacidade 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103
produtor rural 14, 38, 39, 42, 43, 45, 46
profissional 17, 19, 20, 21, 22, 23
proteção 9, 272, 273, 277, 283
público 432, 435, 436, 437, 438
punibilidade 236, 237, 244, 245, 249, 250

R

redes sociais 14, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115,
116, 117, 118, 119, 120, 126, 127, 128, 129, 132,
133
religião 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 89
responsabilidade civil 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293,
294, 296, 297, 298, 299

S

seletividade 147, 149, 152, 157, 158
sistema 4
sistema interamericano 461
social 9, 14, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264,
265, 266, 267, 268, 269, 270
sociedade 4, 8, 14, 15, 432, 435, 436, 437, 439, 441,
442, 443
STF 107, 109, 110, 114, 115, 116
supralegal 433, 440, 441, 442, 443
Supremo Tribunal Federal 6, 432, 433, 440, 441, 442,
443

T

tarifas 27

tecnocracia 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 409, 410, 411, 412

tecnocracia jurídica 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 410, 412

tecnologia 310, 312, 313, 314, 315, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398

teletrabalho 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 145

tribunais de contas 11, 360, 361

V

vida 10, 14, 434, 435, 436

violência 147, 152, 153, 156, 158, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190

