



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

19.^a EDIÇÃO



UnB

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

19.^a Edição

copyright © 2021 por RED | UnB

Editoração e Revisão
Equipe Editorial

Diagramação e Capa
Lamparina Design

Apoio:



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 19 (2021) – Brasília: RED UnB,</p> <p>Semestral ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Matheus de Souza Depieri
Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

EDITORES

Asafe Ribeiro de Campos
Gabriel Antonio Batalha Lima
Gabriel Figueira Andrade
Gabriel Pedroza Martins Hernandez
Gustavo José de Deus Souza Gomes

EDITORES-ASSISTENTES

Ana Beatriz Rabêlo Martins	Luiz Felipe Gallotti Rodrigues
Clara Lazar Libório	Maria Letícia Sousa Borges
Diego Matos Alves	Maria Luiza Mesquita e Silva
Emanuele Trindade Lima de Carvalho	Mariana Melo Botelho
Emerson Fonseca Fraga	Marina Raisal Correia e Castro Figueroa
Felipe Vieira Pontes	Matheus Lopes Dezan
Fernanda Passos Oppermann Iizuka	Pedro Gualda Garrido Trajana
Gabriel Pedro Mendes Nunes da Silva	Pedro Henrique Ache Buturi
Gabriel Ribeiro Mendes Assuncao	Rafael Luís Müller Santos
Giovanna Carvalho Thé Carpaneda	Raiane dos Santos Matos
Isabela Medeiros Gurgel de Faria	Renan Freitas Rodrigues da Silva
Isabella Maria Farias Carvalho	Sandryelle Cristina Alves da Silva
Izabela Lemes da Silva Alvarenga	Sofia de Medeiros Vergara
Letícia de Amorim Santos	Tayná Frota de Araújo

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Claudia Rosane Roesler
Diego Herrera Moraes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

PARECERISTAS

Abhner Youssif Mota Arabi	Diogo Justino
Airto Chaves Junior	Douglas Verbicaro Soares
Alberto Carvalho Amaral	Duina Mota De Figueiredo Porto
Alberto Frederico Teixeira Soares	Eduardo Xavier Lemos
Carbonar	Elisa Costa Cruz
Alessandra Danielle Carneiro dos Santos	Eneida Desiree Salgado
Hilário	Eneida Orbage de Britto Taquary
Alex Lobato Potiguar	Felipe Braga Albuquerque
Alexandre Pacheco Bastos	Felipe Carvalho
Alexandre Satyro de Medeiros	Felipe da Veiga Dias
Amanda Flávio de Oliveira	Felipe de Melo Fonte
Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos	Fernanda Martins
Amauri Cesar Alves	Flavia Vera
Ana Cláudia Redecker	Flávio Jaime de Moraes Jardim
Ana de Oliveira Frazão	Francisco Meton Marques de Lima
Ana Paula Zavarize Carvalho	Francisco Pereira Costa
André Ferraço	Francisco Sérgio Silva Rocha
André Zanatta	Frederico Gonçalves Cezar
Angelo Gamba Prata de Carvalho	Gabriel Fonseca
Antonio Isidoro Piacentin	Gabriel Wedy
Beatriz Horbach	Gisela Aguiar Wanderley
Breno Baía Magalhães	Graziela Tavares de Souza Reis
Bruno Buonicore	Guilherme Gomes Vieira
Bruno Ricardo Bioni	Gustavo Silveira Siqueira
Bruno Valverde Chahaira	Harrison Ferreira Leite
Camilli Meira	Humberto Bersani
Carlos Eduardo Krüger	Jacyara Farias Souza
Christiane Heloísa Kalb	Janaína Penalva
Christine Oliveira Peter da Silva	João Carlos Banhos Velloso
Clarindo Epaminondas de Sa Neto	João Naylor Villas-Bôas Agra
Cláudia Paiva Carvalho	João Paulo Bachur
Cláudia Rosane Roesler	João Pedro Leite Barros
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães	Jorge Alberto Araújo de Araújo
Cristóvão José dos Santos Júnior	Jorge Coutinho Paschoal
Dani Rudnicki	Jorge Luís Ribeiro dos Santos
Daniel Costa Rebello	José Nunes de Cerqueira Neto
Daniel Fonseca Fernandes	Laura Carneiro de Mello Senra
Daniel Monteiro da Silva	Leandro Cardoso Lages
Daniela Marques de Moraes	Leonardo Almeida Lage
Debora Bonat	Leonio José Alves da Silva
Delmo Mattos	Lívia Gimenes Dias da Fonseca

Loiane Prado Verbicaro
Lucas Catib de Laurentiis
Ludmila Cerqueira Correia
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Marcelo Negri Soares
Marcio Renan Hamel
Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
Marcos Vinicius Lustosa Queiroz
Margareth Vetis Zaganelli
Mariana Bonelli
Mariane Camargo D'Oliveira
Marici Giannico
Marlon Tomazette
Mateus Rocha Tomaz
Maurinice Evaristo Wenceslau
Miriam Coutinho de Faria Alves
Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Orly Kibrit
Othon de Azevedo Lopes
Paula Christianne da Costa Newton
Paulo Alves Santos
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Henrique Blair de Oliveira
Paulo Henrique Martins de Sousa
Paulo Roney Ávila Fagundez
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Rafael Maffini
Raianne Liberal Coutinho
Renata Queiroz Dutra
Renata Rothbarth
Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas
Rodrigo Portela Gomes
Rubens Beçak
Sebastião Patrício Mendes da Costa
Silvana Beline Tavares
Talita Tatiana Dias Rampin
Thiago Allisson Cardoso de Jesus
Thiago Augusto Galeão de Azevedo
Thiago Mendonça de Castro

Thiago Turbay
Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro
Paiva
Vicente Coelho Araujo
Vicente de Paula Ataíde Júnior
Vinicius Assumpção
Vinicius Pinheiro Marques
Vladimir da Rocha França
Welliton Caixeta Maciel
Welton Roberto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 18

Mathews de Souza Depieri e Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

**ENTRADA DA POLÍCIA EM RESIDÊNCIAS SEM
MANDADO JUDICIAL E O JULGAMENTO DO HC N. 59801
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 20**

Rogério Schiatti Cruz

**DIREITO E EMOÇÃO: PROPOSTA DE TAXONOMIA DE
UM CAMPO EMERGENTE..... 54**

Terry A. Maroney

**LAW AND ECONOMICS IN THE HEALTH CARE SYSTEM:
AN ANALYSIS OF ITS COSTS AND EFFICIENCY..... 108**

Ana Luísa Sevegnani

**A POLÍTICA PÚBLICA DO DECRETO 9.450/2018 À LUZ DO
ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 140**

Ana Luíza Nicolini de Castro David

**O TRIBUNAL DO JÚRI EM VIAS DE UMA JUSTIÇA
INTUITIVA? O SUBJETIVISMO DAS DECISÕES FRENTE À
TECNICIDADE JURÍDICA..... 166**

Anna Beatryz Coelho da Graça

**A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM SALVAGUARDA DAS RELAÇÕES
TRABALHISTAS..... 200**

*Beatryz Hilário Toscano Meneses, Maria Leticia Lima Nascimento e Paulla
Christianne da Costa Newton*

MENINO VESTE AZUL E MENINA VESTE ROSA..... 230

Catarina Almeida Santos Costa

O CONGELAMENTO SOCIAL DE ÓVULOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIOECONÔMICAS 262

Clarice Corbella Castelo Branco

**A IDEIA DE LIBERDADE NA OBRA LITERÁRIA
“O CONTO DA AIA” E SEUS DESVIOS ACERCA DA
TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO
CONSTITUCIONAL..... 284**

Diégo de Medeiros Santos e Ubirathan Rogerio Soares

**O TRABALHO COMO FORMA DE REMIÇÃO PENAL E A
PROGRESSÃO DE REGIME: OS EFEITOS DO COVID-19 NA
FASE DE EXECUÇÃO DA PENA 308**

Emerson da Silva Mendes, Monalisa Santos Pereira, Thiago Trindade de Almeida

**A SINDEMIA GLOBAL DA COVID-19: UMA ANÁLISE
SOBRE VULNERABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS
PÚBLICAS NO BRASIL 340**

Gabrielle Santos e Shelda Copani

**A IMPARCIALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO
DE CONSTITUCIONALIDADE: OS INSTITUTOS DE
IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUIZ E OS VIESES
COGNITIVOS..... 372**

Giovanna Almeida e Lucas Orsi Rossi

**CRITÉRIOS E LIMITES PARA O TRATAMENTO DE DADOS
REALIZADO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 406**

Graziely Rodrigues Guimarães

**HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO PARA
TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR DELITOS
AMBIENTAIS CONTRA PESSOA JURÍDICA 424**

Henrique Ribeiro Junqueira Borges e Victor Medeiros de Barros

UM VÍRUS E DOIS INIMIGOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO CONTEXTO PANDÊMICO DA COVID-19 442

Isabella Low Tavares, Maria Juliana Lira e Telma Low Silva Junqueira

A OBRIGATORIEDADE DO CAPITAL SOCIAL: UMA PROTEÇÃO EFETIVA AOS CREDORES? 474

João Gabriel Costa dos Santos e Valter Pedroso Vitelli

A IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DO UNIVERSO FEMININO NA PRISÃO JUSTIFICADA PELA PERSPECTIVA ANDROCÊNTRICA 492

José Carlos Mélo Miranda de Oliveira e Sabrina Moreira

REPRESENTATIVIDADE FEMININA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS CANDIDATURAS DE MULHERES NO CENÁRIO LEGISLATIVO MUNICIPAL DO SERTÃO CENTRAL CEARENSE NOS PLEITOS DE 2016 E 2020..... 514

Kyev Moura Maia, Tamara Letícia Freitas Silva e Vitória Najara Rodrigues de Oliveira

UMA DISCUSSÃO ACERCA DA “ÚNICA RESPOSTA CORRETA” A PARTIR DAS TEORIAS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO DE DWORKIN, ALEXY E FINNIS 550

Lucas Oliveira Vianna e Matheus Thiago Carvalho Mendonça

O INSTITUTO JURÍDICO DAS CANDIDATURAS AVULSAS EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA 582

Luís Carlos Moura Guimarães

A LITIGANCIA CLIMÁTICA BRASILEIRA: CAMINHOS E FATORES NACIONAIS EM UM FENÔMENO GLOBAL 610

Luíza Silva Lisboa

A EPISTEMOLOGIA WARATIANA E O “DIREITO ACHADO NA RUA”: APROXIMAÇÕES CRÍTICAS PARA UMA REFORMULAÇÃO DO ENSINO EM DIREITOS HUMANOS..... 632

Marta Regina Gama Gonçalves e Raique Lucas de Jesus Correia

SENEXÃO: A COLOCAÇÃO DE IDOSOS EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO ALTERNATIVA PARA O AMPARO DE IDOSOS ÓRFÃOS 664

Monique Ferraz e Isabella Nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond

TRABALHO INTERMITENTE: CONTRATO SEM GARANTIAS E SEM OBRIGAÇÕES 688

Paulo Cezar Krusche e Ronaldo Busnello

A PROTEÇÃO DA LEI TRABALHISTA À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL 718

Priscila Cardia Petra

FEDERALISMO E PANDEMIA: OS NOVOS HORIZONTES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 746

João Lucas Ferreira Torres Vieira, Rodrigo Duarte Garcia, Victor Reis do Valle Souza

ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA PRIMEIRA FASE DE SENTENÇAS DE ROUBO E FURTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS 780

Rogério Bontempo Cândido Gontijo

A PERSPECTIVA PARTICIPATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA INTERATIVA E DIALOGAL 810

Vitória da Costa Caruso

Dedicamos esta edição à memória dos Professores Jorge Amaury Maia Nunes e Miroslav Milovic, que nos deixaram neste ano de 2021. Ambos fizeram Escola, não só no Processo Civil e na Filosofia, mas em tudo o que um estudante de Direito necessita para se tornar um profissional de escol. Às famílias, aos amigos e às gerações de alunos que deixam, prestamos nossas mais sinceras condolências.

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 19.^a edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB), referente ao primeiro semestre de 2021.

Este trabalho é fruto do esforço da nossa excepcional equipe, formada, atualmente, por trinta e quatro estudantes de graduação da Universidade de Brasília, quatro professores conselheiros e 130 professores pareceristas, que mantêm vivo o propósito último da RED|UnB: estimular a pesquisa científica e permitir que a comunidade jurídica tenha acesso às discussões mais relevantes para o aperfeiçoamento acadêmico-profissional de cada um.

Demos continuidade, na primeira metade de 2021, ao nosso Blog, que permite a publicação de artigos de opinião relacionados ao Direito, bem como ao REDCast, nosso *podcast*, que, neste primeiro semestre, trouxe episódios com o tema da proteção de dados, com diretores das Autoridades de Proteção de Dados da Bélgica, da Alemanha e do México. Com esses espaços de discussão, cumprimos com nossa missão de ampliar o acesso dos estudantes e profissionais do Direito a conteúdo jurídico de excelência, de modo que tenham subsídio e inspiração para conduzir suas pesquisas.

Quanto aos preparativos para a publicação desta nova edição, tivemos a alegria de superar mais dois recordes: recebemos 114 artigos para avaliação e esses textos foram avaliados por 130 pareceristas espalhados por todas as 27 unidades da federação.

Temos a alegria, assim, de oferecer à comunidade acadêmica os vinte e seis artigos aprovados pelo método do *double-blind peer review*. Entre graduandos, bacharéis, mestrandos, mestres, doutores e pós-doutores, nossos autores e co-autores vêm de Institutos nacionais e estrangeiros, nomeadamente UnB, FAINOR, FESMPDFT, FVJ, PUC/SP, UEMG, UEPB, UERJ, UESB, UFAL, UFCG, UFPE, UFRJ, UFRN, UFSB, UFSC, UFSM, UNDB, Uniamérica, UNIFACS, Unijuí, UNIVALI, Universidade de Coimbra, Universidad Nacional de La Plata e Universitat de València. Temos representados, assim, 14 unidades da federação – DF, AL, BA, CE, MA, MG, PB, PE, PR, RJ, RN, RS, SC e SP – e três países, além do Brasil – Argentina, Espanha e Portugal. Importante destacar,

também, que as mulheres correspondem a 55% dos acadêmicos que publicam nesta edição.

O leitor encontrará textos que contemplam diferentes esferas do Direito, entre elas temas relacionados às áreas ambiental, civil, comercial, constitucional, administrativo, penal, eleitoral, processual civil e penal, trabalhista, bem como à análise econômica do direito, à filosofia do direito e à proteção de dados pessoais, todos com o aval de professores que se destacam nas suas respectivas áreas de atuação.

Além dos textos submetidos à avaliação do *double-blind peer review*, esta edição apresenta aos leitores dois artigos convidados.

Um deles, oferecido pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), trata da entrada da polícia em residências sem mandado judicial, com a análise do *habeas corpus* n. 59.801, julgado pelo STJ.

O outro, uma tradução oficial e inédita que a RED | UnB tem a alegria de oferecer, traz à comunidade lusófona o texto “Direito e Emoção: Proposta de Taxonomia de um campo emergente”, da Professora Terry A. Maroney (Vanderbilt University). Este artigo deu as diretrizes para a consolidação de uma nova área no Direito, o *Law and Emotion* (Direito e Emoção). Com sua tradução para o português, esperamos despertar o interesse dos acadêmicos para a produção de conhecimento nessa área também no Brasil, Portugal e demais países lusófonos.

Deixamos registrados, por fim, nossos agradecimentos aos professores conselheiros da Revista, pelos ensinamentos, aos membros do Conselho Consultivo, pela avaliação dos artigos submetidos, e aos nossos Editores e Editores-Assistentes, sem os quais não seria possível desenvolver o minucioso trabalho exigido para a publicação de um periódico científico.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,

Matheus de Souza Depieri

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

ENTRADA DA POLÍCIA EM RESIDÊNCIAS SEM MANDADO JUDICIAL E O JULGAMENTO DO HC N. 59801 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rogério Schietti Cruz¹

A análise a ser desenvolvida neste artigo apresenta as questões subjacentes ao tema do direito à inviolabilidade do domicílio, enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do HC n. 598.051, assim detalhadas:

1. Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de **standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?**

2. **O crime de tráfico** ilícito de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, **autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio** onde supostamente se encontra a droga?

3. **O consentimento** do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais **condicionantes de validade?**

4. A **prova dos requisitos de validade do livre consentimento** do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?

5. Qual a **consequência, para a ação penal, da obtenção de provas** contra o investigado ou réu, com **violação a regras e condições legais e constitucionais** para o ingresso no seu domicílio?

1 Doutor e Mestre em Direito Processual (USP)
Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UniNove
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I. STANDARDS DE PROVA PARA INGRESSO EM DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES (JUSTA CAUSA, CAUSA PROVÁVEL).

O Brasil caminha, posto que ainda lentamente, rumo à adoção da teoria dos standards de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: RT, 2019, p. 236).

Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de standard de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do standard probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime.

Despiciendo sublinhar, por oportuno, que toda medida que restringe direitos fundamentais deve ser fundamentada e racionalmente controlável, independentemente do momento processual, de modo a oferecer **parâmetros objetivos de justificação**.

II. PRECEDENTES E DOUTRINA SOBRE A NECESSIDADE DAS FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO DOMICÍLIO

A jurisprudência e a doutrina pátria entendiam, até recentemente, que, por ser o tráfico de drogas de um crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo, estaria autorizado o ingresso em domicílio alheio a qualquer momento e sem necessidade de autorização judicial ou consentimento do morador, o que decorria de interpretação

literal do permissivo constitucional, que alude a “flagrante delito” entre as hipóteses de ressalva à inviolabilidade domiciliar.

Porém, o **Supremo Tribunal Federal** aperfeiçoou esse entendimento, a partir do julgamento do **RE n. 603.616/RO** (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 5/11/2015, DJe-093), **com repercussão geral previamente reconhecida**. Na oportunidade, o Plenário assentou a seguinte tese, referente ao **Tema 280**: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em **fundadas razões, devidamente justificadas** *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (destaquei).

Salientou, ainda, que a **interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir**, mas que já antevia importante avanço na proposta de definição da exigência da justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca domiciliar, de sorte a trazer **mais segurança tanto para os indivíduos** sujeitos a tal medida invasiva **quanto para os policiais**, que deixam de assumir **o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade**, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

Em verdade, a atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante, como pontua Ademar Borges Filho, conclusão que extrai de pesquisa realizada pelo Ipea em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013. E, em relação ao tema objeto deste *writ*, no caso dos delitos que envolvem tráfico de entorpecentes, **91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial** (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 47), o que, seguramente, implica o afastamento de direitos fundamentais de pessoas que, por sua condição social e hipossuficiência econômica, habitam moradias nas periferias dos grandes centros urbanos.

Tome-se, como exemplo, o que conclui relatório produzido pela **ONG Redes da Maré**, no qual se destaca que “segundo o padrão dos anos anteriores, a invasão de domicílio foi a violação de direito prepon-

derante em 2018, atingindo 37% das pessoas acolhidas” (Disponível em <https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/Boletim-SegPublica2018.final.pdf>. Acesso em: 5/12/2020).

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, **o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência.** Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Certamente, a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado e da criminalidade violenta exigem postura mais efetiva do Estado. No entanto, **a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes estatais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais destes últimos, de que o local supostamente é ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.**

Não se desconhece que a **busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria.** No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em **justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados.**

A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas

abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio a fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, conquanto **seja legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.**

Não se há de admitir, portanto, que **a mera constatação** de situação de flagrância, **posterior ao ingresso**, justifique a medida. Ora, se o próprio juiz (um terceiro, neutro e desinteressado) só pode determinar a busca e apreensão durante o dia e, mesmo assim, mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, **não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de avaliação subjetiva e intuitiva**, entrar de maneira forçada na residência de alguém para verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente.

Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. **O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores da residência – e nada encontram?**

Quem poderá avaliar o constrangimento, o temor, o trauma mesmo que uma ação dessa natureza causará a pessoas – **crianças e idosos, inclusive** – que sofrem tamanha invasão em suas intimidades e tranquilidade, as quais imaginavam e esperavam estar preservadas dentro de seus respectivos lares?

Sobre esse risco de ocorrerem **abusos no ingresso de domicílios** de suspeitos, Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa advertem:

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas **essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5º da Constituição não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio – dependente da sorte do jogador – é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor.** Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental. *(Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. Boletim do IBCCRIM, e 7/6/2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5797/>. Acesso em: 27/2/2021. Destaquei)*

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco do morador**, ingressar na residência deste, sob pena de, no campo processual, serem consideradas ilícitas as provas obtidas. Vale dizer, a “consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que a prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada irremediavelmente contaminada e ilícita, ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão” (SAR-

LET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461).

O contexto fático, portanto, deve servir de suporte para justificar a ocorrência de uma das situações de flagrante que autorize a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, quantum satis e de modo objetivo, as **fundadas razões** que justifiquem o ingresso no domicílio e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não derivem de mera desconfiança policial, apoiada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, **não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.**

Pense-se, como explicações para tal comportamento, na situação em que esteja o suspeito com medo de ser vítima de uma arbitrariedade, ou com receio de ser preso por estar sem documentos ou por ostentar um registro criminal em sua folha de antecedentes, ou, ainda, por estar descumprindo alguma medida judicial restritiva (prisão domiciliar, v. g.) etc. **Tais hipóteses**, ou outras a se imaginar, permitiriam a abordagem e até eventualmente a detenção momentânea da pessoa, mas **não justificariam o ingresso em seu domicílio.**

Assim, a menos que se possa inferir a urgência da drástica medida contra a inviolabilidade do domicílio, que afastaria a necessidade da obtenção do mandado judicial, não haverá razão séria para a mitigação dessa garantia constitucional, **mesmo que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência** – circunstância que se mostrará meramente **acidental** –, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

O entendimento de nossa Suprema Corte – e do Superior Tribunal de Justiça – se alinha, portanto, ao que vem decidindo, com detalhamento muito maior, sua homóloga Corte norte-americana, que tem deixado clara sua preferência pelo uso do mandado de buscas (*warrant preference*), de modo a submeter os pedidos de oficiais da Polícia ao escrutínio de um magistrado (*scrutiny of a magistrate*), de forma imparcial e desinteressada (cf. WEAVER, Russel L. *et al. Principles of criminal procedure*, 2. ed., St. Paul: Thomsom West, 2004, p. 64).

Veja-se o que a Suprema Corte decidiu em *Illinois v. Gates*, 462, U.S. 213, 238 (1983), no sentido de que, para justificar a emissão de um mandado de busca domiciliar, “o Governo deve estabelecer uma *fair probability* de que os **específicos itens procurados são a prova de uma atividade criminal e que aqueles itens estão presentemente localizados no específico lugar descrito no formulário de mandado de busca**” (WEAVER, Russel L. et al. op. cit., p. 68).

Maior ainda há de ser o rigor na avaliação do ingresso domiciliar **sem mandado judicial**. Ao comentar a legislação espanhola, Iñaki Esparza Leibar anota:

Ningún funcionario de policía podrá efectuar un registro sin la debida orden que lo autorice, excepto se acredita fehacientemente no sólo que existe una **probable causa** que fundamente eventualmente una orden de registro, sin que **también deberá mostrar la existencia de circunstancias urgentes que impiden la obtención de una orden de registro sin grave riesgo de pérdida, daño o destrucción de la evidencia que se pretende lograr, en el tiempo que transcurrirá hasta la efectiva obtención de la orden** (LEIBAR, *apud* PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 124).

III. A URGÊNCIA DA INTERVENÇÃO POLICIAL, A AUTORIZAR A DISPENSA DO MANDADO JUDICIAL

Partindo-se, portanto, da compreensão de que é necessária, para o ingresso domiciliar não autorizado e não consentido, a existência de elementos mínimos (justa causa, fundadas razões, causa provável) que indiquem a prática de crime sendo cometido no interior da residência, é **impositivo delimitar, então, se toda e qualquer situação de crime de tráfico de drogas pode legitimar o sacrifício do direito à inviolabilidade do lar**, por ação de agente de segurança pública.

Para tal delimitação, releva rememorar que o crime de tráfico de drogas, por seu **tipo plurinuclear**, enseja **diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas**, nem mesmo identificadas quanto à respectiva dinâmica delitiva. A título meramente exemplificativo, mencione-se o caso em que determinado indivíduo, **surpreendido** comprovadamente **comercializando certa quantidade de drogas**, empreende **fuga** para o interior de sua residência e, imediatamente, é **perseguido** por policiais, que buscam sua prisão em flagrante delito. Ou a situação em que agentes estatais, realizando campana defronte a uma casa, **registram o movimento de ingresso e saída de pessoas**, após curto período de permanência, sugerindo o comércio de drogas, em confirmação a notícia anterior recebida. Nessas situações, **há evidências muito consistentes de que um crime está sendo cometido no interior da morada**, que poderia, em tese, justificar a invasão de domicílio.

Seria, portanto, válido, em algumas situações, dispensar o mandado judicial, ante a perspectiva de que, no intervalo de tempo para a obtenção da ordem, ocorra a **destruição do próprio corpo de delito**. Nada obstante, como tal quadro não é tão corriqueiro, melhor seria termos o trabalho policial bem feito, primando pela segurança de suas ações e não transigindo com a preservação das liberdades públicas.

Logo, **a autorização judicial é o caminho a tomar, de sorte a evitar situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do(s) agente(s) da segurança pública autor(es) da ilegalidade**, além, é claro, da nulidade – amiúde irreversível – de todo o processo, até mesmo transitado em julgado, com evidente prejuízo não apenas ao Poder Judiciário, mas, especialmente, à sociedade.

Gisela Wanderley, em notável dissertação de mestrado na Universidade de Brasília, com muita acuidade pontuou que:

[A] situação de flagrante delito, em especial nos casos de crimes permanentes, não necessariamente configura uma hipótese de urgência, a qual justificaria o excepcional ingresso na residência a qualquer tempo e sem controle prévio de legalidade. Com efeito, especial-

mente em virtude da proliferação de tipos penais de perigo abstrato na legislação, diversas situações de flagrante delito não implicam perigo nem mesmo potencial a bem jurídico. Assim, é crucial notar que há crimes cuja situação de flagrância implica situação de urgência e crimes cuja situação de flagrância não implica situação de urgência. Nessa esteira, pode ser particularmente **elucidativo o contraste entre os crimes de sequestro (CP, art. 148) e de posse de entorpecentes em depósito** (Lei 11.343/2006, art. 33), ambos crimes permanentes passíveis de cometimento em ambiente domiciliar. No primeiro caso (sequestro), o dano ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (liberdade individual) se prolonga ao longo da execução do crime e justifica a entrada imediata no domicílio a fim de cessar a prática delitiva. **No segundo caso (posse de entorpecentes em depósito), não se verifica uma situação de dano, nem de perigo concreto, nem de perigo potencial, configurada pela mera presença de substâncias entorpecentes no interior da residência. Não há situação de urgência,** portanto, que dispense o controle prévio da legalidade da medida. Não por outra razão, **a própria Lei 11.343/2006 (cf. art. 53, II) 9) autoriza o “flagrante diferido” na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, exatamente porque se trata de crime cuja prática não desencadeia situação de dano ou de perigo concreto.** Assim, como a prática delitiva não demanda a sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar dano, permite-se que, **mesmo diante de situação de flagrância, a investigação seja diferida no tempo a fim de angariar elementos de informação mais robustos e abrangentes.** É curioso notar, no ponto, que o flagrante diferido somente pode ser realizado com a devida autorização judicial prévia, acrescida da oitiva de membro do Ministério Público. Trata-se de importante previsão legal, que **submete o acompanhamento policial diuturno das rotinas dos suspeitos a escrutínio judicial, evitando-se a banalização da devassa da vida privada,** ao arrepio do disposto no inc. X do art. 5.º da CF/1988. **Torna-se evidente, assim, que a situação de flagrância não apenas não constitui hipótese de obrigatoriedade da intervenção policial, como também não**

constitui hipótese impeditiva do controle judicial de validade da intervenção policial orientado à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos. Nesse contexto, é forçoso concluir que a situação de flagrância, diante dos atuais termos da legislação penal e processual penal vigente, não equivale a uma situação de urgência. Ao contrário, **a própria legislação infraconstitucional indica a não coincidência entre flagrância e urgência ao permitir a postergação da prisão em flagrante em casos determinados**, em que a melhor instrumentalização da investigação justifica o retardo na interrupção da prática delitiva. Assim, constata-se que a mera situação de flagrante delito, nos termos em que definida pela legislação infraconstitucional (CPP, art. 302 c/c 303), não é suficiente para justificar a excepcional dispensa de autorização judicial prévia para a prática de busca domiciliar, a qual se restringe apenas aos casos de urgência, nos quais se inviabiliza o controle prévio de validade do ato. No ponto, reitera-se que, em especial nos casos de crimes de perigo abstrato, que ora se disseminam na legislação pátria, a prática delitiva não implica perigo concreto ou dano ao bem jurídico que justifique a intervenção policial imediata. **Assim, não há empecilho a que o policial requeira autorização judicial para a entrada forçada em domicílio. Nessa trilha, torna-se evidente que a presunção de urgência nos casos de flagrante delito não pode ser interpretada como absoluta, sob pena de se viabilizar o esvaziamento do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar por meio da legislação penal infraconstitucional.** (*Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24089/3/2017_GiselaAguiarWanderley.pdf. Acesso em: 4/10/2020, destaqui).

Vale a menção ao direito norte-americano, em especial a exceção das *exigent circumstances*, que permite as buscas independentemente de mandado judicial, que é a regra, evidentemente, quando se trata de obter prova de crime dentro de um local habitado. Assim, a Suprema Corte au-

toriza a busca e apreensão domiciliar quando a Polícia, sem mandado, depara com certas circunstâncias, como, por exemplo, **quando se ouvem gritos por ajuda de dentro de um imóvel**. A Corte entende que essas circunstâncias autorizadoras do ingresso no domicílio incluem a necessidade de “assist persons who are seriously injured or threatened with such injury” (**ajudar pessoas gravemente feridas ou ameaçadas de sofrer tal lesão**), ou a necessidade de intervir “**para prevenir a destruição de provas**”, ou no **curso de perseguição a um criminoso perigoso em fuga** (“*dangerous fleeing felon*”) e **não seja possível, cercando a casa, aguardar o mandado para nela ingressar**. (WEAVER, Russel L. et al. *Principles of criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: Thomson West, 2007).

É preciso, assim, avaliar, com mais rigor, o ingresso em domicílio alheio com as usuais justificativas de ser urgente a situação porque havia indícios fortes de que existia droga na residência onde se deu a operação e de que eventual atraso poderia comprometer não apenas a prisão do suspeito como também a apreensão do corpo de delito do crime previsto na Lei Antidrogas.

IV. AVALIAÇÃO DO SUPOSTO CONSENTIMENTO DO MORADOR PARA O INGRESSO POLICIAL NA RESIDÊNCIA

Neste ponto reside a questão que, a meu aviso, mais demanda **posição firme dos tribunais pátrios** na análise dos autos de prisão em flagrante decorrentes de ingresso em domicílios pelas polícias.

E é também este o ponto central do precedente ora analisado (HC n 598.051), i.e., o que estabelece nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais.

Isso porque, não há, no âmbito normativo, previsão de **requisitos ou condições a serem observados para minimizar o risco de abusos em buscas domiciliares** – salvo a formal advertência constante do art. 248 do CPP, de que “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência” – **derivadas de suposto flagrante por crime de tráfico de**

entorpecentes, na hipótese em que, pelo auto flagrancial, informa-se ter havido autorização do morador ou do próprio suspeito para o ingresso no domicílio.

Ainda me valho da pesquisa de Gisela Aguiar – apoiada em trabalhos paralelos de igual temática – que evidencia o componente racial e social **das abordagens policiais em grandes centros urbanos**. Confira-se o seguinte excerto:

Batitucci et al. (2014, p. 14) notam então que a suspeição policial se ampara em dois tipos de indicadores interligados entre si: “características do indivíduo (roupas, atitudes, reação à aproximação da polícia), bem como características relacionadas aos lugares ou territórios (alta criminalidade, grande disponibilidade de alvos, horário, etc.)”. Nenhum dos dois indicadores possui correlação com as condutas criminalizadas ou proibidas na ordem jurídica. Nesse contexto, não há impedimento a critérios preconceituosos para a abordagem, embasada não no “uso da informação investigativa livre de preconceitos”, mas no “consenso de que determinadas características humanas se apresentam incompatíveis com alguns ambientes específicos” (COSTA, 2013, p. 42). [...]

Nesse cenário, **em um país marcado por alta desigualdade social e racial, a construção da suspeita com base em critérios subjetivos e no senso comum tende a se amparar na estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, cristalizados como tipos ideais de suspeitos. A suspeição repousa assim sobre uma conjunção de fatores subjetivos considerados de risco, tais “como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento”** (TERRA, 2010, p. 78). **Por isso, as abordagens tendem a voltar-se contra grupos já objetos de exclusão, a qual é então reproduzida pela repressão policial.**

Contudo, ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muitos dos elementos que compõem a chamada fundada suspeita remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e

que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura “da periferia”. Conforme atestam os depoimentos, a vestimenta e a postura corporal são consideradas indícios empíricos a fundamentar a suspeita policial (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 9). (WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos*. RBCCRIM, v. 135, set. 2017, p. 189-229, destaquei).

A avaliação da douta pesquisadora encontra eco no cotidiano nacional, **que compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos de todos, independentemente de posição social, condições financeiras, profissão, local da moradia, cor ou raça.**

Nesse mesmo sentido, a professora Yanilda González, da Universidade de Harvard, em recentíssimo trabalho sobre práticas policiais autoritárias em democracias latino-americanas, demonstrou que **os abusos praticados por forças de segurança costumam ser naturalizados pelo sistema político:**

*São Paulo’s police forces, particularly the state’s Military Police (PM), exemplify the stubborn persistence of distinctly authoritarian modes of coercion, perhaps to a much greater extent than the other police forces analyzed in this book. The São Paulo case is also the most illustrative of how the endurance of these coercive practices – politicized coercion and widespread deadly violence largely unconstrained by the law and external accountability – is sustained through democratic processes rather than in spite of them². (GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian Police in Democracy: contested security in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 77)*

2 Em tradução livre: As forças de segurança de São Paulo, em particular a Polícia Militar, exemplificam a teimosa persistência de modos de coerção distintamente autoritários, talvez em grau muito maior do que as outras forças policiais analisadas neste livro. O caso de São Paulo também é o mais ilustrativo de como a resistência dessas práticas coercitivas – repressão e violência mortal generalizada não controlada nem pela Lei nem por controle social - é sustentada por meio de processos democráticos, e não apesar deles.

Yanilda González, ainda, em *Authoritarian Police in Democracy*, trabalha com o conceito de “**cidadania estratificada**”, em que as estratégias de policiamento são determinadas por marcadores de desigualdade, como raça, classe e geografia, promovendo assim acessos diferenciados a direitos perante instituições estatais”, *in verbis*:

Conversations with black and low-income civil society activists from all corners of São Paulo's peripheries similarly revealed what I call “stratified citizenship,” wherein policing strategies are determined by markers of inequality such as race, class, and geography, thereby promoting divergent access to rights and relationships to state institutions [...]. A human rights lawyer who works with victims of police violence in the eastern zone of São Paulo, for instance, said: “When police come to a favela, it’s a no man’s land. No resident is going to come up to a police officer and say, “You can’t enter, you don’t have a warrant”. There are constant police abuses in the region. When a person is stopped, they are seen by police as criminals, just for being poor. [They experience] humiliation, torture, aggressions. They are treated like criminals just for living in the periferia. The police stop will be violent - he will be treated like a criminal”³. Another human rights activist in the far eastern zone of São Paulo similarly described “the audacity of the officer when he raids a home... the violence of the police officer when he arrives. And you know that the officer is also black, that he is also poor, that he was also raised in the community. But this is the effect of the state itself [on him].”⁴

(GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian Police in Democracy: contested security in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 112)

3 Em tradução livre: Quando a polícia vem para a favela, é uma terra de ninguém. Nenhum morador vai chegar até um policial e dizer: “Você não pode entrar, não tem mandado”. Há constantes abusos policiais na região. Quando uma pessoa é parada, ela é vista pela polícia como criminosa, apenas por ser pobre. [Eles experimentam] humilhação, tortura, agressões. Eles são tratados como criminosos apenas por viverem na periferia. A parada da polícia será violenta - ele será tratado como um criminoso.

4 Em tradução livre: Outro ativista de direitos humanos da Zona Leste de São Paulo descreveu da mesma forma “a ousadia do policial quando invade uma casa... a violência do policial quando chega. E você sabe que o policial também é negro, que ele também é pobre, que também foi criado na comunidade. Mas esta é a ética do Estado [sobre ele]”.

V. O TRATAMENTO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR NO DIREITO COMPARADO

Em outros países trilhou-se caminho judicial assertivo na definição das hipóteses de autorização para ingresso no domicílio alheio, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

Sem dúvida alguma, os **Estados Unidos** nos fornecem mais subsídios para a análise desse tema. De maneira geral, a compreensão da doutrina e da jurisprudência norte-americanas sobre o **consentimento do morador** é a de que, **para ser válido, “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção** (*“consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion”*). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citing Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965).

Em **Scheneckloth v. Bustamonte**, 412 U.S. 218 (1973), a SCOTUS estabeleceu algumas **orientações sobre o significado do termo “consentimento”**. Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, **“mas o Estado carrega o ônus de provar ‘que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado”**. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Corte indicou que o **teste da “totality of circumstances” deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores relativos ao próprio suspeito** (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e **fatores que sugerem coação (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção)**, entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. Criminal procedure. *Constitucional limitations*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141).

Como sintetizado por Rachel Karen Laser (Unreasonable Suspicion: Relying on Refusals to Support Terry Stops. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 3 (Summer, 1995), p. 1.161-1.185), “traços subjetivos, incluindo a idade do suspeito, nível de educação, inteligência, a duração da detenção e a natureza do interrogatório são considerados em uma avaliação de voluntariedade da ‘totalidade das circunstâncias’”. (*“Subjective traits, including the suspect’s age, education level, intelligence, the length of detention, and the nature of the questioning are all considered in a ‘totality of the circumstances’ assessment of voluntariness.”*)

Em geral, portanto, **“quando um promotor se apoia no consentimento para justificar a legalidade de uma busca, ele tem o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, dado livre e voluntariamente”** (*“when a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given”* (LASER, Rachel Karen, op. cit.).

São as seguintes, portanto, as diretrizes construídas pela Suprema Corte para aferir a validade do ingresso domiciliar por agentes policiais:

1. **Número de policiais:** a presença de vários agentes do lado de fora da residência é um fator intimidante e, portanto, anula a voluntariedade do consentimento (People v. Michael (1955) 45 Cal.2d 751, 754; U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494; U.S. v. Conner (8th Cir. 1997) 127 F.3d 663, 666; State v. Ferrier (Wash. 1998) 960 P.2d 927, 928);

2. **Suspeito cercado de policiais:** é considerado coercitivo que policiais cerquem ou fiquem ao redor do suspeito enquanto buscam consentimento (U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494, fn. 8);

3. **Atitude dos policiais:** a maneira de se apresentar e de buscar o consentimento pode comprometer a validade da busca se o morador é confrontado de tal modo que a Polícia não aceitará um não como resposta à solicitação (EUA v. Tobin (11ª Cir. 1991) 923 F.2d 1506, 1512; Orhorhaghe v. I.N.S. (9ª Cir. 1994) 38 F.3d 488, 495-6; People v. Boyer (1989) 48 Cal.3d 247, 268);

4. **Exigência da busca:** o consentimento é involuntário se tiver sido dado depois que os policiais disseram ou sugeriram que tinham um

mandado ou algum outro direito legal de realizar uma busca imediata, ou se disseram que, se não permitissem o ingresso, eles obteriam um mandado (Bumper v. Carolina do Norte (1968) 391 U.S. 543, 550); Lo-Ji Sales, Inc. v. Nova York (1979) 442 U.S. 319, 329; People v. Challoner (1982) 136 Cal.App.3d 779, 781; People v. Baker (1986) 187 Cal.App.3d 562, 564; Pessoas v. Byrd (1974) 38 Cal.App.3d 941, 944; People v. Rugar (1966) 244 Cal.App.2d 292, 298; People v. McClure (1974) 39 Cal.App.3d 64, 69; People v. Ruster (1976) 16 Cal.3d 690, 701; People v. Jenkins (1980) 28 Cal.3d 494, 503, fn.9]; People v. Gurtenstein (1977) 69 Cal. App.3d 441; People v. Ward (1972) 27 Cal.App.3d 218; People v. Goldberg (1984) 161 Cal.App.3d 170, 188);

5. **Ameaças ao suspeito:** o consentimento para entrar ou procurar não será considerado voluntário se resultar da ameaça de um policial de, por exemplo, ser preso se não cooperar (U.S. v. Washington (9ª Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1069; Wilson v. Tribunal Superior (1983). Da mesma forma, o consentimento poderá também ser considerado involuntário se o policial disser ao morador que poderia interpretar uma recusa em consentir com a busca como uma confissão (Crofoot v. Tribunal Superior (1981) 121 Cal.App.3d 717);

6. **Hora da diligência:** a presença de policiais fardados e armados na porta da residência é algo em si assustador, especialmente se os ocupantes estiverem dormindo. Como observou o Tribunal de Apelações dos EUA, a lei reconhece a “vulnerabilidade especial” das pessoas “despertadas à noite por uma invasão da polícia em sua morada”, o que exige ainda maior cautela no exame de sua validade (US v. Jerez (7ª Cir. 1997) 108 F.3d 684, 690; US v. Ravich (2ª Cir. 1970) 421 F.2d 1196, 1201).

Em países europeus também se encontra essa preocupação, embora sem a riqueza jurisprudencial da Corte estadunidense.

Cite-se o exemplo da **Espanha**, em que julgados do seu **Tribunal Supremo** (SSTS. 1803/2002, 261/2006 e 951/2007) interpretaram o **art. 18.2 da Constituição da Espanha** de tal modo a construir um rol de exigências para que se tenha como validamente autorizado o ingresso em domicílio alheio. A proteção constitucional da morada concretiza, assim, o **resguardo da inviolabilidade do lar como âmbito de privacidade**,

pela qual o **sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão a seu espaço por outras pessoas ou autoridades públicas.**

Esse consentimento, “*verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado*”, decorre do próprio enunciado constitucional, como também do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do art. 8 da Convenção de Roma e do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Segundo a Corte espanhola, são os seguintes os requisitos a serem considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio:

a) **Consentimento por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;**

b) A outorga do **consentimento deve ser consciente e livre**, a qual exige que: b1) não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) seja precedida da assistência de um defensor, do que constará da diligência policial, na hipótese em que a pessoa estiver presa ou detida (STS 2-12-1998). **Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, consideradas a “intimidação ambiental” e/ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa”** (STS. 831/2000);

c) O consentimento pode ser prestado por **meio oral ou por escrito, porém sempre vertido documentalmente;**

d) **O consentimento deve ser expresso**, não servindo o silêncio como consentimento tácito (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98). Sobre este item, refere o Tribunal Supremo que, embora autorizado o consentimento presumido pelo art. 551 do CPP espanhol, esse dispositivo “*ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido mas favo-*

nable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada” (STS 4761/2013);

e) A autorização deve ser dada **pelo titular do domicílio**. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de várias pessoas terem seu domicílio no mesmo lugar, não é necessário o consentimento de todos, bastando a anuência de um dos cotitulares, desde que não haja interesses contrapostos (STS. 779/2006);

f) **O consentimento deve ser outorgado para um caso concreto**, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca (STS, sentença de 6 de junho de 2001);

g) São dispensadas as formalidades exigidas no art. 569 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Tribunal Supremo da Espanha - STS 1803/2002, 4/11/2002).

Semelhante entendimento foi ratificado em novas decisões do Tribunal Supremo espanhol (Sentencia nº 953/2010 (Sección 1, Rec. 447/2010), de 27 de octubre de 2010; Sentencia nº 296/2011 (Sección 1, Rec.11021/2010), de 18 de abril de 2011; Sentencia nº 312/2011 (Sección 1, Rec.10626/2010), de 29 de abril de 2011).

Cleunice Pitombo, acerca do tema, enfatiza que a **anuência do morador para o ingresso alheio em seu domicílio “há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita**. A menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração, ou de ostensiva não-oposição à entrada. **Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume”** (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 118). E, em nota de rodapé (97), complementa: **“Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o povo miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo”**.

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, **sem o consentimento válido e inequívoco do morador**, ingressar em sua residência,

sob pena de, no campo processual, serem consideradas ilícitas as provas obtidas. Vale dizer, a “consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que a prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada irremediavelmente contaminada e ilícita, **ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão**” (SARLET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461, destaquei).

São, portanto, muitas as variáveis a considerar, e o objetivo dessa enumeração de situações não é apenas o de ilustrar o voto com indicação de precedentes de tribunais estrangeiros, mas o de evidenciar como nós estamos acomodados e deficitários no enfrentamento de um tema que, em nossa realidade, é ainda mais carente de melhor regulamentação ou delimitação quanto ao modo de agir das polícias na execução de buscas domiciliares não autorizadas.

VI. COMPROVAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR

A par da exigência de um livre consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio, questão de fundamental importância diz com o **registro desse consentimento, para assegurar tanto ao suspeito quanto aos policiais a higidez do procedimento.**

Na **França**, seu Código de Processo Penal **exige o consentimento expresso** da pessoa em cuja casa a visita domiciliar tenha lugar e ele deve ser feito por **declaração escrita à mão pelo interessado** ou, se este não souber escrever, o Código de Processo Penal exige que tal circunstância e o assentimento prestado constem do processo:

CPP, Art. 76. Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.

Assim também ocorre em Portugal, onde o consentimento deve ser expresso e documentado, por qualquer forma:

Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo. (...). Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efectuada, por exemplo, através de gravação sonora.” (PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005, apud Delloso, A.F.A. e BOTTINI, P. P. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliárias. In Boletim do IBCCRIM, outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6105/>. Acesso em: 27/2/2021).

Nos **EUA**, também é usual a assinatura de um **formulário** pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio, para atestar a voluntariedade de seu consentimento. Obviamente, eventual recusa em assinar o formulário ou a declaração de assentimento não impede que a busca se realize, **desde que a acusação comprove, por outra forma, que o consentimento foi voluntário** (North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082).

Tenha-se presente, por sua vez, que **de nada valerá** uma declaração de consentimento **assinada se as circunstâncias indicarem que ela foi obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento** (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601 [“*Formulas of respect for constitutional safeguards cannot prevail over the facts of life which contradict them.*”]; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579

[“[A]n assertion that no promises are being made may be contradicted by subsequent conversation.”].

Dito tudo isso, é de se indagar se essa preocupação com a **salvaguarda de direitos à intimidade e à inviolabilidade do domicílio**, tão marcante em outros povos, não poderia nos induzir a construir algo similar.

Já não é hora de revermos nossa compreensão e frearmos as violações abusivas de lares da população mais carente, exposta permanentemente ao risco de ter sua privacidade exposta por ações de servidores do Estado que, mesmo quando movidos por boa intenção e subjetivamente direcionados ao esclarecimento e à cessação de atividade criminosa, não seguem parâmetros mínimos de proteção à intimidade das pessoas que ocupam a residência, incluído, por óbvio, o suspeito?

O Poder Judiciário, ante a **lacuna da lei ou a omissão do Poder Legislativo**, não pode deixar sem resposta situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E ao Superior Tribunal de Justiça cabe, precipuamente, a função de, ao prestar jurisdição, buscar a **melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também a formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares**.

Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, **projetando a aplicação do Direito para o futuro**, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente asseire Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, com base na interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Aliás, sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta **temas sensíveis** e se vê premido a tomar uma posição que im-

plique a anulação de um processo, a juíza da Corte Suprema dos Estados Unidos Sonia Sotomayor, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas (**Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016**), anotou, com muita propriedade, que:

When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage “those who formulate law enforcement policies, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system.” Stone v. Powell, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as well, they reward “manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution.” Weeks, 232 U. S., at 394. (Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam “aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores”. Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam “negligência manifesta, se não um desafio aberto, às proibições da Constituição” – trad. livre).

VII. PROVIDÊNCIAS PARA A MAIOR TUTELA DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Se nesses países, ditos centrais, há tamanha preocupação em proteger o cidadão contra arbítrios de agentes estatais, o que se dirá em um país como o Brasil, onde são rotineiras as notícias de violações a direitos de moradores, especialmente das periferias dos grandes centros urbanos?

Focando apenas no que interessa ao tema ora em exame, chega a ser, para dizer o mínimo, **ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência**, ciente, pelo senso comum, do que implica tal situação para a intimidade de um lar.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento virtual da **ADPF 635 (cognominada ADPF das Favelas)**, em que se concederam algumas das medidas cautelares postuladas, ao propósito de

minimizar os efeitos do que se chamou de **necropolítica** praticada no estado do Rio de Janeiro, mercê das **rotineiras operações policiais nos morros cariocas, com graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente pela excessiva e crescente letalidade da atuação policial**, voltada sobretudo contra a população pobre e negra de comunidades periféricas.

Na petição inicial da **ADPF**, subscrita pelos advogados e Professores Doutores Daniel Sarmiento, João Gabriel Pontes, Ademar Borges, Camilla Gomes e Pedro Henrique Rezende, pontua-se que,

Além da vida da população e dos policiais, outros direitos fundamentais de máxima importância são atingidos pela referida política de segurança pública. **A parcela mais pobre da população fluminense, que vive em favelas, encontra-se submetida a clima permanente de terror.** Incursões policiais nessas regiões são rotineiramente acompanhadas de tiroteios que ameaçam a integridade física e psicológica dos moradores de comunidade, bem como do seu patrimônio. **Os abusos cometidos pelas forças de segurança em tais ocasiões são conhecidos e frequentes**, e incluem desde xingamentos, destruição de bens, **invasões de domicílio** e subtrações de pertences, até agressões, abuso sexual, uso inadvertido e desproporcional de armas de fogo, detenções arbitrárias, além das execuções extrajudiciais (Petição inicial da ADPF 635, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>. Acesso em: 28/2/2021, destaquei).

A iniciativa da sociedade civil, por meio dessa ADPF, e a decisão do STF **constituem marco de singular importância na preservação dos direitos fundamentais de parte da população que, com sua invisibilidade econômica e social, vê-se em permanente estado de tensão e, em algumas localidades, até de terror** mesmo, ante a perspectiva de que, a qualquer momento, um morador desavisado seja ferido mortalmente por uma bala perdida, um adolescente seja executado por criminosos ou por agentes estatais, ou que uma guarnição policial invada alguma residência, à procura de drogas, armas ou suspeitos.

Faço lembrar que, ao julgar o **HC n. 138.565/SP** (relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, em 18/4/2017, DJe-170), o Supremo Tribunal Federal analisou a narrativa de que o paciente teria sido perseguido e detido por policiais apenas pelo fato de acharem que ele estava filmando uma operação de combate ao tráfico de drogas, o que ensejou sua condução até sua residência, onde apreenderam 8 g de crack e 0,3 g de cocaína.

O colegiado confirmou a liminar e determinou o trancamento do processo, ocasião em que o relator, oralmente, ao comentar o costume de policiais que dizem ter sido “convidados” a entrar na casa do suspeito, asseriu, *in verbis*: **“Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja”** (conforme noticiado no sítio eletrônico do STF, em Notícias do STF de terça-feira, 18 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341024>. Acesso em: 31 ago. 2020).

VII.1. Autorização assinada pelo morador

Nessa direção de tutela do direito à inviolabilidade da morada também foi a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do **RE n. 603.616/TO**, ao propor **raciocínio paralelo ao que levou o STF à edição da Súmula Vinculante n. 11**, quanto à necessidade de documentar, por escrito, as razões que justificaram o uso de algemas em pessoa presa. É dizer, **se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa** – ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção –, **exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria de demandar-se**, em juízo de proporcionalidade e de isonomia de tratamento, **igual providência para a invasão de um domicílio**, quando, *a priori*, tem-se apenas a suspeita da ocorrência de um crime.

Desse modo, se qualquer pessoa – inclusive um magistrado da mais alta Corte do país – não crê ser natural que alguém permita, voluntariamente, que agentes da segurança pública, armados, ingressem em seu domicílio para procurar objetos relacionados a um crime de que é suspeito, é de se **exigir, por conseguinte, que o Estado não dê azo a**

qualquer dúvida quanto à legalidade da diligência e quanto ao livre assentimento do morador que permite a busca domiciliar.

Assim como nas legislações estadunidense, francesa, portuguesa e espanhola, é impositivo que se exija, dos nossos agentes estatais, o **registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio**, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de **testemunhas** tanto do livre assentimento quanto da busca, em **auto circunstanciado**.

Tal providência, aliás, já é determinada pelo **art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal**, ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”. Embora se refira, topicamente, ao cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, por óbvio que também deveria aplicar-se o dispositivo a qualquer forma de busca e apreensão efetuada pelo Estado em domicílios de suspeitos, **com ou sem mandado judicial**.

VII.2. Diligência integralmente registrada em vídeo e áudio

Além disso, será de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, máxime nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Com efeito, a **validação do processo de recolhimento de provas com ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio e à intimidade das pessoas pode comprometer, quando se trata de prática usual pelas agências de persecução penal, a própria essência do Estado Democrático de Direito**, mormente se expressa um **comportamento discriminatório contra moradores das periferias** dos grandes centros urbanos, alvos frequentes de tal prática.

Note-se que já há corporações militares estaduais compreendendo a necessidade de **equiparem seus agentes com câmeras de áudio**

dio-vídeo acopladas ao seu uniforme ou capacete, não só para a **salvaguarda de direitos dos cidadãos**, mas também para a **própria proteção do policial**, cuja atuação, se registrada por filmagem, o imuniza contra injustas acusações à sua conduta funcional.

Pioneira, nessa direção, foi a Polícia Militar de Santa Catarina, que, conforme notícia publicada no portal do Governo do Estado em 22 de julho de 2019, lançou o programa **Câmeras Policiais Individuais**, com a aquisição, em parceria com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 2.425 câmeras, que ficarão implantadas no uniforme do policial militar, de modo a registrar as ações e as interações da PM com o cidadão durante as ocorrências, ajudando a colher provas em flagrante e evitando falsas acusações.

Como referido na notícia, “o uso da câmera aumenta a transparência e a fiscalização das ações policiais; ajuda a conter a reação das pessoas abordadas, pela percepção de que estão sendo filmadas, e, conseqüentemente, reduz a necessidade de uso da força por parte dos policiais.” Além disso, “a transparência e a ética nas ações são fundamentais, tanto para os agentes públicos quanto para os cidadãos. A câmera individual deve regular essa relação com mais eficiência, resguardando vítimas e evidenciando possíveis casos de má conduta, isso de ambos os lados”, ressaltou o governador do estado. (Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/cameras-individuais-passam-a-integrar-servico-da-policia-militar-de-santa-catarina>. Acesso em: 1º set. 2020).

Igual medida adotou o Governo do **Estado de São Paulo**, movido por episódios de truculência da Polícia Militar em abordagem de suspeitos. Já foram instaladas 585 câmeras em uniformes da PM da capital e prevê-se a aquisição de outras 2.500 delas. Conforme nota da Secretaria da Segurança Pública, “As gravações preservam a atuação dos policiais e os direitos individuais dos cidadãos, além de fortalecer a produção de provas judiciais” (Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/01/pms-da-capital-comecam-a-usar-585-cameras-em-uniformes-apos-casos-de-violencia-policial-durante-a-pandemia-em-sp.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020).

Essas iniciativas devem ser elogiadas e, mais do que isso, seguidas por todos os governos estaduais, de modo a tornar parte do uniforme de todo policial um equipamento de registro de suas operações, o que, seguramente, resultará na **diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficiência probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e, especialmente no que diz respeito a autuações em flagrante delito e ingresso no domicílio do suspeito, **permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e se, quando houver sido apontado o consentimento do morador, foi ele livremente prestado.****

Até que se ultime tal providência em todas as unidades federativas, não haverá óbice algum a que a guarnição policial, com um aparelho celular dotado de câmera fotográfica, registre a diligência, para sua segurança e para a segurança dos moradores da residência em que se realizou a operação, e muito menos se poderá opor qualquer obstáculo a que os próprios moradores registrem a diligência.

VIII. A FRAGILIDADE DA ISOLADA PROVA ORAL PARA A COMPROVAÇÃO DA DILIGÊNCIA POLICIAL

Tal providência, já implementada em algumas unidades federativas – ainda que em pequena parcela dos agentes – também é um sinal de que, em plena Era da Informação, na qual os registros históricos passam a contar com o auxílio da tecnologia e em que a maior parte dos habitantes do Planeta está interligada e conectada à internet, **o processo penal também necessita acompanhar essa evolução e progressivamente ir reconhecendo a importância de outros meios probatórios, muito mais fidedignos em relação aos fatos e mais confiáveis do que a mera reprodução de testemunhas**, que, como enfatizado linhas atrás, possuem alta dose de subjetividade e de interferências tanto cognitivas quanto mnemônicas.

Daí por que – mormente em atuação que envolve o afastamento de um direito tão caro quanto a inviolabilidade do domicílio – é indispensável, para a própria credibilidade e idoneidade da prova colhida na cena

do crime, e para a maior segurança do Ministério Público (para acusar) e do Judiciário (para julgar) **que a atuação estatal seja devidamente registrada e testemunhada por pessoas que não apenas os próprios responsáveis pela diligência da qual resulta a prisão em flagrante do suspeito.**

A esse respeito, trago à baila o Relatório Final da **Pesquisa Sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas, realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, a partir do exame de um total de **2.591 sentenças** prolatadas pelos juízos da Capital e Região Metropolitana do Rio de Janeiro, no período entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, relacionadas ao cometimento de crimes de tráfico de entorpecentes em geral. A pesquisa permitiu concluir, no tocante à prova oral produzida, que, **em 62,33% dos casos o agente de segurança foi o único a prestar testemunho nos autos.**

E, tendo em vista a expressiva quantidade de sentenças em que a única testemunha ouvida foi o agente de segurança, apurou-se que, **em 53,79% dos casos, o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão. E com base em um universo de 1.979 casos em que a condenação foi baseada principalmente no depoimento dos agentes de segurança, foi possível observar que em 71,14% as únicas testemunhas ouvidas na instrução penal foram os próprios agentes de segurança.** (Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em 8/10/2020).

A pesquisa não detalha em quantos desses casos de condenação por crime de tráfico, nos quais a palavra dos agentes policiais foi determinante, derivaram de ingresso no domicílio do acusado, mas, seguramente – pelas regras de experiência decorrentes do exame de milhares de processos dessa natureza aqui no STJ – **a grande maioria das condenações tomou como referência principal, senão exclusiva, o depoimento dos policiais militares que, ao ingressarem na residência do suspeito, ali encontraram drogas.**

E conquanto não se possa, *a priori*, desmerecer a credibilidade e autenticidade de depoimentos prestados por quaisquer pessoas, especialmente quando são servidores públicos, há de se ter certa cautela em

hipóteses nas quais **a única prova da legalidade da ação estatal é o depoimento exatamente dos agentes públicos cujo procedimento deve ser sindicado pelo exame das circunstâncias autorizadoras do ingresso domiciliar.**

Bem a propósito, pontuam Gabriel Abboud e Caio Prata:

De modo geral, o argumento utilizado para legitimar a utilização do testemunho de policiais militares que diligenciaram o injusto objeto de julgamento, como fundamento de uma decisão condenatória, circundam duas assertivas: (a) a não delimitação, por parte do CPP, de quem pode ou não ser testemunha; e (b) o fato de gozarem, as declarações das autoridades, de presunção de veracidade. [...]

Há uma relação de interesse evidente entre o policial e a causa para a qual serve de testemunha. Ao mesmo tempo, há a influência sofrida pelo *modus operandi* das polícias (e o papel que estas cumprem no sistema punitivo), que atuam reproduzindo as distorções do tecido político que lhe dão causa, abdicando da legalidade que formata a criminalização secundária, o que leva à necessidade de um discurso que distorça os fatos para que se adequem à racionalidade que os tornariam legítimos. Não por outro motivo **a realidade nos informa sobre a atuação arbitrária destes órgãos repressivos, com altos índices de abusos de poder e violação dos direitos individuais.**

Entre a farda e a toga: as contradições da utilização dos testemunhos policiais como elemento justificador da criminalização da pobreza (Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/entre-a-farda-e-a-toga-as-contradicoes-da-utilizacao-dos-testemunhos-policiais-como-elemento-justificador-da-criminalizacao-da-pobreza>. Acesso em: 8/10/2020).

IX. CONCLUSÕES

As considerações e os argumentos ora expostos facilitam responder aos questionamentos feitos de início, de modo a concluir que:

1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de *standard probatório* para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial **se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada**.

3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. **A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado**, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo**.

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na **ilicitude das provas obtidas** em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual **responsabilização penal** do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Com base nessas conclusões, e **considerando que não houve comprovação de consentimento válido para o ingresso no domicílio do paciente**, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n.

598.051, concedeu a ordem de habeas corpus, de sorte a reconhecer a **ilicitude das provas** por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, **absolver** o paciente. Fixou, ainda, o **prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias**, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a evitar situações de ilicitude, que, entre outros efeitos, poderá implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal, à luz da legislação vigente (art. 22 da Lei 13.869/2019), sem prejuízo do eventual reconhecimento, no exame de casos a serem julgados, da ilegalidade de diligências pretéritas.

A evolução do entendimento jurisprudencial em nosso país consubstancia valores perenes de nossa matriz civilizacional. Como bem disse William Pitt, Conde de Chatham, em um discurso perante o Parlamento em 1763⁵:

O homem mais pobre pode em sua cabana
desafiar todas as forças da Coroa.
Pode ser frágil, seu telhado pode tremer,
o vento pode soprar por ele,
a tempestade pode entrar,
a chuva pode entrar,
mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!

*The poorest man may in his
cottage bid defiance to all the forces
of the Crown. It may be frail, its roof may
shake, the wind may blow through it,
the storm may enter, the rain may enter,
but the King of England cannot enter!*

5 Lord Brougham, Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III. First Series (1845) vol. 1.

DIREITO E EMOÇÃO: PROPOSTA DE TAXONOMIA DE UM CAMPO EMERGENTE¹

LAW AND EMOTION: A PROPOSED TAXONOMY OF AN EMERGING FIELD

Terry A. Maroney²

Resumo: Estudiosos de diversas áreas começaram a estudar a interseção da emoção com o Direito. A noção de que a razão e a emoção são claramente separáveis – e a de que a lei privilegia e admite apenas a primeira – está profundamente enraizada. A corrente do Direito e Emoção, por sua vez, parte do pressuposto de que a relevância da emoção para o Direito é significativa e merecedora (e passível) de um exame minucioso. Ela está organizada em torno de seis abordagens, cada uma das quais será definida e discutida neste artigo: a centrada na emoção, do fenômeno emocional, a da Teoria da Emoção, a da Doutrina Jurídica, a da Teoria do Direito e a do ator jurídico. Com base no valor analítico da taxonomia proposta, qualquer corrente de estudo do Direito e Emoção deve esforçar-se para identificar qual(is) emoção(ões) tomará(ão) como objeto principal; distinguir os fenômenos emocionais implicados; explorar teorias relevantes e concorrentes das emoções; limitar-se a um tipo particular de doutrina jurídica; expor as teorias do Direito subjacentes; e deixar claro quais atores jurídicos estão envolvidos. As direções para pesquisas futuras são discutidas e a colaboração interdisciplinar é encorajada.

Palavras-chave: Direito. Emoção. Afeto. Júris. Jurídico.

1 Artigo traduzido, com aprovação da autora, por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco, editores-chefe da RED|UnB. O texto original foi publicado no ano de 2006 em “Law and Human Behavior, Vol. 30, pp. 119-142, 2006, NYU Law School (DOI:10.1007/s10979-006-9029-9)”

2 Professora de Direito; Professora de Medicina, Saúde e Sociedade; *Chancellor Faculty Fellow* (2017–19) da *Vanderbilt University*. *Andrew W. Mellon Fellow*, do *Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences* (CASBS), da Universidade de Stanford, 2016–17.

Abstract: Scholars from diverse fields have begun to study the intersection of emotion and law. The notion that reason and emotion are cleanly separable—and that law rightly privileges and admits only of the former—is deeply engrained. Law and emotion scholarship proceeds instead from the belief that the legal relevance of emotion is both significant and deserving of (and amenable to) close scrutiny. It is organized around six approaches, each of which is defined and discussed: emotion-centered, emotional phenomenon, emotion theory, legal doctrine, theory of law, and legal actor. Drawing on the analytic value of the proposed taxonomy, any exploration of law and emotion should strive to identify which emotion(s) it takes as its focus; distinguish implicated emotion driven phenomena; explore relevant and competing theories of the emotions; limit itself to a particular type of legal doctrine; expose underlying theories of law; and make clear which legal actors are implicated. Directions for future research are discussed and cross-disciplinary collaboration encouraged.

Keywords: Law. Emotion. Affect. Juries. Legal

INTRODUÇÃO

Vários estudiosos, nos últimos anos, voltaram a atenção para as intrigantes questões que se encontram na intersecção da emoção com o direito (Bandes, 1999b; Hides, 1992; Posner, 2001). Esses pesquisadores vêm de diferentes áreas, como psicologia, direito, filosofia e neurociência; incluem teóricos, empiristas e profissionais; e abordam questões que vão desde a fronteira elusiva entre a emoção e a cognição – e o significado dessa fronteira para os propósitos do raciocínio jurídico – até a natureza e a importância dos laços emocionais entre advogados e seus clientes. “Direito e Emoção”, como foi sugerido, pode agora ser adicionado a um grupo de abordagens interdisciplinares que incluem, por exemplo, a Análise Econômica do Direito e a Jurisprudência Feminista.³

Este artigo pretende dar suporte aos pesquisadores empíricos e teóricos desse movimento emergente e relativamente pouco estudado, explorando a relevância da emoção humana para a análise jurídica. Intensamente conceitualizado, o movimento toma como tema uma ampla gama de elementos jurídicos, incluindo doutrina material e processual, modelos comportamentais que baseiam normas legais, e o impacto da emoção na tomada de decisões relevantes ao direito. Situar o estudo da emoção e a tomada de decisões legais – aquele subconjunto ao qual a maioria das pesquisas empíricas tem sido direcionada – dentro da rubrica mais ampla da emoção e da análise do direito permite que esse campo de estudo seja melhor contextualizado. Além disso, ter noção de todas as possíveis interações entre o direito e a emoção pode dar novos rumos a pesquisas teóricas e empíricas.

3 Ver a introdução de Bandes (1996b, p. 1-15); ver também Abrams (2002a), Feigenson (2001), Little (2001) (resenhas do livro de Bandes, 1999b); Feldman (2000a), Sanger (2001). Permanece uma questão em aberto saber se a área do “direito e emoção” pode ser corretamente considerada como um “campo” ou “movimento” independente, ou se as explorações teóricas e empíricas da interação do Direito com a emoção são apenas um ponto de intersecção entre várias áreas do conhecimento interdisciplinares já estabelecidas. Essa questão vai além do escopo deste artigo. Para os presentes fins, presume-se que é correto e útil chamar a doutrina descrita de um “campo” ou “movimento”, e certos argumentos são oferecidos em apoio a essa suposição.

O artigo descreve brevemente a gênese e o desenvolvimento do interesse acadêmico no Direito e Emoção;⁴ propõe que este campo de estudo seja conceituado de forma útil ao longo de seis focos inter-relacionados, mas teoricamente distintos; e sugere direções para pesquisas futuras e colaborações interdisciplinares. A taxonomia que se oferece é principalmente descritiva, procurando isolar e dar visibilidade à infraestrutura oculta do campo do Direito e Emoção. A taxonomia proposta, ademais, por representar um exercício de articulação dos objetivos e fundamentos teóricos do movimento, também fornece uma abordagem avaliativa que pode ajudar a identificar lacunas na literatura existente e encorajar uma análise mais completa, fundamentada e cuidadosamente contextualizada.

O SURGIMENTO DO “DIREITO E EMOÇÃO” COMO UM CAMPO INDEPENDENTE

O direito sempre levou em conta a emoção. Um exemplo em que isso é facilmente perceptível: às vezes abrimos mão de utilizar certas evidências relevantes (como fotos com conteúdo sensível), porque tememos que as emoções que elas provocarão nos membros de um júri, por exemplo, possam superar a capacidade desses jurados de raciocinar da maneira que a atividade que eles desempenham exige; no sistema jurídico norte-americano, levamos em consideração a raiva e o ciúme que o agente de um crime sentia ao cometer um assassinato para determinar se a situação justifica tratar a ação como homicídio culposo (*manslaughter*) ao invés de homicídio doloso (*murder*). O direito penal reflete teorias de medo, dor e remorso; o direito de família procura (idealmente) facilitar o amor e o apego; a indenização por danos morais mede o sofrimento emocional; as partes em um processo buscam satisfação emocional, invocando dispositivos jurídicos para tanto; os

4 Como o objetivo deste artigo é explicar os fundamentos de um movimento acadêmico transdisciplinar, a discussão de como tais questões são tratadas dentro da jurisprudência é deliberadamente limitada. A jurisprudência é ocasionalmente citada quando for particularmente relevante, mas uma exploração detalhada deste importante tópico é um projeto para outra ocasião.

juízes podem ter fortes sentimentos com relação à situação das partes dos processos que julgam. O ponto é tão óbvio que faz com que sua explicação pareça quase banal.⁵

No entanto, como alguns estudiosos observaram, essa relação sempre foi instável. Uma presunção central subjacente ao direito moderno é que a razão e a emoção são elementos completamente distintos: pertencem a esferas separadas da existência humana; a esfera do direito admite apenas a razão; e é preciso vigilância constante para evitar que a emoção se infiltre onde não pertence.⁶ Esse modelo teórico tem persistido, apesar da sua incapacidade para representar a forma como os seres humanos vivem ou como o direito é estruturado e administrado (Abrams, 2002a). Os aspectos emocionais de direito material e processual tenderam, portanto, a se desenvolver *sub rosa*, consistindo em grande parte em suposições não declaradas sobre a natureza humana.⁷ Chamam a atenção os momentos em que a emoção aparece de forma explícita – por exemplo, em depoimentos de vítimas (*victim impact statements*) ou em audiências que apuram danos emocionais –, como se fossem os únicos espaços para a emoção em um universo jurídico “racional”. Apenas recentemente os estudiosos começaram a falar deliberadamente sobre o papel da emoção *per se* e a levar em consideração conscientemente as inúmeras maneiras pelas quais a lei reflete ou promove concepções de como os seres humanos *são*, ou *deveriam ser*, enquanto criaturas emocionais.

Esse desenvolvimento é, talvez, pouco surpreendente. Nas últimas décadas, não apenas o direito se tornou muito mais receptivo a *insights* de outras disciplinas, como essas disciplinas começaram a se envolver em maior medida com questões de definição e compreensão das emoções humanas. Isso é particularmente evidente nos campos do direito e da psicologia; essas áreas do conhecimento cresceram exponencialmente nas últimas décadas,⁸ e a própria psicologia viu, nos últimos dez anos, um

5 Ver a introdução de Bandes (1996b, p. 1); ver também Polletta (2001) (resenha do livro de Bandes, 1999b).

6 Este ponto foi levantado por todos os estudiosos que se aprofundaram nesta área, mesmo que brevemente. Nesse sentido, ver Feigenson (1997); também ver Laster e O'Malley (1996).

7 Ver a introdução de Barnes (1996b, p. 2).

8 Ver Blumenthal (2002) e James R. P. Ogloff, “*Two steps forward and one step backward*:

crescimento significativo dos estudos sobre as emoções (Lazarus, 1991; Ortony, Clore, & Collins, 1988; Plutchik & Kellerman, 1980; Scherer & Ekman, 1984; van Goozen, Van de Poll, & Sergeant, 1994). Muitos trabalhos entusiasmantes sobre o tema começaram a se destacar na neurociência, na neurociência cognitiva e na neuropsicologia.⁹ Filósofos, sociólogos, economistas, antropólogos e estudiosos da Jurisprudência Feminista também trouxeram, para os seus respectivos campos de pesquisa, um foco maior na emoção (Abrams, 2005; Harré, 1986; Huang, 2000; Nussbaum, 1990, 2001). Esses vários desenvolvimentos tornaram possível, ou até mesmo inevitável, a condução de pesquisas mais gerais sobre a interação entre a emoção e o direito.

No início, tais esforços consistiam, em grande medida, na crítica à tentativa de se estabelecer uma divisão exata entre “emoção” e “razão” e na defesa de um papel mais explícito para a primeira. William J. Brennan Jr., em um discurso de 1987, denunciou “a razão formal separada dos *insights* da paixão”, e afirmou que a paixão – definida como “a gama de respostas emocionais e intuitivas a um dado conjunto de fatos ou argumentos, respostas que muitas vezes aceleram nossa consciência muito antes dos complexos silogismos da razão” – poderia melhorar o raciocínio jurídico (Brennan, 1988). Uma série de artigos respondendo a Brennan explorou esses mesmos temas, que também foram retomados por dois influentes estudiosos que defendiam que a empatia, em particular, era um componente vital na tomada de decisões jurídicas.¹⁰ Essas contribuições foram importantes, mas exigiam um desenvolvimento mais profundo que a simples invocação de doutrina já estabelecida.¹¹ Assim, o

The law and psychology movement(s) of the 20th century”, em Ogloff (2002).

9 Ver Damasio (1994, 1999), Lane e Nadel (2000), e LeDoux (1996). Para uma visão geral da pesquisa científica contemporânea sobre a emoção, incluindo pesquisa neurocientífica, ver Davidson, Scherer e Goldsmith (2003). Para uma compilação de novas pesquisas sobre “Direito e o cérebro”, ver Symposium (2004c).

10 Ver *Cardozo Law Review*, Vol. 10, (1988, p. 1 et seq.) (artigos respondendo ao Brennan, incluindo Henderson (1988)); ver também Henderson (1987) e Pillsbury (1989).

11 “Os estudiosos [...] devem explorar a relação complexa entre as reações emocionais e as balizas legais em muitas áreas do direito. [...] O esforço, se bem-sucedido, alterará sutilmente a cultura do Direito de modo que a Emoção não seja mais vista como um mal, mas como uma ampla categoria de reações cuja natureza e origens devemos distinguir. [...] Isso descreve um projeto bastante grandioso e de longo prazo” (Pillsbury,

início dos anos 1990 marcou-se por dar ao Direito e Emoção uma atenção limitada a esse nível de generalidade.¹²

Ao longo da referida década, no entanto, passou-se a perceber a formação de contornos de um conhecimento próprio sobre a relação do direito com as emoções. Em meados dos anos 1990, foram publicados artigos explorando teorias da emoção potencialmente subjacentes ao direito penal (Kahan & Nussbaum, 1996); o conteúdo emocional e a função dos depoimentos das vítimas (*victim impact statements*), questão que atraiu ampla atenção quando levada repetidamente à Suprema Corte (Bandes, 1996; Booth v. Maryland, 1987; Payne v. Tennessee, 1991; South Carolina v. Gathers, 1989); e a emoção na linguagem do julgamento (Nussbaum, 1996). Estas foram seguidas brevemente por explorações sobre as punições para envergonhar (*shaming punishments*) (Massaro, 1997), a natureza do nojo (Miller, 1997) e o papel da simpatia nas decisões jurídicas (Feigenson, 1997). E à medida que o volume de estudos sobre a relação da emoção com direito aumentava, os *insights* resultantes deles se tornavam mais sutis e complexos. Os primeiros esforços empreendidos pelos pesquisadores conseguiram mudar alguns pressupostos, criando um amplo consenso de que é tanto indesejável quanto impossível excluir a emoção da análise jurídica. Os estudiosos começaram, então, a complicar o modelo. Reconheceram que conceder um papel explícito para a emoção no direito é um empreendimento intrinsecamente normativo (Bandes, 1996), e começaram a defender a importância de se atentar para a complexidade da teoria da emoção dentro de outras disciplinas.

Essa etapa do movimento atingiu seu ápice com a publicação do livro *The Passions of Law* (Bandes, 1999b), que reuniu estudiosos de diferentes áreas da Academia – mas, em uma omissão conspícua, nenhum da psicologia ou das ciências da vida – com uma série de ensaios sobre a relação entre o direito e um grupo seletivo de emoções, que vão do nojo ao amor romântico.¹³ O volume pretendia convencer os leitores de que

1989, p. 705). Ver também Henderson (1988, p. 124).

12 Um estudioso caracterizou o trabalho inicial de Direito e Emoção como consistindo em algo amplamente ineficaz e possivelmente um ataque “frontal” contraproducente à dicotomia razão/emoção (Abrams, 2002a).

13 Ver Little (2001, p. 974) (resumo do editor). *The Passions of Law* foi desenvolvido em conjunto com “uma conferência sobre Direito e Emoção realizada na Escola de

“a emoção em conjunto com a cognição leva a uma percepção mais verdadeira e, em última instância, a decisões melhores (mais precisas, mais morais, mais justas)” e, mais modestamente, a provocar o debate sobre a dicotomia razão/emoção e a incentivar o exame das teorias da emoção subjacentes aos estudos jurídicos.¹⁴ Não surpreende que o mencionado livro tenha ficado aquém de suas ambições mais elevadas, apesar de ter tido êxito em fomentar o diálogo sobre o assunto. A falta de uma perspectiva das ciências sociais ou das ciências da vida é seu erro mais evidente. Os autores falharam principalmente no sério enfrentamento aos debates que se limitavam a discutir definições unicamente voltadas aos estudos das emoções primárias, embora tenham participado (de uma forma às vezes superficial) do debate paralelo sobre o conteúdo cognitivo das emoções.¹⁵ Independentemente das áreas que deixou por explorar, é evidente o papel fundamental de *The Passions of Law* no posicionamento do Direito e Emoção como uma entidade distinta. Isso gerou inúmeras resenhas de livros, levou às primeiras publicações em revistas jurídicas que descreviam o campo emergente como tal (Abrams, 2002a; Feigenson, 2001; Little, 2001; Morse, 2004b; Polletta, 2001), bem como estimulou várias conferências e simpósios sobre Direito e Emoção (Symposium, 2000a, 2001), eventos que se tornaram cada vez mais comuns (Special Issue, 2002; Symposium, 2000b, 2002, 2003, 2004a, 2004b).

As pesquisas empíricas sobre o direito e as emoções seguiram uma trajetória relativamente paralela à das pesquisas teóricas, embora seu desenvolvimento tenha acontecido alguns anos antes – como é de se esperar, uma vez que está um tanto separada da teoria do direito. Já em meados dos anos 1970, pesquisadores começaram a isolar a emoção como um elemento distinto e a pensar na sua relevância para o direito;¹⁶

Direito da Universidade de Chicago em maio de 1998”. Feigenson (2001, p. 447, n. 5); ver também Bandes (1996b, p. xi).

14 Bandes (1999b, pp. 7, 11)

15 Little (2001, pp. 984, 987–992); Bandes (1999b, p. 10). Questione, no entanto, se essa forte formação por trás da “visão cognitiva” é uniformemente uma coisa boa. Ver, por exemplo, Morse (2004b).

16 Embora este trabalho empírico fosse “novo” em aspectos importantes, é importante notar que as raízes dos estudos psicológicos no realismo jurídico tinha um sabor distintamente emocional. Jerome Frank declarou que não podemos “nos livrar de emo-

esses esforços se tornaram cada vez mais específicos e sofisticados, com um aumento acentuado em ambas as frentes no final dos anos 1990, que continua até hoje. A análise do impacto da exibição de provas vívidas e horripilantes para membros de um júri fornece um exemplo ilustrativo. O primeiro estudo que sugeriu o papel da emoção na mediação do processamento e avaliação de tais evidências pelos jurados apareceu em 1976; em 1982, Whalen e Blanchard tentaram testar preliminarmente a “interpretação da excitação emocional” e sugeriram que pesquisas futuras medissem diretamente a excitação emocional; estudos assim começaram a aparecer nos anos 1990 e continuam a ser desenvolvidos.¹⁷

Apesar de a literatura que se identifica como parte do campo do Direito e Emoção permanecer pequena, ela continua a crescer tanto em volume quanto em riqueza. De fato, bem mais da metade da literatura existente sobre Direito e Emoção, tanto teórica como empírica, foi gerada a partir de 1999, ano da publicação do livro *The Passions of Law*.¹⁸

Em suma, a união de influências de diversas disciplinas tornou possível explorar deliberadamente a complexa relação entre a emoção e o direito. O objetivo inicial era simplesmente desafiar a narrativa jurídica prevalecente de que haveria uma estrita dicotomia entre razão e emoção, enquanto que esforços posteriores, dominados por juristas e filósofos, faziam perguntas progressivamente mais complexas sobre a natureza da emoção e o seu papel dentro do direito. Em anos muito

ções no campo da justiça” e incentivou os juízes a fazerem psicanálise para que suas emoções ficassem “mais sensíveis, mais bem equilibradas, mais capazes de se articularem de forma detalhada” (Frank, 1930, 1931a, 1931b). Embora a confiança um tanto superficial de Frank na teoria freudiana seja agora considerada ingênua e “extinta por falta de herdeiros”, seus pontos centrais sobre a emocionalidade seriam posteriormente retomados por aqueles que trabalham com direito e psicologia (Feldman, 2000a, pp. 1423–1424); ver também Bandes (1996, n. 39).

17 Veja Bornstein e Nemeth (1998), Douglas, Lyon e Ogloff, (1997), Nemeth (2002), Oliver e Griffitt (1976), e Whalen e Blanchard (1982). Outro exemplo dessa trajetória histórica pode ser encontrado no tratamento dado pelos empiristas ao remorso. Compare Rumsey (1976) com Bornstein, Rung e Miller (2002).

18 133 de 217 das obras analisadas em uma pesquisa bibliografia realizada pela autora são datadas a partir do ano 2000. Oito obras adicionais – incluindo uma da *The Passion of Law*, que contém 14 contribuições independentes – foram publicadas apenas em 1999. A bibliografia completa está disponível mediante solicitação à autora.

recentes, a literatura se expandiu rapidamente, atraindo cada vez mais áreas do direito e incluindo um número muito maior de colaboradores das ciências sociais e da vida.

ABORDAGENS AO DIREITO E EMOÇÃO

Como sugere a discussão acima, é amplo o leque de trabalhos teóricos e empíricos sobre Direito e Emoção. Proponho aqui uma taxonomia de tal campo. Embora essa taxonomia seja em alguma medida descritiva, ela também pode ter valor analítico e avaliativo, na medida em que fornece uma estrutura para analisar os pontos fortes e fracos de estudos específicos sobre o Direito e Emoção e pode apontar novas possibilidades de atuação dentro desse campo emergente.

O QUE CONTA COMO PESQUISA EM DIREITO E EMOÇÃO?

Surgem espinhosas questões de definição no momento em que se discute o Direito e Emoção. Não somente deve-se indicar o que se entende por “direito” neste contexto, mas também deve-se ter o cuidado de especificar o significado que se pretende dar ao termo “emoção”. Embora haja debates no meio jurídico sobre os limites do primeiro, o segundo tem um toque muito mais prático. Parte considerável da literatura especializada tem se esforçado para diferenciar as emoções, os sentimentos, o humor e o afeto, conceitos esses que se relacionam estreitamente uns com os outros e somam consideráveis subcategorizações – por exemplo, “afeto” geralmente se refere à percepção de “bondade” ou “maldade” de um dado estímulo, mas, frequentemente, é utilizado como um termo geral que engloba tanto “emoções” quanto “humor”, termo este que é frequentemente definido como um difuso estado-sentimental sem objeto específico.¹⁹ Foram oferecidas múltiplas taxonomias das emoções,

19 Ver, por exemplo, Ekman e Davidson (1994). Slovic definiu ainda “afeto” como “um leve sussurro de emoção”, a “qualidade específica de ‘bondade’ ou ‘maldade’ (i) experimentada como um estado de sentimento (com ou sem consciência) e (ii) demarcada

em geral com diferentes componentes.²⁰ Além disso, os mesmos termos podem ter significados muito diferentes, dependendo da perspectiva e das definições operacionais de cada um. Por exemplo, Damasio distingue “emoções” (termo pelo qual ele se refere a uma série de processos inconscientes mapeados no corpo e no cérebro em resposta a determinados estímulos) de “sentimento” (tido como as experiências conscientes de felicidade, tristeza, entre outros, que são desencadeadas pelas emoções); mas o que ele chama de sentimento é o que a maioria dos leigos, e mesmo alguns especialistas, chamariam de emoção.²¹ Além disso, outros fenômenos psicológicos, como o apego, estão frequentemente envolvidos nos estudos sobre a emoção e sua operacionalização.

Tanto o estudo da emoção quanto as tentativas de categorizar a literatura especializada dentro do (sugerido) novo campo do Direito e Emoção trazem consigo um eterno dilema de definição. A questão sobre em que ponto um determinado projeto é suficientemente sobre “direito” e “emoção” para poder ser reivindicado efetivamente para este enclave em particular é digna de maior exploração do que aqui é possível. Nada obstante, ofereço duas premissas, uma relativa à motivação e a outra ao método. Em primeiro lugar, o direito contemporâneo e o estudo da emoção se baseiam na crença de que a emoção humana é passível de ser estudada de forma específica e meticulosa, que é altamente relevante para a teoria e para a prática do direito e que sua relevância merece um exame mais minucioso do que historicamente tem recebido. Em segundo lugar,

a qualidade positiva ou negativa de um estímulo” (Slovic, 2004). Afeto, afirma ele, carrega “o significado e força motivacional do medo e outras emoções, sem a necessidade de criar um estado emocional”. Ver também Blumenthal (2005) e Ekman e Davidson (1994, p. 51).

20 Há algum consenso sobre a existência de certas emoções “centrais” - geralmente incluindo medo, raiva, felicidade, tristeza, surpresa e nojo - um repertório no qual os seres humanos demonstram muitas gradações e variações. Ver, por exemplo, Plutchik (1980), Russell (1980).

21 Ver Damasio (1994, 2003, p. 146). Para fins deste artigo, tendo em vista o propósito de não afirmar a exatidão de qualquer terminologia específica, mas, em vez disso, de capturar com a maior completude possível uma ampla gama de perspectivas, o termo «emoção» será usado em um sentido amplo para significar um espectro de fenômenos que abrangem o que pode ser chamado de emoção, sentimentos, afeto e humor; quando um significado mais específico for pretendido, um termo mais específico será utilizado.

tal campo de estudo se dirige explicitamente a ambos os lados do “e”, isto é, assume uma questão relativa ao direito e traz uma perspectiva fundamentada no estudo ou na teoria das emoções.

Usando essa definição, algumas pesquisas sobre direito e emoção são facilmente identificáveis. Certos juristas afirmam explicitamente tal rótulo em suas pesquisas e tentam demarcar o campo como sendo distinto dos demais (Bandes, 1999b; Little, 2002; Nussbaum, 2004). Da mesma forma, alguns estudos empíricos declaram explicitamente sua intenção de examinar determinadas questões inegavelmente baseadas na emoção – como os efeitos que a raiva induzida desempenha na tomada de decisões – em um contexto inquestionavelmente jurídico: a sala do júri (Lerner et al., 1998).

O movimento, entretanto, engloba mais do que apenas esse trabalho autoidentificado. Considere, por exemplo, o debate entre Ogletree, que afirma que os defensores públicos bem-sucedidos são motivados pela “empatia e heroísmo” (Ogletree, 1993), e Smith, que, por sua vez, insiste em um modelo de “respeito, orgulho e indignação” (Smith, 2004). Ambos afirmam oferecer aos defensores públicos a melhor ferramenta para suportar as significativas exigências emocionais da profissão. Apesar de nenhum dos autores posicionar esse debate dentro de um movimento de Direito e Emoção ou discutir a doutrina relativa a esse campo, ambos estão diretamente envolvidos com questões tais quais o que são emoções, como as emoções interagem com a motivação no contexto da advocacia e se determinados estados emocionais (como sentir compaixão ou raiva em relação ao cliente) ajudam ou impedem o raciocínio jurídico e o julgamento. Nenhuma discussão sobre a emoção e o direito pode ser completa sem considerar contribuições como estas.

Da mesma forma que se deve considerar o que inserir no leque do Direito e Emoção, também é preciso refletir sobre o que deve ser deixado de fora desse campo. A título de exemplo, a maior parte da extensa doutrina sobre crimes de ódio tem pouco a ver com o modo como o ódio enquanto emoção é experimentado e expresso pelo sujeito ou objeto, concentrando-se, pelo contrário, na Primeira Emenda²², no direito a um

22 (N.T.) Eis o teor da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o

juízo por júri sobre fatores que aumentam a pena, e em fatores culturais que moldam as abordagens dessa área do direito (Apprendi v. New Jersey, 2000; Jacobs & Potter, 1998; Jenness & Broad, 1997; Maroney, 1998). Somente os trabalhos que analisam os componentes emocionais do “ódio” no “crime de ódio” podem ser utilmente conceituados como parte do campo²³. De modo semelhante, nem todo estudo empírico sobre uma operacionalização da emoção potencialmente relevante para o direito será pesquisa de Direito e Emoção. Por exemplo, Bodenhausen et al. mostraram que pessoas tristes (em comparação com pessoas felizes) são mais suscetíveis ao efeito de ancoragem²⁴, embora pessoas com humor triste geralmente sejam menos propensas a vieses cognitivos quando fazem julgamentos. Apesar de os autores fazerem breve menção à potencial relevância dessa descoberta para julgamentos, esse contexto de tomada de decisão não foi apresentado no estudo (Bodenhausen et al., 2000). Uma pesquisa que enfrentasse essa questão seria parte do Direito e Emoção, mas o referido estudo não o é (Li & Roloff, 2004).²⁵ O cerne

livre exercício desta, ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos.”

23 Ver Abrams (2002b), Moran (2001b) e Sullaway (2004); Dan M. Kahan, *The Progressive Misappropriation of Disgust*, em Bandes (1999b, pp. 69-73); Richard A. Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, em Bandes (1999b, pp. 313-317). Alguns estudiosos veem toda ou a maioria da jurisprudência de crimes de ódio sob essa luz. Ver Bandes (1999b, p. 2) e Kahan (1998) (resenha do livro de Miller (1997)). Na verdade, os conceitos de dano emocional às vítimas são relevantes à jurisprudência relativa aos crimes de ódio e discurso de ódio. Ver *Wisconsin v. Mitchell* (1993) (crime de ódio é pensado para infligir “danos emocionais distintos”); *Virginia v. Black* (2003) (observando que a queima de cruzes leva muitos a “temerem por suas vidas”); *R. A. V. v. Cidade de St. Paul* (1992) (derrubando decreto que proíbe a exibição de um símbolo que se sabe ou se tem razão para saber que “desperta raiva, alarme ou ressentimento nos outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero”).

24 (N.T.) Efeito de ancoragem é um viés cognitivo popularizado por Tversky and Kahneman. O fenômeno descreve o fato de que o julgamento das pessoas a respeito de variados tópicos pode ser sistematicamente distorcido ao fornecê-las um número arbitrário. Cf. Lieder, F., Griffiths, T.L., M. Huys, Q.J. et al. The anchoring bias reflects rational use of cognitive resources. *Psychon Bull Rev* 25, 322–349 (2018).

25 Um exemplo relacionado é a pesquisa sobre o impacto da emoção na negociação. Muitas dessas pesquisas abarcam modelos de negociação potencialmente relevantes

da literatura relevante é aquele que está fundamental e centralmente baseado em pelo menos uma questão relativa ao direito e uma à emoção. Os estudos periféricos podem ser altamente relevantes e úteis para aqueles que empreendem o esforço central que mencionei, mas eles mesmos não realizam esse esforço.

Com algumas orientações preliminares sobre o que é e o que não é a literatura especializada em Direito e Emoção, passo agora a uma análise do que essa literatura faz.

UMA PROPOSTA DE TAXONOMIA DOS ESTUDOS DE DIREITO E EMOÇÃO

Toda a doutrina sobre Direito e Emoção procede de acordo com as seguintes abordagens analíticas, apresentadas na Tabela 1.

Como em toda tipologia, esta delinea distinções aparentemente nítidas, em que as mais vagas às vezes podem ser as mais precisas. Embora haja utilidade em esmiuçar cada abordagem, a maior parte das pesquisas (se não todas) de Direito e Emoção consiste em um envolvimento multidimensional com vários focos. Além disso, proponho que, embora qualquer estudo tenha sua base primária em uma (ou possivelmente mais) das abordagens descritas, ele deve, em regra, explorar o essencial de cada uma das seis. Esses pontos são tratados mais adiante neste artigo.

para o direito, mas não específicos para o direito. Ver, por exemplo, Li e Roloff (2004), Adler, Rosen, & Silverstein (1998), Thompson, Valley e Kramer (1995). Apenas alguns estudos enfocam especificamente na negociação jurídica. Ver, por exemplo, Huang (2000), cf. Daly (1991).

Tabela 1: Abordagens analíticas ao Direito e Emoção

Abordagem analítica da emoção e análise jurídica	Principais características
Abordagem Centrada na Emoção	Analisar como uma determinada emoção é, pode ser ou deve ser refletida no Direito
Abordagem do Fenômeno Emocional	Descrever um mecanismo pelo qual a emoção é experimentada, processada ou expressa, e analisar como esse fenômeno emocional é, pode ser, ou deve ser refletido no Direito
Abordagem da Teoria da Emoção	Adotar uma teoria (ou teorias) específica de como as emoções podem ser abordadas ou compreendidas, e analisar como essa teoria é, pode ser, ou deve ser refletida no Direito
Abordagem da Doutrina Jurídica	Analisar como a emoção é, pode ser ou deve ser refletida em uma determinada área da doutrina jurídica ou tipo de determinação legal
Abordagem da Teoria do Direito	Analisar as teorias da emoção contidas ou refletidas dentro de uma abordagem teórica particular do Direito
Abordagem do Ator Jurídico	Examinar como o desempenho da função jurídica atribuída a determinado ator jurídico é, pode ser ou deve ser influenciado pela emoção

Abordagem Centrada na Emoção. A primeira abordagem consiste em analisar como uma emoção – incluindo teorias de sua origem, propósito, funcionamento, valores embutidos e apropriações – está, ou deveria estar, refletida no Direito. Eu chamo isso de *abordagem centrada na emoção*.

Muitos dos exemplos mais proeminentes dessa abordagem têm se concentrado no nojo. Nussbaum e Kahan, por exemplo – inspirados

pela obra de Miller *The Anatomy of Disgust* (Miller, 1997) – debateram a legitimidade do nojo como base para a elaboração de normas jurídicas. Nussbaum argumentou que o fato de o tema ter sido fundamentado historicamente nos conceitos de contaminação e doença faz do nojo algo “antissocial” e desumanizador; Kahan, por outro lado, procurou “redimir o nojo”, argumentando que existem “situações nas quais o nojo devidamente direcionado é indispensável para uma percepção moralmente correta do que está em jogo no direito”²⁶. A vergonha, emoção intimamente relacionada ao nojo, também foi estudada, principalmente no debate contemporâneo sobre o renascimento proposto das “punições para envergonhar”, ou *shaming sanctions* (Massaro, 1991, 1997; Murphy, 1999). Nussbaum, deliberadamente associando nojo e vergonha, empenhou-se em explicar a relevância dessas emoções não só para as punições para envergonhar, mas também para as mais variadas áreas do direito, como as proibições de intimidade entre pessoas do mesmo sexo, a definição de obscenidade e as proteções para os deficientes.²⁷

O medo, também, atraiu muita atenção. Não há dúvida, por exemplo, de que a legítima defesa incorpora suposições sobre o medo, tanto enquanto uma experiência psicológica e física, quanto como uma questão social e cultural, com seus respectivos gatilhos e suas manifestações externas. Pesquisas e teorias da “síndrome da mulher maltratada” trouxeram essas questões à tona, pois seus defensores sustentavam o reconhecimento jurídico de uma experiência específica do medo e dos tipos de comportamento que ele poderia causar.²⁸ Sunstein explorou o impacto do medo, tanto individual quanto coletivo, na regulação

26 Martha C. Nussbaum, “*Secret Sewers of Vice*”: Disgust, Bodies, and the Law, em Bandes (1999b, pp. 20–21); Dan M. Kahan, *The Progressive Appropriation of Disgust*, em Bandes (1999b, p. 63).

27 Ver Nussbaum (2004). Miller descreveu o nojo como o “outro lado” da vergonha, constrangimento, humilhação e vingança, cada uma das quais ele examinou em Miller (1993). Ele categorizou este último grupo de emoções como constitutivo de “nossa experiência de ser inferior ou rebaixado” e a repulsa como parte da experiência de reagir ao rebaixamento. Miller (1997, p. x). Veja também Garvey (2003) (discutindo culpa e vergonha).

28 Ver, por exemplo, Becker (2001), Posner (2001, p. 1996, n. 37 (citando Maguigan (1991)), Roberts (2003).

dos riscos à saúde pública e à segurança.²⁹ Simpósios recentes exploraram mais amplamente a relação entre o medo e o direito, incluindo restrições ao discurso estudantil após o Massacre de Columbine e reações governamentais ao terrorismo após os eventos de 11 de setembro de 2001 (Symposium, 2002, 2004b).

Ao nos aprofundarmos em uma emoção particular, temos a possibilidade de aprender muito; e é aqui que os problemas de definição são de maior importância. Uma definição estável do que constitui uma emoção é necessária para o desenvolvimento de uma doutrina robusta e centrada na emoção, ou poderia a devoção cega a uma taxonomia particular fechar caminhos interessantes para essa exploração? Por exemplo, é bastante discutível se uma “paixão pela justiça” – o princípio organizador de uma seção de *The Passions of Law* – é uma emoção distinta em um sentido psicológico ou neurocientífico, mas ela poderia, da perspectiva da filosofia moral ou de teorias jurídicas, constituir um fenômeno único e relevante para o Direito, digno de discussão. Também podemos perguntar se a definição de emoção para este fim incluirá conceitos que com ela se relacionam estreitamente, tais como afeto e humor (Blumenthal, 2005; Semmler & Brewer, 2002). Essas perguntas são importantes, tanto porque os estudiosos variam no uso da terminologia relacionada à emoção, quanto porque as perguntas feitas (e as respostas geradas) podem variar de acordo com os conceitos que se utilize. Slovic fez esta observação quando, escrevendo em um simpósio sobre o medo, perguntou: “O que o medo tem a ver com isso? É com o afeto que devemos nos preocupar” (Slovic, 2004). Não me proponho aqui a solucionar a questão da taxonomia-dentro-da-taxonomia; esse problema pode não ser passível de resposta, e *insights* podem emergir do diálogo que gera, mas é uma área que merece atenção contínua.

Abordagem do Fenômeno Emocional. Também é possível fazer com que um particular *fenômeno movido pelas emoções* seja o foco.

29 Ver Sunstein (2002b) (resenha do livro de Slovic (2000)) e Sunstein (2005). Para um contra-argumento, ver Moran (2002). Muito do trabalho em Direito e Emoção relacionado ao medo é baseado nas metodologias da Análise Econômica do Direito. Ver, por exemplo, Adler (2004).

Embora a *abordagem do fenômeno emocional* possa parecer, à primeira vista, algo difícil de distinguir da abordagem centrada na emoção, aquela tem como foco principal um processo ou comportamento mental no qual a emoção desempenha um papel vital, mas que em si não é uma emoção.

Um exemplo de fenômeno emocional é a previsão afetiva, ou a previsão de estados emocionais futuros (Blumenthal, 2004; Guthrie, 2004). Prever que alguém se sentirá feliz se ganhar determinada quantia em compensação por danos morais contra um empregador é diferente de realmente ser feliz (embora seja possível gerar sentimentos de felicidade no presente pela imaginação da felicidade futura). Com base nessa previsão, um litigante pode tomar decisões com repercussões jurídicas importantes, como rejeitar uma oferta de acordo que considere insuficiente, para que possa garantir o nível de felicidade desejado e projetado (Guthrie, 1999). Como sustenta Blumenthal, muitas leis são baseadas na suposição de que as pessoas são capazes de prever com precisão suas emoções futuras (Blumenthal, 2004).³⁰ Pesquisas empíricas recentes, no entanto, sugerem que tais previsões, muitas vezes, não correspondem às nossas reações reais quando confrontados com o conjunto de circunstâncias que imaginamos anteriormente (Blumenthal, 2004). Em outras palavras, levar tal fenômeno em consideração é mais útil do que ficar pensando na busca da felicidade que os litigantes poderiam alcançar com a compensação pecuniária pelos danos. A consciência da existência de um fenômeno movido pelas emoções, separado das emoções que são seu objeto, representa, assim, um importante passo analítico.³¹

30 Essa suposição é particularmente operante nas teorias econômicas do direito. Ver, por exemplo, Posner (2001, p. 1982) (“os agentes antecipam seus estados emocionais e agem em antecipação a eles”).

31 Outros exemplos de fenômenos psicológicos impulsionados por emoções relevantes para o Direito são a “negligência de probabilidade” ou a ideia que “quando emoções intensas estão envolvidas, as pessoas tendem a se concentrar no resultado adverso, não em sua probabilidade” (Sunstein, 2002a), e “contágio emocional”, o fenômeno pelo qual as pessoas “captam” os estados afetivos daqueles ao seu redor, ver Emens (2006) (propondo que a presença de pessoas com doença mental no local de trabalho impõe “custos hedônicos” devido ao contágio emocional).

Muitos outros fenômenos emocionais – como a empatia, o exercício da misericórdia e o pedido de desculpas – também foram discutidos na literatura jurídica, com diferentes níveis de precisão.³² Henderson, por exemplo, teve o cuidado de definir a empatia não como uma emoção propriamente dita, mas como um mecanismo por meio do qual se percebe e se processa a emoção de um terceiro, mas muitos ignoram esse ponto (D’Arms, 2000; Henderson, 1987). Bibas e Bierschbach, quando analisam o papel do pedido de desculpas em processos criminais (Bibas & Bierschbach, 2004), têm igualmente o cuidado de definir o pedido de desculpas como uma expressão de tristeza, pesar e remorso, uma expressão que pode, por sua vez, gerar outros fenômenos emocionais, tais como manifestações de “perdão” e “cura” por parte das vítimas de crimes.³³ Mas também eles às vezes falham em distinguir o pedido de desculpas e suas emoções subjacentes e resultantes, e oferecem pouca orientação sobre o que se entende por “catarse” e “cura” emocional que afirmam que o pedido de desculpas gera.³⁴ Algumas pesquisas empíricas sobre o fenômeno do remorso expresso por meio do pedido de desculpas abordam questões como as aqui trazidas (Bomstein, Rung, & Miller, 2002; Guthrie, 1999).

Como os exemplos acima demonstram, a abordagem do fenômeno emocional pode ser complexa, uma vez que requer o delineamento de distinções entre as emoções e os mecanismos de sua operacionalização e expressão no mundo, um exercício que exige que o autor analise cuidadosamente ambos os aspectos da análise; mas muitos ficam aquém desse ideal.

Além disso, como muitos fenômenos psicológicos resultam em emoção, esta é uma categoria que poderia se expandir a ponto de apagar a vantagem conceitual de se pensar especificamente sobre a emoção enquanto emoção. Proponho, consciente de que esse assunto merece maiores e posteriores considerações, que somente a doutrina sobre

32 Ver, por exemplo, Dressler (1990), (resenha do livro de Murphy e Hampton, 1988); Henderson, 1987; Markel, 2004; Murphy e Hampton, 1988; Nussbaum, 1993.

33 Como exemplo deste esforço argumentativo, ver Austin Sarat, *Remorse, Responsibility, and Criminal Punishment: An Analysis of Popular Culture*, em Bandes (1999b), pp. 168–190.

34 Ver Bibas e Bierschbach (2004, p. 116) (citando Strang e Sherman (2003))

os fenômenos em relação aos quais a emoção desempenha um papel motor ou primário integre esta categoria. Para ilustrar: a previsão afetiva gira necessariamente em torno da emoção; a atenção seletiva não, embora a competência emocional³⁵ de estímulos concorrentes possa desempenhar um papel na forma como a atenção de uma pessoa é direcionada. A exploração do impacto jurídico do primeiro sempre pertencerá à doutrina do Direito e Emoção; a literatura sobre o segundo somente o será se direcionada especificamente para a questão da competência emocional, e não para o fenômeno em geral. Esta é uma determinação em grande parte de grau, e resultará em alguns casos limítrofes e, portanto, difíceis.

Abordagem da Teoria da Emoção. Uma abordagem diferente é focar em uma teoria (ou teorias) particular da emoção, e depois postular que o direito atualmente reflete essa teoria; analisar como adotar essa teoria em particular afetaria o direito; ou argumentar que a teoria deveria ser adotada. Eu chamo isso de *abordagem da teoria da emoção*.

No contexto desta taxonomia, é útil pensar em uma “teoria” que incorpore tanto categorias metodológicas ou disciplinares quanto reivindicações mais refinadas sobre como a emoção pode ser abordada ou compreendida. O pesquisador, portanto, pode identificar tanto a abordagem disciplinar escolhida – por exemplo, neurociência cognitiva, filosofia ou psicanálise – quanto uma teoria das emoções a ela relativa – a hipótese do marcador somático, a tradição da ética das virtudes ou modelos freudianos – e explicar por que essa teoria particular (e a metodologia utilizada para testá-la) é uma perspectiva válida para o exame do tema escolhido sobre o papel da emoção no direito.

Há poucos estudos de Direito e Emoção cujo desenvolvimento parte de uma teoria das emoções. O estudo mais importante desse tipo continua sendo *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, no qual os autores propuseram que o direito penal engloba simultaneamente duas teorias concorrentes da emoção, que eles denominaram “mecanicista” e “avaliativa” (Kahan & Nussbaum, 1996). Esse artigo pode ser (e tem

35 A competência emocional é utilizada aqui no sentido pretendido por Damásio (2003).

sido) criticado por simplificar excessivamente as relevantes teorias psicológicas da emoção: a “visão mecanicista” que Kahan e Nussbaum descrevem tem poucos adeptos dentro da ciência moderna da mente, e sua “visão avaliativa”, impulsionada pela cognição, falha em reconhecer que a maioria das teorias emocionais dentro das ciências aceita que se atribua algum papel para a cognição, apesar de ainda encontrar muitos pontos de partida um do outro.³⁶ É inegável, entretanto, que sua tentativa de explicar os fundamentos teóricos de uma área do direito com referências explícitas à teoria das emoções foi, em aspectos importantes, inovadora.

O problema nessa abordagem é um pouco diferente para os empiristas. A natureza das ciências aplicadas praticamente garante que os empiristas declararão sua metodologia – e sua disciplina escolhida geralmente é evidente –, de modo que as teorias operacionais tendem a ser explícitas. Entretanto, com a provável exceção dos estudos que somente agora começam a surgir na neurociência cognitiva, raramente uma teoria particular da emoção é utilizada abertamente como guia na condução de uma pesquisa (digo isso em oposição à ideia de ser assumida como o mecanismo adequado para se chegar à “real” questão). Uma exceção ilustrativa é o estudo de Lieberman sobre a atratividade – a robusta (para não dizer totalmente consistente)³⁷ descoberta de que réus fisicamente atraentes recebem sentenças mais indulgentes – à luz da *cognitive experiential self-theory* (CEST). O objetivo do estudo não era simplesmente revisitar pesquisas preexistentes sobre a atratividade, mas, sim, testar a teoria do

36 A maioria dos psicólogos aceita que a emoção humana tem algum conteúdo cognitivo. Ver, por exemplo, Ortony, Clore, & Collins (1988). Esse consenso (limitado) não encerra o debate sobre a inter-relação precisa entre emoção e cognição. Ver Paul Ekman e Klaus Scherer, *Questions About Emotion: An Introduction*, em Scherer and Ekman (1984, p. 3); Richard S. Lazarus, *The Cognition-Emotion Debate: A Bit of History*, em Dalgleish and Power (1999); compare, por exemplo, com Lazarus (1984) e Zajonc (1984).

37 Ver, por exemplo, Abwender e Hough (2001) (o efeito é obtido em júri-simulados para jurados do sexo feminino, mas de maneira oposta para os do sexo masculino); Stewart (1980) (atratividade relacionada à sentença, mas não à condenação/absolvição); Sigall e Ostrove (1975) (o efeito se reverte quando o crime está relacionado à atratividade); Friend e Vinson (1974) (o efeito é revertido quando, em júri simulados, o júri se compromete a ser imparcial e desconsiderar as características do réu). Ver, de maneira geral, Mazzella e Feingold (1994) (encontrando um efeito de atratividade geral, mas encontrando moderadores também).

CEST de que os seres humanos processam informações tanto experimental quanto racionalmente, sendo aquele definido como um “sistema de base emocional”, associado ao “afeto” e que implica no uso desproporcional da heurística (Lieberman, 2002).

A diversidade de teorias a respeito da origem, conteúdo, natureza, funcionamento e propósito da emoção não constitui empecilho para a utilidade desta abordagem. A análise atenta de qualquer uma destas pode nos ensinar (e muitas vezes ensina) coisas importantes sobre o direito. Na verdade, deve ser difícil conduzir qualquer estudo sobre a emoção e o direito sem esclarecer a escolha da teoria ou teorias operacionais da emoção e, em alguma medida, confrontar teorias concorrentes. Na prática, porém, muitos não o fazem.³⁸ Além disso, aqueles – especialmente os juristas – que criticam ativamente teorias emocionais subjacentes geralmente se concentram na difícil questão sobre qual teoria (ou teorias) deveria ser aceita como válida (D’Arms, 2000; Posner, 2001). Talvez ainda mais comum seja a tendência de escolher partes de *insights* de várias teorias sem distingui-las claramente. Assim, várias teorias da emoção podem (e talvez devam) ser trazidas à tona; por exemplo, as teorias construcionistas evolucionária e social podem ser relevantes e até mesmo complementares na condução de pesquisas. Nada obstante, a invocação de múltiplas teorias deve ser proposital e cuidadosa – o que Miller chamou de compromisso com a promiscuidade metodológica (Miller, 1997) –, não apenas refletir escolhas casuais de “um buffet teórico, do qual cada acadêmico pode escolher as definições ou conceitos mais favoráveis ao seu argumento jurídico”³⁹.

Abordagem da Doutrina Jurídica. Embora as abordagens de Direito e Emoção descritas acima tomem como ponto de partida ideias relacionadas principalmente às emoções (Little, 2001), é igualmente pos-

38 Por exemplo, um autor aplicou a teoria psicanalítica freudiana às relações entre advogado e cliente, mas não se comprometeu a explicar a escolha da psicanálise ou a explorar e rejeitar modelos alternativos. Veja Silver (1999b). Em contraste, Anne C. Dailey discute explicitamente o tratamento das emoções dentro da psicologia cognitiva e psicanálise e argumenta que este último explica melhor o comportamento emocional relevante para o direito (Dailey, 2000).

39 Introdução em Bandes (1999b, p. 8).

sível fazer do direito o condutor dessas pesquisas. Alguns estudiosos escolhem como foco um tipo particular de sentença ou doutrina jurídica e analisam como elas incorporam, como poderiam ou como deveriam incorporar a emoção. Eu chamo isto de *abordagem da doutrina jurídica*.

Grande parte dessas pesquisas se volta ao direito penal e ao direito processual penal. Talvez a área mais obviamente relacionada à emoção do direito penal seja, no direito norte-americano, a distinção entre homicídio culposo (*manslaughter*) e homicídio doloso (*murder*), em que se investiga se um crime foi cometido no “calor da paixão” ou “sob a influência de extrema perturbação mental ou emocional” (Kahan & Nussbaum, 1996). O principal argumento dos juristas aqui tem sido o de que as determinações de *manslaughter* incorporam noções profundamente culturais e específicas de emoções “apropriadas” e modos aceitáveis da sua expressão (Dressier, 1982; Nourse, 1997). Reforçando a ideia de que os membros de um júri dão valor a noções culturais sobre o controle emocional apropriado (e possível), há pesquisas que afirmam que as distinções que qualificam um crime como homicídio culposo (*manslaughter*) ou doloso (*murder*) não são determinadas pelas instruções que os juízes dão a respeito da avaliação das emoções dos réus por uma perspectiva “objetiva” ou “subjetiva”, pelo contrário, dependem da percepção que os jurados têm sobre o modo como o réu lidou com suas emoções (e, potencialmente, a natureza da emoção que desencadeou a ação), sugerindo que há uma expectativa de que os outros “controlem” suas emoções de uma determinada forma e que tais teorias de adequação emocional guiam o teor da sentença (Finkel, 1996; Spackman, Belcher, Calapp, & Taylor, 2002; Spackman, Belcher, & Hansen, 2002).

Outras áreas do direito penal também despertaram interesse, particularmente no que diz respeito à punição (Karstedt, 2002; Pratt, 2000). O conteúdo emotivo e as consequências dos depoimentos de vítimas, um dos primeiros tópicos abordados pelo campo e um dos poucos selecionados a ter sido amplamente discutido na jurisprudência, continua a atrair pesquisas.⁴⁰ A pena de morte, também, e seu envolvimento direto com

40 Uma citação chave recente de Bandes (1996) mostrou 104 referências, a maioria gerada desde 2000. Ver 2004 WL 1588549. Ver também Bandes (1999a), Blume (2003), Myers et al. (2002).

simpatia, medo, raiva e desejo de punição, continua sendo um foco frequente (Bandes, 2004; Eisenberg, Garvey, & Wells, 1998; Garvey, 2000; Pillsbury, 1989). Outras questões relacionadas à punição – como os limites constitucionais das leis relacionadas à reincidência habitual (*Three Strikes Laws*), impostas pela doutrina que defende um “devido processo emotivo” (Pillsbury, 2002) – e certas áreas do direito processual penal – como a relevância dos danos emocionais para a definição do que a Quarta Emenda⁴¹ define como busca (Taslitz, 2002) – também ganharam espaço.

A ênfase no direito penal se reflete nos trabalhos empíricos, embora os juristas e os empiristas tenham cada vez mais explorado o conteúdo emocional de áreas não-criminais do direito, assumindo tópicos como responsabilidade civil (Feldman, 2000), Estado Regulador (Sunstein, 2005), danos morais nas relações trabalhistas (Fisk, 2001), liberdade de expressão (Hudson, 2002; Wright, 2003) e o cumprimento com normas internacionais de direito ambiental (Huang, 2002). As regras probatórias também chamam a atenção. Por exemplo, a descoberta por Edwards e Bryan de um “efeito rebote” para as instruções de um juiz aos jurados determinando que desconsiderem provas com alta carga emocional – o que, paradoxalmente, pode aumentar a influência de tais provas – leva ao questionamento do uso dessas instruções (Edwards & Bryan, 1997). Também a exceção da declaração no fragor dos acontecimentos (*excited utterance*)⁴² à regra do “ouviu dizer” (*hearsay*)⁴³, que presume que as declarações feitas por alguém que experimenta uma excitação emocional extrema são provavelmente verdadeiras, porque em tais situações a emoção “crua” supera a função cognitiva necessária para se enganar.⁴⁴ Apesar de

41 (N.T.) Eis o teor da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “Não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de sua pessoa, casas, papéis e haveres, contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandado a não ser mediante indícios de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas que tiverem de ser apreendidas.”

42 (N.T.) *Excited utterance* é definida pelas *Federal Rules of Evidence* como uma declaração a respeito de um evento chocante feita pelo depoente quando ele ainda está sob estresse decorrente de tal evento.

43 (N.T.) *Hearsay* é o depoimento baseado no que uma testemunha ouviu de um terceiro

44 Ver *Federal Rules of Evidence* 803(2); ver também Feigenson (1997).

pouca atenção ter sido dada a esta área da doutrina, há indícios de que suas numerosas suposições subjacentes podem não ser exatas (Orenstein, 1997).

A gama de possíveis aplicações da abordagem da doutrina jurídica é tão ampla quanto a gama da doutrina jurídica propriamente dita. Promete, portanto, ser uma área muito interessante para se observar.

Abordagem da Teoria do Direito. Se a abordagem da doutrina jurídica é o corolário do “lado do direito” da abordagem centrada na emoção, a abordagem da teoria do direito complementa a abordagem da teoria da emoção. Esta categoria consiste em tomar como base uma abordagem teórica do direito específica e analisar as teorias da emoção embutidas ou refletidas nelas.

Os trabalhos mais provocativos nesta categoria têm sido na Análise Econômica do Direito. Quando a emoção é levada em conta nos modelos de escolha racional, ela – como os muitos tipos de vieses cognitivos que estão no cerne do direito comportamental e da pesquisa na Economia – pode ser vista como uma fonte sistêmica de racionalidade limitada e distorção às quais os sistemas jurídicos devem prestar contas e corrigir.⁴⁵ Alguns, pelo contrário, afirmam que a emoção contém sua própria racionalidade, que o Direito deve compreender e antecipar (Posner, 2001). A distinção entre essas duas premissas parece não ser mais do que a atitude positiva ou negativa que elas refletem na emoção; e independentemente do *spin*, é evidente que os acadêmicos da Análise Econômica do Direito estão cada vez mais buscando incorporar a pesquisa da emoção nesta área essencial da teoria do direito (Adler, 2004; Farnsworth, 2002; Posner, 2002; Sunstein, 2005). Huang, em particular, tem procurado constantemente expandir o ator racional e os paradigmas da Teoria dos Jogos, afirmando que quando *insights* fundamentais sobre a emoção advindos de outras áreas do conhecimento são incorporados a modelos econômicos relevantes para o Direito, “uma gama diversificada de fatores antes inexplicáveis é capaz de ser explicada” (Huang, 2000),

45 Veja Kaufman (1999). Cf. Moran (2004) (“Porque a abordagem de processamento de informação” proposta por Sunstein “igualava o medo com a avaliação de risco distorcida, essa emoção se torna nada mais que um lapso de pensamento”).

uma visão que, ele afirma, pode iluminar áreas do direito que vão desde as negociações existentes no Direito da Coisas (*property-law*), passando por decisões sobre a viabilidade de se litigar, até a regulamentação de valores mobiliários (Huang, 2003, 2004).

O fato de que esse diálogo está acontecendo na Análise Econômica do Direito é um bom indício para que se inicie o exame da emoção também dentro de outras abordagens teóricas do direito. Na verdade, surpreende o fato de que mais acadêmicos de outras áreas da teoria do Direito ainda *não* tenham aderido ao projeto. Talvez a emoção seja menos relevante para certas áreas da teoria do Direito; talvez essas áreas sejam metodologicamente menos adequadas para explorar sua interseção; ou talvez outros juristas não tenham sido convencidos do rigor e da utilidade da perspectiva do Direito e Emoção (Posner, 2001). Algumas exceções merecem menção. Certamente muitas contribuições iniciais foram feitas por estudiosos da Jurisprudência Feminista, refletindo a forte associação histórica entre a emoção e “o feminino”, e a conseqüente desvalorização de ambos; mas, até hoje, esses trabalhos têm se concentrado principalmente na empatia, na compaixão e (em menor grau) na violência íntima, e seu volume tem diminuído de forma contraintuitiva na medida em que a matéria em geral tem crescido (Abrams, 2005; Bandes, 2001; Henderson, 1988; Ward, 1994). Há uma certa sinergia se desenvolvendo entre aqueles que analisam o Direito como uma disciplina com significado cultural e social,⁴⁶ além de que alguns têm abordado os elementos emocionais da “Jurisprudência Terapêutica” e da “Justiça restaurativa” (Barton, 1999; Scheff, 1998). Seria de se esperar que a abordagem da Teoria do Direito se expandisse nos próximos anos.

Abordagem do Ator Jurídico. A abordagem do ator jurídico se concentra nos seres humanos que integram os sistemas jurídicos e explora como a emoção influencia e informa, ou deve influenciar e informar, o desempenho da função jurídica atribuída a essas pessoas.

46 Ver Moran (2001b), Woodward (2002), Austin Sarat, *Remorse, Responsibility, and Criminal Punishment* em Bandes (1999b, p. 168); Cheshire Calhoun, *Making Up Emotional People*, em Bandes (1999b, p. 217).

Não surpreendentemente, esta é a área de maior concentração de trabalhos empíricos. Esses trabalhos, no entanto, não têm sido distribuídos uniformemente pelo universo de atores jurídicos – incluindo réus, vítimas, autores, promotores, advogados, juízes, jurados, legisladores, funcionários do Poder Executivo, reguladores e policiais – mas têm se concentrado principalmente nos jurados.⁴⁷ Esse foco desequilibrado não causa espanto, pois a tomada de decisão dos jurados é particularmente adequada à pesquisa experimental. Para deixar claro, os trabalhos que focam nos júris, que testam hipóteses relevantes tanto para os julgamentos criminais quanto para os civis, são extremamente importantes, porque o papel do júri continua sendo central para a noção norte-americana de justiça, especialmente nos casos que envolvem o direito penal (embora seja possível questionar se essa percepção de importância tem relação adequada com um sistema jurídico contemporâneo no qual a esmagadora maioria dos casos, tanto civis quanto criminais, são resolvidos por acordos e confissões de culpa). Estudiosos têm examinado o impacto nos jurados (ou, muito mais comumente, nos jurados de júris simulados) dos depoimentos de vítimas (*victim impact statements*),⁴⁸ fotografias que causam horror,⁴⁹ recriações em vídeo de eventos que despertam emoções para apurar eventuais danos morais (Fishfader, Howells, Katz, & Teresi, 1996), raiva induzida de forma premeditada (Lemer, et al, 1998), instruções para desconsiderar “informações com alta carga emocional”⁵⁰, percepções a respeito da intensidade emocional dos acusados de homicídio (Spackman, Belcher, Calapp, & Taylor, 2002; Spackman, Belcher, & Hansen, 2002), expressões de emocionalidade das testemunhas (Kaufmann, Drevland, Wessel, Overskeid, & Magnussen, 2003; Salekin, Ogloff, McFarland, & Rogers, 1995), e o impacto emocional

47 Para obter um levantamento da pesquisa empírica sobre como o humor e a emoção influenciam a tomada de decisões relevantes para o direito, ver Feigenson (2000, 2003).

48 Ver, por exemplo, Myers et al. (2002) (descobrimo que o “comportamento afetivo da testemunha” não teve efeito sobre as sentenças dos jurados).

49 Ver, por exemplo, Douglas, Lyon, & Ogloff (1997) (várias escalas autorrelatadas de angústia emocional previram até que ponto os jurados de júri-simulados acreditavam que o acusado era culpado); ver também Nemeth (2002).

50 Ver Edwards e Bryan (1997). Mas veja também Feigenson (1997, p. 68-69) (descrevendo pesquisas que sugerem que a simpatia, em particular, pode ser “regulada” e “controlada”, embora talvez outras emoções possam ser mais difíceis de deixar de lado).

de servir como jurado.⁵¹ As fronteiras entre a emoção e os fenômenos a ela relacionados, particularmente o humor, também são salientes aqui. Um estudo descobriu, por exemplo, que a indução de humor triste em membros de um júri simulado fez com que os jurados demonstrassem um “processamento mais cuidadoso, detalhado e analítico” das inconsistências do depoimento de testemunhas oculares, se contrastado com os jurados em estado de humor neutro.⁵²

Os jurados não são os únicos atores jurídicos que chamam a atenção, também os juízes despertam a curiosidade dos pesquisadores. As teorias jurídicas tradicionais presumem que os juízes não têm emoções operativas sobre os litigantes ou sobre as questões que são trazidas a julgamento ou determinam que tais emoções sejam ativamente reprimidas, refletindo o senso comum não-comprovado de que a emoção distorce o raciocínio jurídico objetivo exigido pelo papel que o juiz desempenha. Expressões sentimentais explícitas em julgamentos – como o famoso grito “Pobre Joshua!”, emitido pelo Juiz da Suprema Corte Harry Blackmun no caso *DeShaney v. Winnebago County* – têm atraído o debate público e até mesmo o escárnio.⁵³ Em resposta a essa postura, alguns juristas têm provocado questões sobre o papel da emoção nos julgamentos e têm procurado determinações judiciais – especialmente expressões verbais embutidas em acórdãos escritos – para encontrar pistas sobre os sentimentos dos juízes com

51 Ver Dabbs (1992), Feldmann e Bell (1991). Ambos os artigos observam especialmente a sensibilidade “incomum” do juiz observado para as necessidades emocionais dos jurados; um sugeriu que os desafios emocionais apresentados aos jurados foram agravados por seus sentimentos de culpa por vivenciar emoções, “por causa de sua concepção de que se espera que eles permaneçam sem emoção” (Dabbs, 1992, p. 205).

52 Ver Semmler e Brewer (2002). É importante notar que alguns estudos de emoção usam medidas de humor, como o (POMS). Ver Nemeth (2002, pp. 58, 82) (reconhecendo que diferentes medidas de emoção “podem produzir relações diferentes entre as emoções e os veredictos dos jurados em júri-simulados ... a validade, neste contexto, de várias escalas de emoção/humor pode variar”); ver também Fishfader, Howells, Katz, & Teresi (1996) (usando POMS para medir reações emocionais); compare com Douglas et al. (1997) (usando “escalas de avaliação de angústia emocional”).

53 *DeShaney v. Winnebago Soc. Svcs. Dep’t* (1989) (Blackmun, J., dissenting) (“Eu adotaria um uma leitura “compreensiva” que comporte os ditames da justiça fundamental e reconheça que a compaixão não precisa ser exilada do domínio do julgar”); ver também Rosen (1994), em 13 (Zipursky, 1990).

relação às partes, às questões que devem julgar ou às suas teorias sobre o que seria uma emocionalidade “apropriada” (Bandes, 2003; Cloud, 1990; Little, 2002; Nussbaum, 1996; Ray, 2002; Resnik, 1990).⁵⁴

Os advogados também foram estudados como atores emotivos, como revela o debate entre Ogletree e Smith (Ammar & Downey, 2003; Bandes, 2000; Morse, 2004b; Silver, Portnoy, & Peters, 2004; Volpp, 2002). Outros examinaram a experiência das advogadas de defesa e a gestão do estresse emocional, bem como “defesas cognitivas focadas na emoção” entre uma amostra de mulheres advogadas associadas a escritórios de advocacia (Siemsen, 2000; Haas, 1988). Uma pequena parcela da doutrina também está se desenvolvendo sobre como moldar a educação jurídica – especialmente os programas de Clínicas Jurídicas – para melhor capturar, refletir e “treinar” as emoções dos estudantes de direito (Fletcher & Weinstein, 2002; Juergens, 2005; Silver, 1999a). E assim como as emoções dos jurados, dos juízes, dos estudantes de direito e dos advogados são importantes, as emoções das partes em litígio também o são. Huang e Wu sustentam que a raiva e o orgulho dos litigantes podem aumentar o número de casos levados às cortes e ameaçar a possibilidade de julgamentos com maior credibilidade (Huang & Wu, 1992). Estudos sobre a emoção destinados a pesquisar outros atores jurídicos, embora limitados, incluem análises sobre a participação de vítimas de violência doméstica na mediação de divórcios (Suozzo, 2000), decisões sobre denunciar ou não crimes contra a propriedade (Greenberg & Beach, 2004), efeitos da excitação emocional em testemunhas oculares,⁵⁵ e os efeitos emocionais das sentenças de morte sobre os detentos condenados e sobre suas famílias (Cunningham & Vigen, 2002; Smykla, 1987).

54 Morse descreve esse trabalho como “análise causal”, no sentido de que procura explicar como as emoções impactam no comportamento do juiz e postula que, embora “não tenha implicações normativas necessárias [...] é interessante por si só” (Morse, 2004b, p. 603).

55 É claro que existe uma extensa literatura sobre os efeitos de vários estímulos na memória de testemunhas oculares; algumas dessas pesquisas são relevantes para a emoção. Ver, por exemplo, Deffenbacher, Bornstein, Penrod e McGorty (2004).

A TAXONOMIA COMO FERRAMENTA ANALÍTICA E AVALIATIVA

Como sugere a discussão acima, a literatura específica sobre Direito e Emoção contém poucos exemplos de aplicações “puras” das seis abordagens delineadas na taxonomia. Ao invés disso, elas são comumente combinadas. Isso faz sentido, pois, se fossem feitas de outra forma, provavelmente conduziriam a tópicos excessivamente amplos que não poderiam ser trabalhados. Considere a imensa dificuldade de examinar o “amor”, em todas as suas permutações, e perguntar como “o direito” (incluindo, por exemplo, direito de família, títulos mobiliários e propriedades, direito penal e responsabilidade civil) pode, leva ou deve levar em conta o amor.⁵⁶ Em vez disso, o método mais comum é o de entrelaçar várias abordagens, o que leva a pesquisas mais específicas dotadas de uma complexa multidimensionalidade. E, de modo geral, quanto mais deliberado e ponderado for esse envolvimento multidimensional, mais rigoroso e valioso será o trabalho resultante.

É aqui que a taxonomia proposta adquire sua tração analítica. Se as seis abordagens não são consideradas simplesmente como descritivas dos tipos de análises das quais os estudos específicos extraem seus centros de gravidade, mas também como pontos focais por meio dos quais os estudos podem e possivelmente devem girar, elas ganham poder avaliativo. A consideração cuidadosa das abordagens analíticas potencialmente envolvidas em qualquer projeto ajudará a identificar pontos cegos ou forçar que suposições implícitas venham à tona, e pode ainda encorajar os estudiosos a justificar *por que* fazem as escolhas que fazem.⁵⁷ Assim, a pesquisa acadêmica sobre a interseção do

56 Para ter certeza, alguns empreenderam esforços extremamente ambiciosos. Ver, por exemplo, Nussbaum (1990, 2001, 2004).

57 Ver Morse (2004b, pp. 602, 603) (“expor suposições”, tanto sobre a abordagem de qualquer acadêmico sobre o direito e a emoção quanto sobre as “suposições que seriam de outra forma ocultas” sobre a emoção à espreita em áreas específicas do direito, fará com que o campo avance consideravelmente). Considere, por exemplo, um estudo que se propõe a examinar como o medo afeta a criação e administração de registros de

Direito e da emoção deve (i) identificar qual(is) emoção(ões) se toma(m) como foco; (ii) distinguir cuidadosamente entre essas emoções e quaisquer processos ou comportamentos mentais conduzidos pelas emoções; (iii) explorar teorias relevantes e divergentes sobre as origens, os propósitos ou o funcionamento dessas emoções; (iv) limitar-se a um tipo particular de doutrina jurídica ou determinação legal; (v) expor quaisquer teorias jurídicas subjacentes sobre as quais a análise se baseia; (vi) e deixar claro quais atores jurídicos estão envolvidos. Apesar de o peso dado a cada abordagem variar de acordo com a natureza do projeto, cada escolha, e a combinação única dessas escolhas, deve ser considerada, explicada, e, na medida do possível, justificada.

DIREÇÕES PARA PESQUISAS FUTURAS

Tendo descrito como a corrente do Direito e Emoção se desenvolveu e ganhou alguma tração, tendo analisado abordagens teóricas para tal corrente doutrinária, tendo descrito a literatura específica existente dentro dessas categorias e tendo refletido sobre a utilidade da taxonomia para orientar o desenvolvimento do Direito e Emoção, é apropriado agora discutir futuras direções para esse campo de pesquisa.⁵⁸

agressores sexuais. Olhando para uma gama completa de abordagens teóricas possíveis, os pontos cegos nessa formulação se revelam automaticamente. As únicas opções claras de abordagem aqui são de uma emoção – o medo – e uma questão legal – a lei das condições de liberação e supervisão de criminosos sexuais. O autor pode então ser demandado a justificar por que não escolheu ou defendeu explicitamente qualquer teoria (ou teorias) da emoção, um exercício que pode expor uma fraqueza em seu tratamento do medo. Talvez ele involuntariamente tenha recorrido a doutrinas do medo de várias linhas de pensamento diferentes e as tenha combinado sem considerar como que as diferenças inter e intradisciplinares podem afetar suas afirmações. Ou talvez ele realmente tenha adotado uma teoria do medo, mas não a articulou; essa falha terá um impacto na capacidade dos outros pesquisadores de se envolver e de responder ao seu projeto, como teria falhado em tornar clara qualquer teoria do direito – por exemplo, a da jurisprudência terapêutica – em cujas premissas seu argumento se fundamenta. Além disso, o autor pode perguntar se ele considerou adequadamente os atores jurídicos relevantes: qual medo se está considerando – o medo de infratores, réus, vítimas (ou vítimas em potencial), juízes, consumidores do sistema jurídico ou legisladores?

58 Outros autores também ofereceram sugestões para estudos no campo do Direito

Começando pela *abordagem centrada nas emoções*, é evidente que a maior parte dos trabalhos existentes se concentram em emoções “negativas”, como vergonha, nojo, medo e raiva, enquanto as “emoções positivas”, discutidas principalmente dentro do contexto de empatia, receberam pouca atenção.⁵⁹ Os pesquisadores podem querer explorar a relevância para o Direito de uma gama mais ampla de emoções em maior profundidade – incluindo as positivas, como lealdade, gratidão, generosidade, elevação e admiração.⁶⁰ O direito de família – particularmente com relação à guarda dos filhos – envolve necessariamente noções sobre como melhor encorajar “boas” e “apropriadas” manifestações de amor familiar, de afeto e de apego. Até hoje, no entanto, apenas pequena parcela dos estudos que se autoidentificam como de Direito e Emoção entrou na seara do direito de família. Também os trabalhos sobre direito de família não se dedicaram explicitamente a extrair *insights* do campo do Direito e Emoção.⁶¹

Caminhos similares de exploração emergem da comparação de cada uma das abordagens propostas com a literatura já existente. A nossa compreensão da emoção e do direito poderia se beneficiar de um olhar mais atento para uma gama mais ampla de *fenômenos emocionais* (por exemplo, afeto e apego emocional entre crianças e pais adotivos)⁶²

e Emoção. Ver Feigenson (2001, pp. 456-460) (defendendo a pesquisa do papel da emoção em casos de direito civil e nas relações advogado-cliente); Little (2001, pp. 993-1000) (as possibilidades de pesquisa abundam em remédios civis, justiça terapêutica, emoções de legisladores e funcionários do Poder Executivo, títulos mobiliários e propriedades, direito das coisas e direito contratual e “a interação entre emoção, sociedade e cultura”).

59 Ver, por exemplo, Abrams (2002, pp. 1613-1615).

60 Ver Haidt (2003) e Keltner e Haidt (2003); ver também Petersen (1998). Mas veja Posner (2001, p. 1986) (afirmando que emoções “superiores” ou “mais complexas”, como amor e ciúme, desempenham um papel menor no direito se comparado com as “emoções simples”, como medo, raiva e nojo).

61 Ver Little (2001, pp. 993-994). Mas ver também Sanger (2001, p. 112) (esboçando resumidamente as implicações emocionais das questões legais que regulam a adoção aberta); Cheshire Calhoun, *Make Up Emotional People*, em Bandes (1999b).

62 Esse trabalho, é claro, não começaria do zero, longe disso. Veja, por exemplo, Goldstein, Freud e Solnit (1973,1979). O apego emocional é um fator na doutrina jurídica em relação à custódia e à adoção de crianças, embora sua importância para o direito continue fortemente contestada. Ver, por exemplo, Smith v. Organization of Foster

e *teorias da emoção*. Jones fez este último ponto no contexto da biologia comportamental, sugerindo que nossa compreensão do direito contemporâneo, bem como nossa capacidade de “projetar sistemas sociais e jurídicos que regulamentem de forma mais eficaz os comportamentos, de modo a promover nossos valores e objetivos sociais compartilhados”, seria consideravelmente reforçada se levasse em conta a história evolutiva da emoção humana e dos comportamentos emocionais.⁶³ Tal trabalho permanece em grande parte inacabado.

A maioria dos estudos da *doutrina jurídica* até o momento tem se concentrado no direito penal, dando relativamente pouca atenção ao direito civil e administrativo.⁶⁴ Esse desequilíbrio começou a ser corrigido, mas o grande volume de doutrina jurídica não-penal demanda um aumento ainda maior na realização dessas pesquisas. Pode ser particularmente frutífero analisar leis que tutelam condutas que causam severa aflição emocional à vítima (*law of emotional-distress torts*) – e a valoração dos danos emocionais – à luz dos contemporâneos avanços científicos e sociológicos na compreensão da emoção.⁶⁵ Quanto à teoria do direito, como observado anteriormente, pode-se esperar novas pesquisas dos estudiosos da Jurisprudência Feminista; pouco tem sido produzido também pelos que estudam a teoria racial crítica, ainda que noções

Families for Equality and Reform (1977) (“cuidar de crianças adotadas é um assunto sensível e carregado de emoção”; a existência de “laços emocionais profundos” entre pais adotivos e filhos pode não criar um interesse constitucionalmente protegido quanto à permanência da criança no lar e pode até mesmo justificar a remoção); Lofton v. Secretary of Dept. of Children and Family Svcs. (2004) (defendendo a proibição da adoção de crianças carentes por pais adotivos gays e lésbicas apesar dos “laços emocionais profundamente amorosos”). Estudos adicionais sobre essas questões seriam oportunos e úteis.

63 Ver Jones (1999); ver também Morse (2004b), p. 601 (observando a falta de atenção à teoria da evolução dentro dos estudos de Direito e Emoção).

64 Esse foco desproporcional reflete o da pesquisa empírica psicolegal em geral. Veja Oglloff (2002, p. 465, 474).

65 Para uma visão geral parcial do tratamento legal desses tópicos, consulte Partlett (1997) (resenha do livro de Mullany e Handford (1993)) (caracterizando a doutrina americana sobre sofrimento emocional como “caótica” e “esquizofrênica”). Ver também Poser, Bornstein e McGorty (2003) (“danos hedônicos”, dos quais os danos emocionais são um subconjunto, “receberam pouca atenção empírica”).

culturais sobre a “adequação” da expressão emocional, construções sociais quanto à divisão do trabalho emocional e outras questões emocionais relevantes ao direito impliquem fortemente questões raciais.⁶⁶ Finalmente, tanto os empiristas quanto os teóricos podem achar frutífero examinar as motivações e comportamentos emocionais de uma maior variedade de atores jurídicos e aplicar a esses atores algumas das metodologias desenvolvidas para estudar os membros de um júri. O elenco de personagens envolvidos na tomada de decisões jurídicas é grande; a atenção a cada um desses *dramatis personae* – especialmente legisladores, funcionários do Poder Executivo, partes de um litígio civil, promotores, ativistas jurídicos e a polícia – iria enriquecer a literatura existente.⁶⁷

Talvez a direção mais promissora para pesquisas futuras seja simplesmente um aumento da colaboração. Grande parte da literatura jurídica e emocional está confinada, tanto em perspectiva quanto em alcance, ao nicho acadêmico dentro do qual seu autor está acomodado. Isso resulta em uma divisão entre os que adotam e exploram teorias filosóficas e psicológicas da emoção, apesar do fato de que estas duas disciplinas “convergiram nos últimos anos quanto ao reconhecimento de que nossas respostas emocionais influenciam nossos julgamentos” (D’Arms, 2000). Vemos também uma divisão persistente entre empiristas e teóricos. A falta de diálogo entre essas vertentes de pesquisa diminui as oportunidades de um enriquecimento acadêmico mútuo. Seria bom, portanto, promover colaborações dinâmicas entre cientistas sociais, aqueles treinados nas ciências da vida, filósofos, advogados e estudiosos do direito.⁶⁸ Estimular tais colaborações incentivaria a criação de uma linguagem comum, e as

66 Mas veja Chambers (2004) (comentando sobre as diferenças entre o que é temido pelos homens negros e por aqueles que não são negros); Taslitz (2000); cf. Davis (1989) e Moran (2001a).

67 Ver Polletta (2001, p. 482) (“Nenhum estudioso [...] fez das emoções a peça central de seu estudo de mobilização legal”). Na medida em que a literatura discute “emoções governamentais”, Abrams (2002a, p. 1616), isso tende a tratar o “governo” como uma entidade unitária cuja expressão emocional – por exemplo, de repulsa para com réus criminais – reflete o de uma “comunidade” unitária e geralmente não explora as motivações de atores governamentais individuais. Mas veja Rapaport (2000) e Welch (1997).

68 Exemplos de tal colaboração incluem Feigenson et al. (2001).

pesquisas resultantes seriam tanto mais complexas quanto mais acessíveis para aqueles envolvidos em todas as disciplinas correlatas.

CONCLUSÃO

Estudos de Direito e Emoção constituem um espaço excitante e relativamente novo de *insights* e pesquisas interdisciplinares. Essa corrente emergente não está, no entanto, isenta de problemas e armadilhas. A “Teoria da Emoção” não é, em si mesma, uma disciplina reconhecida. Ao contrário, a emoção é um tópico abordado por acadêmicos dentro de uma variedade de disciplinas já estabelecidas; mas, mesmo dentro dessas disciplinas, as abordagens variam consideravelmente, e o estado da arte e a concordância teórica estão longe de serem estáveis. Quando esse compêndio um tanto volátil de pensamento sobre a emoção humana é conectado com o “direito”, termo que abrange um domínio incrivelmente amplo de regulação social, a empreitada parece perigosamente instável.

Esta não é uma preocupação vã. Certamente, a grande variedade existente na teoria das emoções pode ser mais desestabilizadora do que, por exemplo, a gama de teorias econômicas potencialmente subjacentes ao direito, pois a economia é uma disciplina separada na qual se fundamenta a Análise Econômica do Direito.⁶⁹ Nada obstante, a inevitabilidade da influência das emoções sobre o direito, e o evidente interesse dos estudiosos em explorar essa relação em vez de continuar a ignorá-las, indicam a importância de se avançar com o projeto, apesar da sua fluidez. Há uma infraestrutura à espreita dentro do campo do Direito e Emoção. A consciência e a atenção a essa infraestrutura maximizarão as possibilidades de trabalhos rigorosos e sofisticados, sem sacrificar o dinamismo inerente ao exercício interdisciplinar.

69 Ver Morse (2004a) (a doutrina sobre direito e as emoções “é muito mais recente do que a pesquisa em Análise Econômica do Direito e ainda não teve muito tempo para exercer sua influência, mas prevejo que terá um impacto consideravelmente menor no longo prazo”); mas veja Morse (2004b, p. 602) (recomendando uma comparação cuidadosa da “utilidade e potencial recepção de teoria da emoção para a Análise Econômica do Direito”, e sugerindo que a “teoria e o banco de dados” da primeira pode se desenvolver, assim como aconteceu com o segundo).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abrams, K. (2002a). The progress of passion. *Michigan Law Review*, 100, 1602.
- Abrams, K. (2002b). “Fighting fire with fire”: Rethinking the role of disgust in hate crimes. *California Law Review*, 90, 1423.
- Abrams, K. (2005). Legal feminism and the emotions: Three moments in an evolving relation. *Harvard Journal of Law & Gender*, 28, 325.
- Abwender, D. A., & Hough, K. (2001). Interactive effects of characteristics of defendant and mock juror on U.S. participants’ judgment and sentencing recommendations. *Journal of Social Psychology*, 141, 603.
- Adler, M. D. (2004). Fear assessment: Cost-benefit analysis and the pricing of fear and anxiety. *Chicago-Kent Law Review*, 79, 977.
- Adler, R. S., Rosen, B., & Silverstein, E. M. (1998). Emotions in negotiation: How to manage fear and anger. *Negotiation Journal*, 14, 161–179.
- Ammar, D., & Downey, T. (2003). Transformative criminal defense practice: Truth, love, and individual rights— The innovative approach of the Georgia Justice Project. *Fordham Urban Law Journal*, 31, 49.
- Apprendi v. New Jersey* (2000). *United States Reports (Supreme Court)*, 530, 466.
- Bandes, S. (1996). Empathy, narrative, and victim impact statements. *University of Chicago Law Review*, 63, 361, 365, 371, 372.
- Bandes, S. A. (1999a). Reply to Paul Cassell: What we know about victim impact statements. *Utah Law Review*, 1999, 545.
- Bandes, S. A. (Ed.). (1999b). *The passions of law*. New York: New York University Press.
- Bandes, S. (2000). *Repression and Denial in Lawyering* (Social Science Research Network Working Paper Series, 2000), at <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract id=223079>.

- Bandes, S. (2001). What's love got to do with it? *William and Mary Journal of Women and the Law*, 8, 97, 98 & nn.3–7.
- Bandes, S. (2003). Fear and degradation in Alabama: The emotional subtext of *University of Alabama v. Garrett*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 5, 520.
- Bandes, S. (2004). Fear factor: The role of media in covering and shaping the death penalty. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 1, 585.
- Barton, T. D. (1999). Therapeutic jurisprudence, preventive law, and creative problem solving: An essay on harnessing emotion and human connection. *Psychology, Public Policy, and Law*, 5, 921.
- Becker, M. (2001). The passions of battered women: Cognitive links between passion, empathy, and power. *William and Mary Journal of Women and the Law*, 8, 1, 14–16.
- Bibas, S., & Bierschbach, R. A. (2004). Integrating remorse and apology into criminal procedure. *Yale Law Journal*, 114, 85.
- Blume, J. H. (2003). Ten years of Payne: Victim impact evidence in capital cases. *Cornell Law Review*, 88, 257, 281.
- Blumenthal, J. A. (2002). Law and social science in the twenty-first century. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 12, 1 (2002).
- Blumenthal, J. A. (2004). Law and the emotions: The problems of affective forecasting. *Indiana Law Journal*, 80, 155, 163 & n. 40, 189.
- Blumenthal, J. A. (2005). Does mood influence moral judgment? An empirical test with legal and policy implications. *Law and Psychology Review*, 29, 1.
- Bodenhause, G. V., et al. (2000). Sadness and susceptibility to judgmental bias: The case of anchoring. *Psychological Science*, 11, 320.
- Booth v. Maryland* (1987). *United States Reports* (Supreme Court), 482, 496.

Bornstein, B. H., & Nemeth, R. J. (1998). Jurors' perception of violence: A framework for inquiry. *Aggression and Violent Behavior*, 4, 77.

Bornstein, B. H., Rung, L. M., & Miller, M. K. (2002). The effects of defendant remorse on mock juror decisions in a malpractice case. *Behavioral Sciences and the Law*, 20, 393.

Brennan, W. J., Jr. (1988). Reason, passion, and "The Progress of Law." *Cardozo Law Review*, 10, 3, 9, 11. Chambers, Jr., H. L. (2004). Fear, irrationality, and risk perception. *Missouri Law Review*, 69, 1047, 1050–1051.

Cloud III, A. M. (1990). Introduction: Compassion in judging. *Arizona State Law Journal*, 22, 13.

Cunningham, M. D., & Vigen, M. P. (2002). Death row inmate characteristics, adjustment, and confinement: A critical review of the literature. *Behavioral Sciences and the Law*, 20, 191.

D'Arms, J. (2000). Empathy and evaluative inquiry. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1467, 1479.

Dabbs, M. O. (1992). Jury traumatization in high profile criminal trials: A case for crisis debriefing? *Law & Psychology Review*, 16, 201, 205.

Dailey, A. C. (2000). The hidden economy of the unconscious. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1599.

Dalgleish, T., & Power, M. J. (Eds.). (1999). *Handbook of cognition and emotion*. New York: John Wiley & Sons.

Daly, J. P. (1991). The effects of anger on negotiations over mergers and acquisitions. *Negotiation Journal*, 7, 31.

Damasio, A. (2003). *Looking for Spinoza: Joy, sorrow and the feeling brain*. New York: Harcourt.

Damasio, A. R. (1994). *Descartes' error: Emotion, reason, and the human brain*. New York: Harper Perennial.

Damasio, A. (1999). *The feeling of what happens: Body and emotion in the making of consciousness*. New York: Harcourt, Brace, and Company.

Davidson, R. J., Scherer, K. R., & Goldsmith, H. H. (Eds.). (2003). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press.

Davis, P. C. (1989). Law as microaggression. *Yale Law Journal*, 98, 1559.

Deffenbacher, K. A., Bornstein, B. H., Penrod, S. D., & McGorty, E. K. (2004). A meta-analytic review of the effects of high stress on eyewitness memory. *Law and Human Behavior*, 28, 687.

DeShaney v. Winnebago Soc. Svcs. Dep't (1989). United States Reports (Supreme Court), 489, 189, 213.

Douglas, K. S., Lyon, D. R., & Ogloff, J. R. (1997). The impact of graphic photographic evidence on mock jurors' decisions in a murder trial: Probative or prejudicial? *Law and Human Behavior*, 21, 485.

Dressler, J. (1982). Rethinking heat of passion: A defense in search of a rationale. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 73, 421.

Dressler, J. (1990). Hating criminals: How can something that feels so good be wrong? *Michigan Law Review*, 88, 1448.

Edwards, K., & Bryan, T. S. (1997). Judgmental biases produced by instructions to disregard: The (paradoxical) case of emotional information. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 23, 849.

Eisenberg, T., Garvey, S. P., & Wells, M. T. (1998). But was he sorry? The role of remorse in capital sentencing. *Cornell Law Review*, 83, 1599.

Ekman, P., & Davidson, R. J. (Eds.). (1994). *The nature of emotion: Fundamental questions* (pp. 49–96, 184, 199). New York: Oxford University Press.

- Emens, E. F. (2006). The sympathetic discriminator: Mental illness, hedonic costs, and the ADA. *Georgetown Law Journal*, 94, 399.
- Farnsworth, W. (2002). The economics of enmity. *University of Chicago Law Review*, 69, 211.
- Feigenson, N. (2000). Legal blame: How jurors think and talk about accidents (pp. 69–86). Washington, DC: American Psychological Association.
- Feigenson, N. R. (1997). Sympathy and legal judgment: A psychological analysis. *Tennessee Law Review*, 65, 1, 15, 16, 68, 69.
- Feigenson, N. R. (2001a). “Another thing needful”: Exploring emotions in law. *Constitutional Commentary*, 18, 445, 447.
- Feigenson, N. R. (2003). Emotions, risk perceptions and blaming in 9/11 cases. *Brooklyn Law Review*, 68, 959, 962–978.
- Feigenson, N., et al. (2001). The role of emotions in comparative negligence judgments. *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 576.
- Feldman, H. L. (2000a). Foreword: Law, psychology, and the emotions. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1423, 1424.
- Feldman, H. L. (2000b). Prudence, benevolence, and negligence: Virtue ethics and tort law. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1431.
- Feldmann, T. B., & Bell, R. A. (1991). Crisis debriefing of a jury after a murder trial. *Hospital and Community Psychiatry*, 42, 79.
- Finkel, N. J. (1996). Culpability and commonsense justice: Lessons learned betwixt murder and madness. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 10, 11, 54–56.
- Fishfader, V. L., Howells, G. N., Katz, R. C., & Teresi, P. S. (1996). Evidential and extralegal factors in juror decisions: Presentation mode, retention, and level of emotionality. *Law and Human Behavior*, 20, 565.

Fisk, C. L. (2001). Humiliation at work. *William and Mary Journal of Women and the Law*, 8, 73.

Fletcher, L. E., & Weinstein, H. M. (2002). When students lose perspective: Clinical supervision and the management of empathy. *Clinical Law Review*, 9, 135.

Frank, J. (1930). *Law and the modern mind* (p. 143). New York: Peter Smith Pub Inc.

Frank, J. (1931a). Are judges human? Part one: The effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. *University of Pennsylvania Law Review*, 80, 17.

Frank, J. (1931b). Are judges human? Part two: As through a class darkly. *University of Pennsylvania Law Review*, 80, 233.

Friend, R. M., & Vinson, M. (1974). Leaning over backwards: Jurors' responses to defendants' attractiveness. *Journal of Communication*, 24, 124.

Garvey, S. P. (2000). The emotional economy of capital sentencing. *New York University Law Review*, 75, 26, 27, 31.

Garvey, S. P. (2003). The moral emotions of the criminal law. *Quinnipiac Law Review*, 22, 145.

Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A. J. (1973). *Beyond the best interests of the child*. Northampton, MA: Free Press.

Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A. J. (1979). *Before the best interests of the child*. Northampton, MA: Free Press.

Greenberg, M. S., & Beach, S. R. (2004). Property crime victims' decision to notify the police: Social, cognitive, and affective determinants. *Law and Human Behavior*, 28, 177.

Guthrie, C. (1999). Better settle than sorry: The regret aversion theory of litigation behavior. *University of Illinois Law Review*, 1999, 43.

Guthrie, C. (2004). Risk realization, emotion, and policy making. *Missouri Law Review*, 69, 1039.

Haas, M. (1988). Women in a male-dominated career: Stress and coping. Unpublished Ph.D. Dissertation, Emory University.

Haidt, J. (2003). Elevation and the positive psychology of morality. In C.L.M. Keyes & J. Haidt (Eds.), *Flourishing: Positive psychology and the life well lived*. Washington, DC: American Psychological Association.

Harré, R. (Ed.) (1986). An outline of the social constructionist viewpoint. In *The Social Construction of Emotions*, 2, 2. Oxford: Blackwell.

Henderson, L. (1988). The dialogue of heart and head. *Cardozo Law Review*, 10, 123.

Henderson, L. N. (1987). Legality and empathy. *Michigan Law Review*, 85, 1574, 1579, 1580, 1582–1584.

Huang, P. H. (2000). Reasons within passions: Emotions and intentions in property rights bargaining. *Oregon Law Review*, 79, 435, 438–440 & nn. 22–24, 29.

Huang, P. H. (2002). International environmental law and emotional rational choice. *Journal of Legal Studies*, 31, S237.

Huang, P. H. (2003). Trust, guilt, and securities regulation. *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 1059, 1075–1089.

Huang, P. H. (2004). Lawsuit abandonment options in possibly frivolous litigation games. *Review of Litigation*, 23, 47, 75–78.

Huang, P. H., & Wu, H.-M. (1992). Emotional responses in litigation. *International Review of Law and Economics*, 12, 31.

Hudson, D. L., Jr. (2002). Fear of violence in our schools: Is “undifferentiated fear” in the age of Columbine leading to a suppression of student speech? *Washburn Law Journal*, 42, 79.

Jacobs, J. B., & Potter, K. (1998). *Hate crimes: Criminal law & identity politics*. New York: Oxford University Press.

Jenness, V., & Broad, K. (1997). *Hate crimes: New social movements and the politics of violence*. New York: Aldine de Gruyter.

Jones, O. D. (1999). Law, emotions, and behavioral biology. *Jurimetrics Journal*, 39, 283, 289.

Juergens, A. (2005). Practicing what we teach: The importance of emotion and community connection in law work and law teaching. *Clinical Law Review*, 11, 413.

Kahan, D. M. (1998). The anatomy of disgust in criminal law. *Michigan Law Review*, 96, 1621, 1634.

Kahan, D. M., & Nussbaum, M. C. (1996). Two conceptions of emotion in criminal law. *Columbia Law Review*, 96, 269.

Karstedt, S. (2002). Emotions and criminal justice. *Theoretical Criminology*, 6, 299.

Kaufman, B. E. (1999). Emotional arousal as a source of bounded rationality. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 38, 135, 139.

Kaufmann, G., Drevland, G. C. B., Wessel, E., Overskeid, G., & Magnussen, S. (2003). The importance of being earnest: Displayed emotions and witness credibility. *Applied Cognitive Psychology*, 17, 21.

Keltner, D., & Haidt, J. (2003). Approaching awe, a moral, spiritual, and aesthetic emotion. *Cognition & Emotion*, 17, 297.

Lane, R. D., Nadel, L. (Eds.). (2000). *Cognitive neuroscience of emotion*. New York: Oxford University Press.

Laster, K., & O'Malley, P. (1996). Sensitive new-age laws: The reassertion of emotionality in law. *International Journal of the Sociology of Law*, 24, 21, 23–24.

Lazarus, R. S. (1984). On the primacy of cognition. *American Psychologist*, 39, 124.

Lazarus, R. S. (1991). *Emotion and adaptation*. Oxford: Oxford University Press.

LeDoux, J. (1996). *The emotional brain: The mysterious underpinnings of emotional life*. New York: Simon & Schuster.

Lerner, J. S., et al. (1998). Sober second thought: The effects of accountability, anger, and authoritarianism on attributions of responsibility. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 24, 563.

Li, S., & Roloff, M. E. (2004). Strategic Negative Emotion in Negotiation. IACM 17th Annual Conference Paper, Pittsburgh, PA (extended abstract at <http://ssrn.com/abstract=609283>).

Lieberman, J. D. (2002). Head over the heart or heart over the head? Cognitive experiential self-theory and extralegal heuristics in juror decision making. *Journal of Applied Social Psychology*, 32, 2526.

Little, L. E. (2001). Negotiating the tangle of law and emotion. *Cornell Law Review*, 86, 974.

Little, L. E. (2002). Adjudication and emotion. *Florida Coastal Law Journal*, 3, 205.

Lofton v. Secretary of Dept. of Children and Family Svcs., 358 F.3d 804, 812-15 & n.9 (11th Cir. 2004).

Maguigan, H. (1991). Battered women and self-defense: Myths and misconceptions in current reform efforts. *University of Pennsylvania Law Review*, 140, 379.

Markel, D. (2004). Against mercy. *Minnesota Law Review*, 88, 1421.

Maroney, T. A. (1998). The struggle against hate crime: Movement at a crossroads. *New York University Law Review*, 73, 564.

Massaro, T. (1997). The meanings of shame: Implications for legal reform. *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 645.

Massaro, T. M. (1991). Shame, culture, and American criminal law. *Michigan Law Review*, 89, 1880.

Mazzella, R., & Feingold, A. (1994). The effects of physical attractiveness, race, socioeconomic status, and gender of defendants and victims on judgments of mock jurors: A meta-analysis. *Journal of Applied Social Psychology*, 24, 1315.

Miller, W. I. (1993). *Humiliation: And other essays on honor, social discomfort, and violence*. Ithaca: Cornell University Press.

Miller, W. I. (1997). *The anatomy of disgust*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Moran, R. F. (2001a). *Interracial intimacy: The regulation of race and romance*. Chicago, University of Chicago Press.

Moran, R. F. (2001b). Law and emotion, love and hate. *Journal of Contemporary Legal Issues*, 11, 747, 749–750.

Moran, R. F. (2002). Fear unbound: A reply to professor Sunstein. *Washburn Law Journal*, 42, 1.

Moran, R. F. (2004). Fear: A story in three parts. *Missouri Law Review*, 69, 1013, 1021.

Morse, S. J. (2004a) New neuroscience, old problems. In B. Garland (Ed.): *Neuroscience and the law: Brain, mind, and the scales of justice* (pp. 157–198, 186). New York, Dana Press.

Morse, S. J. (2004b). Book Review (The passions of law). *Ethics*, 114, 601–604.

Mullany, N. J., & Handford, P. R. (1993). *Tort liability for psychiatric damage: The law of “nervous shock.” Australia: The Law Book Company*.

Murphy, J. G. (1999). Shame creeps through guilt and feels like retribution. *Law and Philosophy*, 18, 327.

Murphy, J. G., & Hampton, J. (1988). *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Myers, B., et al. (2002). Victim impact testimony and juror judgments: The effects of harm information and witness demeanor. *Journal of Applied Social Psychology*, 32, 2393.

Nemeth, R. J. (2002). The impact of gruesome evidence on mock juror decision making: The role of evidence characteristics and emotional response. Unpublished Ph.D. dissertation, Louisiana State University and Agricultural & Mechanical College.

Nourse, V. (1997). Passion's progress: Modern law reform and the provocation defense. *Yale Law Journal*, 106, 1331–1335.

Nussbaum, M. C. (1990). *Love's knowledge: Essays on philosophy and literature*. Oxford: Oxford University Press.

Nussbaum, M. C. (1993). Equity and mercy. *Philosophy and Public Affairs*, 22, 83.

Nussbaum, M. C. (1996). Emotion in the language of judging. *St. John's Law Review*, 70, 23.

Nussbaum, M. C. (2001). *Upheavals of thought: The intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.

Nussbaum, M. C. (2004). *Hiding from humanity: Disgust, shame, and the law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Ogletree, C. J. (1993). Beyond justifications: Seeking motivations to sustain public defenders. *Harvard Law Review*, 106, 1239.

Ogloff, J. R. P. (Ed.). (2002). *Taking psychology and law into the twenty-first century* (Vol. 14). New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers.

- Oliver, E., & Griffitt, W. (1976). Emotional arousal and “objective” judgment. *Bulletin of the Psychonomic Society*, 8, 399.
- Orenstein, A. (1997). “My God!” A feminist critique of the excited utterance exception to the hearsay rule. *California Law Review*, 85, 159, 165–182.
- Ortony, A., Clore, G. L., & Collins, A. (1988). *The cognitive structure of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Partlett, D. F. (1997). Tort liability and the american way: Reflections on liability for emotional distress. *American Journal of Comparative Law*, 45, 171, 173, 177.
- Payne v. Tennessee* (1991). *United States Reports (Supreme Court)*, 501, 808.
- Petersen, H. (Ed.). (1998). *Love and law in Europe*. Aldershot, UK; Brookfield, VT: Ashgate Publishing Company.
- Pildes, R. H. (1992). Conceptions of value in legal thought. *Michigan Law Review*, 90, 1520, 1524.
- Pillsbury, S. H. (1989). Emotional justice: Moralizing the passions of criminal punishment. *Cornell Law Review*, 74, 655.
- Pillsbury, S. H. (2002). A problem in emotive due process: California’s three strikes law. *Buffalo Criminal Law Review*, 6, 483, 485.
- Plutchik, R. (1980). *Emotion: A psychoevolutionary synthesis*. New York: Harper & Row.
- Plutchik, R., & Kellerman, H. (Eds.). (1980). *Emotion: Theory, research, and experience: Vol. 1. Theories of emotion*. New York: Academic.
- Polletta, F. (2001). The laws of passion. *Law & Society Review*, 35, 467, 469.

- Poser, S., Bornstein, B. H., & McGorty, E. K. (2003). Measuring damages for lost enjoyment of life: The view from the bench and the jury box. *Law and Human Behavior*, 27, 53.
- Posner, E. A. (2001). Law and the emotions. *The Georgetown Law Journal*, 89, 1977.
- Posner, E. A. (2002). Fear and the regulatory model of counterterrorism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 25, 681.
- Pratt, J. (2000). Emotive and ostentatious punishment: Its decline and resurgence in modern society. *Punishment and Society*, 2, 417.
- R.A.V. v. City of St. Paul (1992). *United States Reports (Supreme Court)*, 505, 377.
- Rapaport, E. (2000). Retribution and redemption in the operation of executive clemency. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1501.
- Ray, L. K. (2002). Judicial personality: Rhetoric and emotion in Supreme Court opinions. *Washington and Lee Law Review*, 59, 193.
- Resnik, J. (1990). Feminism in the language of judging. *Arizona State Law Journal*, 22, 31.
- Roberts, J. W. (2003). Between the heat of passion and cold blood: Battered women's syndrome as an excuse for self-defense in non-confrontational homicides. *Law and Psychology Review*, 27, 135.
- Rosen, J. (1994). Sentimental journey: The emotional jurisprudence of Harry Blackmun (criticism of retiring Supreme Court justice). *The New Republic*, May 2, 1994.
- Rumsey, M. G. (1976). Effects of defendant background and remorse on sentencing judgments. *Journal of Applied Social Psychology*, 6, 64.
- Russell, J. A. (1980). A circumplex model of affect. *Journal of Personality and Social Psychology*, 39, 1161.

Salekin, R. T., Ogloff, J. R. P., McFarland, C., & Rogers, R. (1995). Influencing Jurors' perceptions of guilt: Expression of emotionality during testimony. *Behavioral Sciences and the Law*, 13, 293.

Sanger, C. (2001). The role and reality of emotions in law. *William and Mary Journal of Women and the Law*, 8, 107.

Scheff, T. J. (1998). Community conferences: Shame and anger in therapeutic jurisprudence. *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico*, 67, 97.

Scherer, K. R. & Ekman, P. (Eds.). (1984). *Approaches to emotion*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

Semmler, C., & Brewer, N. (2002). Effects of mood and emotion on juror processing and judgments. *Behavioral Sciences and the Law*, 20, 423.

Siemsen, C. M. (2000). Ideological resolutions of emotional trials: The moral work of women defenders. Unpublished Ph.D. Dissertation, University of California, Santa Cruz.

Sigall, H., & Ostrove, N. (1975). Beautiful but dangerous: Effects of offender attractiveness and nature of the crime on juridic judgment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 31, 410.

Silver, M. A. (1999a). Emotional intelligence and legal education. *Psychology, Public Policy, and Law*, 5, 1173.

Silver, M. A. (1999b). Love, hate, and other emotional interference in the lawyer/client relationship. *Clinical Law Review*, 6, 259.

Silver, M. A., Portnoy, S., & Peters, J. K. (2004). Stress, burnout, vicarious trauma, and other emotional realities in the lawyer/client relationship: A panel discussion. *Touro Law Review*, 19, 847.

Slovic, P. (2000). *The perception of risk*. London: Earthscan Publications.

Slovic, P. (2004). What's fear got to do with it? It's affect we need to worry about. *Missouri Law Review*, 69, 971.

Smith v. Organization of Foster Families for Equality and Reform (1977). *United States Reports (Supreme Court)*, 431, 782, 832, 836 & n. 40, 844–846 & n. 52.

Smith, A. (2004). Too much heart and not enough heat: The short life and fractured ego of the empathic, heroic public defender. *UC Davis Law Review*, 37, 1203.

Smykla, J. O. (1987). The human impact of capital punishment: Interviews with families of persons on death row. *Journal of Criminal Justice*, 15, 331.

South Carolina v. Gathers (1989). *United States Reports (Supreme Court)*, 490, 805.

Spackman, M. P., Belcher, J. C., Calapp, J. W., & Taylor, A. (2002). An analysis of the effects of subjective and objective instruction forms on mock-juries' murder/manslaughter distinctions. *Law and Human Behavior*, 26, 605, 607, 615–618.

Spackman, M. P., Belcher, J. C., & Hansen, A. (2002). Effects of perceived emotional intensity on mock jurors' murder/manslaughter distinctions. *Journal of Applied Biobehavioral Research*, 7, 87.

Special Issue (2002). The new culpability: Motive, character, and emotion in criminal law. *Buffalo Criminal Law Review*, 6, 1.

Stewart II, J. E. (1980). Defendant's attractiveness as a factor in the outcome of criminal trials: An observational study. *Journal of Applied Social Psychology*, 10, 348.

Strang, H., & Sherman, L. W. (2003). Repairing the harm: Victims and restorative justice. *Utah Law Review*, 2003, 15, 17–23

Sullaway, M. (2004). Psychological perspectives on hate crime laws. *Psychology, Public Policy, and Law*, 10, 250.

Sunstein, C. R. (2002a). Probability neglect: Emotions, worst cases, and law. *Yale Law Journal*, 112, 61, 62.

Sunstein, C. R. (2002b). The laws of fear. *Harvard Law Review*, 115, 1119.

Sunstein, C. R. (2005). *The laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge University Press.

Sunstein, C. R. (Ed.). (2000). *Behavioral law & economics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Suozzo, Jr., J. M. (2000). *Power, gender, and emotion: Influences that impact the experience of domestic violence victims in divorce mediation*. Unpublished Psy.D. Clinical Dissertation, California School of Professional Psychology.

Symposium (2000a). Law, psychology, and the emotions. *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1423.

Symposium (2000b). The role of forgiveness in the law. *Fordham Urban Law Journal*, 27, 1351.

Symposium (2001). The passions of law, by Susan A. Bandes. *William and Mary Journal of Women and the Law*, 8, 1.

Symposium (2002). Fear and the law. *Washburn Law Journal*, 42, 1.

Symposium (2003). Responsibility and blame: Psychological and legal perspectives. *Brooklyn Law Review*, 68, 925.

Symposium (2004a). Current issues in law and the emotions: Jury decision-making and beyond. *American Psychology-Law Society/Division 41 of the American Psychological Association 2004 Annual Conference*, March 5, 2004.

Symposium (2004b). Interdisciplinary perspectives on fear and risk perception in times of democratic crisis. *Missouri Law Review*, 69, 897.

Symposium (2004c). Law and the brain. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series B: Biological Sciences*, 359, 1659.

Taslitz, A. E. (2000). Race and two concepts of the emotions in date rape. *Wisconsin Women's Law Journal*, 15, 3.

Taslitz, A. E. (2002). The Fourth Amendment in the twenty-first century: Technology, privacy, and human emotions. *Law and Contemporary Problems*, 65, 125.

Thompson, L., Valley, K., & Kramer, R. (1995). The bittersweet feeling of success: An examination of social perception in negotiation. *Journal of Experimental Social Psychology*, 31, 467.

van Goozen, S. H. M., Van de Poll, N. E., & Sergeant, J. A. (Eds.). (1994). *Emotions: Essays on emotion theory*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.

Virginia v. Black (2003). *United States Reports (Supreme Court)*, 538, 343.

Volpp, L. (2002). Lawyering at the margins: On reason and emotion. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 11, 129.

Ward, C. V. (1994). A kinder, gentler liberalism? Visions of empathy in feminist and communitarian literature. *University Chicago Law Review*, 61, 929.

Welch, D. D. (1997). Ruling with the heart: Emotion-based public policy. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 55.

Whalen, D. H., & Blanchard, F. A. (1982) Effects of photographic evidence on mock juror judgment. *Journal of Applied Social Psychology*, 12, 30.

Wisconsin v. Mitchell (1993). *United States Reports (Supreme Court)*, 508, 476, 488.

Woodward, K. (2002). Calculating compassion. *Indiana Law Review*, 77, 223, 225.

Wright, R. G. (2003). An emotion-based approach to freedom of speech. *Loyola University Chicago Law Journal*, 34, 429.

Zajonc, R. B. (1984). On the primacy of affect. *American Psychologist*, 39, 117.

Zipursky, B. (1990). DeShaney and the jurisprudence of compassion. *New York University Law Review*, 65, 1101.

LAW AND ECONOMICS IN THE HEALTH CARE SYSTEM: AN ANALYSIS OF ITS COSTS AND EFFICIENCY

ANÁLISE ECONÔMICA DO SISTEMA DE SAÚDE: UM ESTUDO DE SEUS CUSTOS E EFICIÊNCIA

*Ana Luísa Sevegnani*¹

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Abstract: The following article, elaborated according to the inductive approach, seeks to evaluate the health care system in the optics of Law and Economics, emphasizing the Brazilian and American models. Public health in Brazil comprises the citizen's right to be provided with adequate health treatments and the State's duty of assuring its effectiveness as a universal and free right. In the American model, health is not ensured as an express fundamental right, and there is not a uniform system to promote services to all the population. Therefore, while in Brazil the State's obligation to safeguard its free fruition to all individuals difficults its fulfilment, in United States, a decentralized and complex system, with particular reference to private insurance, impedes the offer of adequate services to those who need attendance. Considering economic concepts, the efficiency of both systems is still low, in a way that their costs overcome their efficiency.

Keywords: Health care system; Law and Economics; costs; efficiency.

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em dupla titulação com a Widener University Delaware Law School. Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst e em Direito Público pela ESMAFE/RS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Resumo: O presente artigo, elaborado segundo o método indutivo, busca avaliar o sistema de saúde pública sob a ótica da Análise Econômica do Direito, destacando-se os modelos brasileiro e americano. A saúde pública brasileira consiste tanto no direito do cidadão em receber tratamentos quanto no dever do Estado em conferir-lhe efetividade de modo universal e gratuito. Já no modelo americano, a saúde não é garantida como direito fundamental expressamente, não havendo um sistema uniformizado para a prestação de serviços a toda a população. Assim, enquanto no Brasil a obrigação estatal de promover a fruição gratuita desse direito a todos dificulta a sua concretização, nos Estados Unidos, um sistema descentralizado e complexo, com ênfase em seguros privados, impede a oferta de serviços adequados àqueles que necessitam de atendimento. A partir de conceitos econômicos, concluiu-se que ainda é baixa a efetividade de ambos os sistemas, em que os custos sociais superam à eficiência.

Palavras-chave: Sistema de saúde; Análise Econômica do Direito; custos; eficiência.

1. INTRODUCTION

From the analysis of the current context, there are a lot of problems in the legal systems, in special the Brazilian and American ones, regarding the adequate effectiveness of fundamental rights. Mainly in relation to the enforcement of the right to health, this aspect becomes urgent due to the constant difficulties of the State in concretizing it to those who are really vulnerable and need quality health care services. Considering the importance of the effective concretization of this right to the part of population economically underprivileged, health is nowadays a widely discussed subject, with the intention of providing more protection and legal applicability.

The leading aspect to be comprehended is the constitutional and legal provisions in both countries, based on a descriptive analysis. While in Brazil all the citizens have a constitutional guarantee to access any health care service, United States has decentralized systems for specific parts of the population, and this right is not even predicted in the Constitution. The two models present difficulties to execute satisfactory health care treatments, even though in a different way, which will be developed further.

Having this background in mind, the general objective of this article is to evaluate, founded on concepts of Economic Analysis of Law (or Law and Economics) the efficiency of health care systems and their costs, notably, for the part of the population who cannot bear the expenses with medical treatments by themselves. The problem is deep and there are no easy answers to solve it, since it comprises a lot of variables, but this analysis tries to, at least, bring some light to understand the health care systems and the need for more efficiency.

2. DEFINITIONS AND CONTEXTUALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE LEGAL SYSTEM

The present research is founded on an analysis of the fundamental right to health and its economic implications in the legal systems adopted

by Brazil and United States. In view of the fact that health care services are a fundamental right of the citizens, it is necessary to analyze initially how fundamental rights were built, their definition and efficacy.

Despite the theoretical difficulty in defining what is a fundamental right, in general, they seek to provide, above all, the fundamental elements for a life based on liberty and human dignity. Taking into consideration the protection of legal interests that are essential to individuals, similarly, these rights must be formally written in a normative instrument with maximum legal force, in order to assure their effectiveness, namely, the Constitution of a country.

Therefore, fundamental rights can be comprehended according to distinct conceptions. The first notion was based on the idea of a natural right. Due to the circumstance that, originally, the main concern of society was about protecting individual precepts, the State was only responsible for permitting the realization of these rights, and not for intervening in the execution of collective aspirations (CANOTILHO, 2004).

On the other hand, it is possible to consider, in a formal and positivist conception, that fundamental rights are those established by the current law in these terms (HESSE, 1998). They represent so important positions that the decision about guaranteeing them or not cannot be merely left to the simple parliamentary majority (ALEXY, 2015). These circumstances lead to the fact that fundamental rights not only project subjective rights of individuals, but also objective basic principles of a democratic State based on the rule of law (HESSE, 2009).

Because fundamental rights are a variable and relative classification, for didactic reasons, they can be divided in different generations or dimensions, pursuant to the characteristics presented throughout each historical period. The fundamental right to health, approached in this study, is considered a second-generation right, what does not mean, however, that it reveals characteristics only inherent to social rights.

Second-generation rights can be considered participation rights, resulting from the social and political revolutions of the twentieth century, known as equality rights (PISARELLO, 2007). Basically, they consist in social, cultural, economic and collective rights, the foundation of

what is called the Welfare State,² and require active public policy to make the guarantee of exercise and concretization of these rights effective (LUÑO, 2006).

Because of the changes in the organization of society, the State does not perform merely a secondary function in order to allow individual liberty, but acts aiming to realize public policy to collectivity. Considering the new social conditions and the need to guarantee other activities and services, the State takes over a special role to promote more effectively the fundamental rights (HESSE, 2009).

In the current context, social rights are provided in the article 6º of the Brazilian Federal Constitution and contemplate rights to education, health, social security, among others. Nevertheless, they do not represent simply the rights established in this article, but also include other implicit or explicitly written in the constitution text, besides those rights defined in other legislations and international treaties, as authorizes the article 5th, §2nd of the Brazilian Constitution.

As described by Pisarello (2007), social rights are usually related to the satisfaction of individual basic needs in areas such as health, alimentation, education, labor and housing. Thus, these legal interests pursue to promote the realization of material conditions for the full exercise of fundamental rights, which benefits the whole society. Although their guarantee is recognized to all collectivity, the concretization of these rights is necessary, remarkably, to the most economically vulnerable individuals, in order to reduce inequalities between the most favorable groups and those that still need help from the public branches.

Social rights also present a double dimension: subjective and objective. The subjective dimension is verified in the possibility that these rights are requirable by individuals who need to exercise them, what leads, in Brazil, to discussions about the difficulties of a public policy judicial review, because of the scarce availability of resources and the limitations re-

2 The Welfare State seeks to assure minimal patterns of wealth, health, housing, alimentation and education to all citizens as a political right, and not as a way of charity (WILENSKY, 1975). Originated in the beginning of the twentieth century, due to the insufficiency of the Liberal State, this model is different not much because of the intervention of public structures in the improvement of social life, but mainly because this action is claimed by the population as a right (BOBBIO, 2004).

sulting from the so-called reserve of the possible principle. The objective dimension deals with the relation between the system of constitutional objectives and values that guides society, seeking to concretize the human dignity principle and the reduction of social inequalities (SARLET, 2013).

In the Brazilian context, the fundamental right to health was consecrated for the first time in the Federal Constitution of 1988³, that establishes, in the article 196, that all citizens have a right to receive adequate health treatments in a universal and equal way, and the State has the duty to assure its maximum effectiveness. It is considered, above all, as a social or second-generation right, since it demands an active role by the State in the concretization of health promotion measures, such as medicine supplying, health treatments and basic sanitation (SARLET, 1988).

It is related, particularly, to the right to life and to the human dignity principle itself, seeking to guarantee physical and psychic welfare of human beings as an essential legal interest.⁴ The Brazilian Federal Constitution, when establishes that health care is a fundamental right, also assigns to the State the duty to promote actions and public policy able to assure access to protection services and reduction of sickness risks. In this view, implementation, supervision and control are essentially a role of the public branches, in the terms of the articles 197 and 198.⁵

3 Conformingly to the article 196 of the Brazilian Federal Constitution, “health is a right of everybody and a duty of the State, assured through social and economic public policy that aims the reduction of the diseases risk and other problems and the universal and equal access to actions and services to its promotion, protection and recuperation” (translated).

4 During the creation of the World Health Organization (WHO), the preamble of its Constitution, describes that “health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Thus, health depends not only on physical and psychological characteristics, but also on the social and economic environment provided by public entities.

5 The article 197 of the Brazilian Federal Constitution states that health care actions and services are considered as matters of public relevance, which means that the State is responsible for describing, according to the law, their regulation, supervision and control, and their execution must be made directly or throughout third parties and, also, by physical or juridical persons of private nature. The article 198 of the same constitutional text provides that the public health care actions and services integrate a regionalized and hierarchized set and constitute a national system, organized according to the following guidelines: I – decentralization, with unique direction in each sphere of

To achieve this goal, the State can concretize preventive actions that, indirectly, cause effects on health care, such as investments on basic sanitation, potable water and public health care, or also curative actions that can be realized by services related to medical treatments, hospital attendance, medicine supplying, among others (BRANCO; MENDES, 2014).

Therefore, it is evident that the citizens' right to health is, as a result, a fundamental duty of the State, which must make health care effective through the institution and execution of public policy. In the Brazilian Constitution, that can be inferred in the article 196, when imposes that: a) health is a right for everybody; b) it is a duty of the State; c) concretized by means of social and economic policies; f) that seeks to reduce risks of sickness and other problems; d) by universal and equal access (BRANCO; MENDES, 2014). In summary, fundamental right to health can be presented by different views according to the analysis of the situation and is characterized as an individual, collective and meta-individual right (RAMOS, 2005).

In the constitutional text, it is possible to abstract that, when the State attends to social demands related to health, this positive act must be conceded to all citizens, equally and universally. By defining health as a right for everybody, there is a character of generality, meaning that nobody can be obstructed from pursuing a State activity to make this right effective. Equality implies that it is not possible to grant distinctions or privileges of treatment to identical situations. Universality presupposes a solidary responsibility between the entities of the Federation.

In the USA, health care is not expressly protected by the Constitution as a fundamental right, notably because the American constitutional text came into force in 1789 and, back to this historical period, the framers were more concerned with guaranteeing freedom from government, rather than providing for rights to governmental services such as health care. Though, that does not mean that social rights are not protected as relevant fundamental rights, but only that it is mostly established in infra-constitutional regulations or other public acts. For instance, the right to

the government; II – integral attendance, with priority to the preventive activities, but without harming the attendance activities; III – community participation.

health is specified by the Affordable Care Act (ACA), the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), among others.

Because health has never been specifically written on the constitutional text, the question is not whether one has a right to health care that one can pay for, but whether the government has the obligation to provide care to those who cannot afford it (SWENDIMAN, 2010).

In most of the decisions, the Supreme Court has not yet recognized the existence of an implicit right to health in situations where a person cannot afford to pay for health care. Even if the Constitution and Supreme Court interpretations do not identify a constitutional right to health at the government's expense, Congress has enacted laws which establish specific statutory rights of individuals to receive medical services from the government. Besides, governmental obligations to provide health services can be found in many States' constitutions (SWENDIMAN, 2010).

By guaranteeing health as a fundamental right for everyone and establishing guidelines for its full exercise, the Brazilian Federal Constitution and the American Constitution do not specify the way by which health care services will be offered to the community. There are not enough determinations about some requisites, such as how the State must supply medicine or medical treatments to all the individuals, including those who have financial conditions to afford these measures by their own income (CIPRIANI; CRISTÓVAM, 2017). This fact will be only regulated, as a public policy, through infraconstitutional law, what will be analyzed further below.

Thus, the effectiveness of fundamental right to health present evident difficulties, due to the restricted budget capacity of the State's entities to concretize it to those who need to benefit from medical treatments or medicine. Considering the importance of the effective realization of this right to the part of the population that does not have enough financial resources, it is relevant to discuss about the applicability of Law and Economics as a way of concretizing a dignity right to the people that demand help from the State for free.

3. SOME CONSIDERATIONS ABOUT LAW AND ECONOMICS

The doctrine known nowadays as Law and Economics has its origins in the University of Chicago, United States, since 1960's, especially with the 1970's crisis of the Welfare State, based on the studies of Ronald Coase, Guido Calabresi and Richard Posner. This theory seeks to connect the areas of Law and Economy, bringing economic concepts to the analysis and prediction of consequences of a judicial decision (ARRUDA, 2014). This conception constructs a new vision about predictability and certainty to the legal system, sustaining how judicial decisions should be, in order to verify their consequences and efficiency (BERNABÉ, 2019).

The main goal is to avoid the previous positivist idea that Law shall not use other elements besides the legal terms, since this movement reaches an interdisciplinary conception when applies economic criteria in the resolution of social problems. Against the traditional sense that the Law can only be analyzed through legal doctrine based on justice and legislation, Economy recognizes that this conception can be improved by economic concepts, with the criteria of efficiency (MERCURO; MEDEMA, 1999).

In contrast to what many people usually think, Economics does not deal only with numbers and business, but, actually, it is the science of rational choice in a world where resources are limited in relation to human wants. The goal of Economics is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his satisfactions, so, as a conclusion, people respond to incentives (POSNER, 1986).

Therefore, using sources of Economy to the comprehension of legal institutes and the solution of legal problems, Economic Analysis of Law is based mainly on the scarcity of resources and the efficient allocation in a society, creating incentives for people to act and follow a specific conduct (TIMM, 2018). Taking into consideration the premise that the individual is a rational being moved along with certain behaviors, the idea is that Law cannot be founded on theorizations without analyzing the effects of legal decisions to the society and what are the most efficient solutions.

Economists are also interested in studying legal concepts because both disciplines deal with incentives. Pursuant to Miceli, "the economic approach to law assumes that rational individuals view legal sanctions (monetary damages, prison) as implicit prices for certain kinds of behav-

ior, and that these prices can be set to guide these behaviors in a socially desirable direction” (MICELI, 2004).

Some critics argue that Law cannot be founded on the economic concept of efficiency; instead, it should seek for goals such as fairness and justice. But efficiency is just one of the meanings of justice, related to the adequate distribution of wealth in society (distributive justice) and how an equitable distribution can be achieved with the least sacrifice in resources (MICELI, 2004).

To sustain the importance of the Economic Analysis of Law, Coase explains that, according to a classical definition, “a law is an obligation backed by a state sanction”, but the main question is: “how will a sanction affect behavior?”. Trying to answer this questioning, economists provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior, in which sanctions are like prices. The response to these sanctions is similar to the response to prices: people usually respond to higher prices consuming less of an expensive product; for the same reason, people respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity (COOTER; ULEN, 2011).

Including elements of Economics in the Legal System means that, similarly to the study of prices in the market, an analysis of costs and benefits deriving from a judicial decision or the imposition of a new legislation will be made, in order to verify the efficiency of these measures. Efficiency is a very important aspect to policymaking, since it provides an empirical study about waste of money, that can be useful for legal practitioners when evaluating laws’ effects on important social values. Otherwise, not only efficiency is studied by the Economic Analysis of Law, but also the effects of legal measures on the distribution of income, in order to predict who really bears the burden of alternative taxes (COOTER; ULEN, 2011).

In a representative democracy, many policymakers, including executives, legislators and regulators, may set public policies under a flawed perspective that does not make clear the purposes and viable alternatives to society. In a view that describes public policy according to a common perspective, only in terms of legal theory, the main question would be: what impact will it have on our nation or region? Is it fair or reason-

able? Otherwise, this question can be formulated through the lens of law and economics, as: will the outcome of the policy or law be efficient? (HATXIS; MERCURO, 2015)

It is possible to notice that, in Law and Economics, one of the central aspects is the analysis about the consequences of a judicial decision or a public policy, which makes it easier for a judge or a lawmaker to make the most efficient decision. After all, specially in hard cases, there are no right answers, but the most efficient analysis of their possible effects.

According to a common-sense definition, a person is working efficiently when he or she works in her maximum capacity with minimum effort. Moreover, “a government is operating efficiently if it is providing the greatest possible wellbeing for its citizens at the least possible cost. And society as a whole is operating efficiently if its citizens are as well off as possible given the society’s resources” (BELLINGER, 2007).

In this vision, a lot has been described about efficiency and the best consequences of a decision. Despite the different concepts that efficiency can assume, Posner sustains that efficiency means wealth maximization, which was initially defined as something monetary and founded strictly on the Law, but, nowadays, is considered as one of the various interdisciplinary criteria to choose the best consequences of a judicial decision. This economic aspect is related to predicting behaviors, by using rationality of choices and interdisciplinary criteria to comprehend wealth maximization. Wealth maximization, however, is not the only aspect to be considered in a judicial decision, but it must be analyzed in an ample point of view, in which Law is an instrument to realize social goals (POSNER, 1997).

One of the main principles in the study of Law and Economics is scarcity, in the terms of the natural premise that resources in society are limited, while human desires are infinite, emerging the need to make certain choices about possible alternatives and to submit sacrifices in order to allocate resources (GONÇALVES, 2017). Applying this concept to the fundamental right to health, due to the lack of budgetary resources to attend all social demands, it is fundamental to enforce this right according to the State’s limitations. Therefore, the simple legal

protection in a norm is rather pointless if there are not enough resources to enforce it (BARCELLOS, 2002).

Besides, the theory of the reserve of possible is accordant to this comprehension, reinforcing that the inherent costs of the concretization of fundamental rights, for example, the right to health, constitute a limit that must be observed by the State. This fact is justified because the reserve of possible determines that, to demand the effectuation of a right, the factual context shall be observed (OLSEN, 2008).

Pursuant to what has been exposed, the discussion that permeates judicial lawsuits and public choices should be founded on the theory of the reserve of possible, according to which the effectiveness of social rights to material actions is conditioned to the reserve of financial capacities of the State, since they are fundamental rights that depend on public policy financed by the public budget (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

The expression reserve of possible seeks to relate the limitation of economic resources available with the ample needs that must be furnished to the society, so that, additionally to legal discussions about the enforcement of some rights against the State, it is relevant to take into consideration the limitations of material possibilities (BARCELLOS, 2002). In this context, the effectuation of all fundamental rights, both prestational and defense rights, relies directly on the availability of resources by the State, because no right can be considered as absolute (HOLMES; SUSTEIN, 2011).

According to Galdino, there are not properly free rights, because, even those considered by the traditional doctrine as individual rights generate positive costs, what imposes to the State's entities the duty to organize the effectuation of their guarantees observing the budgetary planning (GALDINO, 2005).

Thus, not being an absolute right, it depends on the unequivocal demonstration of the existence of elements that prove lack of financial or economic conditions of the person who needs medical treatment, legitimacy, adaptation of the treatment, material availability of resources and its non-destination to other purposes. The fact that health care is not an absolute right does not withdraw its fundamentality and immediate efficacy in order to obtain its enforcement. The theory of the

reserve of possible cannot be used, by itself, to create obstacles in order to ensure this fundamental right under the argument of lack of public resources, what shall be analyzed with a set of other elements presented by the individual (SILVA, 2010).

It is relevant to contemplate, based on the existential minimum and the reserve of possible, the availability of resources, the necessity and the liability of the State in providing voluntarily, through public policy and execution of services, or compelled by the Judiciary Branch, the minimum condition for a person's dignified existence (SILVA, 2010). There is, in this aspect, the public administrator's duty related to the options and choices of priorities, according to some established criteria.

Therefore, the State shall be responsible for attributing the maximum effectiveness for the fundamental right to health, when involving positive and individual acts, if the demanding demonstrate lack of financial or economic conditions. It is important to highlight, in this manner, the principle of the maximum effectuation of constitutional norms as an essential presupposition to be considered by the interpreter in the concretization of constitutional guarantees. The application of this principle, besides being an interpretative guideline, consists in an incisive command to give validity to article 5th, §1nd of the Brazilian Federal Constitution (SILVA NETO, 1999).

Calabresi and Bobbit, when evaluating the increasing number of judicial lawsuits related to the concretization of public policy and fundamental rights, asseverate that certain decisions made by judges can characterize tragic choices, based on an analysis of the consequences of these decisions in the social, political and economic context. Since both authors were judges, it is necessary to exempt that this study is founded basically on decisions formulated by magistrates, but can permeate both the judicialization of the fundamental right to health and the supplying of medical treatments in the administrative sphere.

Pursuant to this conception, there are some kinds of scarcity that make tragic choices particularly painful necessary, and these choices can be defined as tragic or not. Scarcity, in some cases, can be avoided to some commodities by making them available on the market. However, this does not apply to all the commodities, so that, for some of

them, society must define allocative methods, which can privilege some social classes at the expenses of others. This can provoke a conflict between, in one side, values in which society determines the beneficiaries of certain distributions and the limitations of scarcity and, on the other, moral values that prioritize life and welfare of the population.

It is in this conjuncture that tragic choices appear, it means, in the moment that society tries to make allocations to preserve moral and social foundations. There are cases in which it is possible to make a choice and still ensure the essential values of society, a hypothesis that a tragic choice is replaced by an allocation that does not generate moral contradictions. Otherwise, the choice will be considered tragic, what can lead to the allocation of scarce resources to certain people and, at the same time, generate a conflict with socially important values (BOBBIT; CALABRESI, 1978).

Applying this concept to the aforesaid topic, the conclusion is that, in Brazil, by destining specified resources to the enforcement of health public policy with unlimited gratuitousness, there is an allocation of scarce goods to some social groups at the expense of others. A judge, when authorizes the supplying of a medicine to an infirm individual, and the lawmaker, by describing health as a free right in the Law n° 8.080/90, make a tragic choice, because the same resources could be destined to investments in public health care to those who are really needy.

Tragic choices are related, above all, to the economical impossibility of the public branches to attend all the social needs. This way, allocative tragic choices involve an analysis of costs, because there are not fundamental rights neither public policy without costs in order to make them effective (BOBBIT; CALABRESI, 1978).

Similarly, Holmes and Sustain (2011) defend that, even though the traditional doctrine uses to characterize rights as inviolable, peremptory and decisive, any right which effectiveness depends on an economic expense can be considered absolute and be protected unilaterally by the State without observing the budgetary consequences. Having in mind that rights depend on scarce resources, they demand, consequently, financial choices to their concretization.

With particular reference to health care access, Aaron and Shwartz (1985) highlight that the point of the scarcity is more relevant, considering the usual idea in society that it is immoral or repugnant to think about the costs of these rights. However, thinking this way became unaffordable, and the resources destined to public health care must be allocated according to a context of scarcity and uncertainty (AARON; SCWARTZ, 1985). Decisions in this area must analyze how much it is necessary to make available to individuals, who shall be assisted and the conducts of potential beneficiaries, it means, to use allocative methods due to the scarcity of resources.

4. APPLYING LAW AND ECONOMICS IN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

After examining the point of the definition and historical construction of the right to health and the foundations of Law and Economics, it becomes necessary to establish a panorama about the current system responsible for the concretization of this right to the population in Brazil and in USA, seeking to comprehend its insufficiencies and the actual crisis of this model in both countries.

In Brazil, due to the fact that health care is considered as a fundamental right and a duty of the State in promoting its actions and services universally, the article 198⁶ of the Federal Constitution determines the creation of a Unique Health care System, the “Sistema Único de Saúde – SUS”, in order to execute, control and organize actions involving public health care.

One of the main innovations in this system, inspired by the British model⁷, is the express provision, in the article 196, of universal, integral

6 This way, the article 198 of the Brazilian Federal Constitution states that the health care public actions and services integrate a regionalized and hierarchized net and constitute a unique system, organized according to the following directives: I – decentralization, with unique direction in each sphere of the government; II – integral attendance, with priority to preventive activities, but also including assistance services; III – participation of the community (translation).

7 The National Health Service (NHS), created in 1948, provides universal access to all the

and equal access to health care services, bringing to the State the duty of realizing measures for the promotion and protection of this right. The universality of the access to health care services no longer restrict the access to other requirements. It is also assured the integrality of the attendance, considering the individual in his totality, and analyzing not only the presence of diseases, but all social conditionings from any nature.

After the promulgation of the Brazilian Federal Constitution, health and its unified system were regulated, on the infraconstitutional scope, by the Law n° 8.080/90⁸. In the terms of the article 4° of the legislation, Unique Health care System – SUS can be defined as a set of actions and services, realized by public federal, state and municipal organs and institutions. The goal is to promote integral attendance of the population, executing essential services and activities (MENDES, 2013).

Furthermore, the article 43⁹ of the Law n° 8.080/90 predicts the gratuitousness of health care services, seeking to exempt the Brazilian population of any payments to benefit from these services, even though, in practice, the ample and unrestrained gratuitousness consists in a barrier to the effectuation of this right in adequate levels to all the individuals.

Although the express provision about a universal, equal and free system, that has the goal of making health care effective to all the Brazilian population, currently, in daily situations, it is visible how public health is still ineffective to those who need these services. The lack of medical

population, based on the principles of equity and integrality, throughout a public and decentralized structure. According to the NHS Constitution, the legal instrument that regulates the parameters, principles and rights of the health care system adopted in the country, the coverage to medical treatments is free, except when otherwise stipulated by the Parliament (ENGLAND).

8 According to the article 2th of the Law n° 8.080/90, health is a human fundamental right, so the State has the duty to promote the indispensable conditions to its full concretization. §1nd The duty of the State in assuring health care consists in the formulation and execution of political, economic and social conditions that aims to the reduction of diseases risk and other problems and the establishment of conditions that guarantee its universal and equal access to actions and services to its promotion, protection and recuperation (translation).

9 The article 43 of the Law n° 8.080/90 ensures the gratuitousness of health care actions and services stays preserved in the public services, excepting contractual clauses established with private entities.

attendance in public hospitals, medicine and instruments capable of promoting quality health care services demonstrate the need for an alteration in the system, in order to concretize the constitutional text.

Aiming to contextualize the actual crisis in the provision of health care services, estimates of the Brazilian Institute of Geography and Statistics, “Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”, demonstrated that, in 2013, public expenses in this sector corresponded to only 3,6% of the Gross Domestic Product (GDP), a percentage that, according to the World Health Organization (WHO), is considered very low for a country with a universal coverage system (WHO). Meanwhile, European countries with universal system invested, on average, 8,3% of their GDP in actions for health care promotion (MENDES, 2013).

Demonstrating the alarming situation of health care services in Brazil, the Federal Council of Medicine evaluated that, in 2013, the value invested by the federal, state and municipal governments totalized the quantity of R\$3,05 per day for each citizen, that means an annual expense of R\$1.098,75 *per capita*. Taking into account the total of two hundred billion of Brazilians users of SUS, these investments are below the necessary patterns for the guarantee of health to the population. In comparison, other countries have invested higher values, such as United Kingdom (annually US\$3.598 for each habitant) and Germany (US\$5.006) (CFM, 2016).

Also, in 2014, merely 6,8% of the public budget was destined specifically to health care promotion, considering the expenses of the Union, states and cities. Brazilian percentage invested is the third worst among the thirty-five countries of the American continent and is much above the annual average, of 11,7% (CFM, 2017).

From the concrete statistics, it is possible to visualize the crisis in the Brazilian system to concretize health care services, because it is common for individuals that depend on the state protection to only achieve it throughout the judiciary branch, due to the lack of resources to promote quality medical treatments. There is also in Brazil the widely discussed problem about judicialization of the fundamental right to health, due to the inactivity of the Public Administration to promote effective services.

On the other hand, the health care system presented by the United States is quite different in comparison to Brazil. Despite being one of the most economically developed countries in the world, in promotion of public health, the system instituted in USA has suffered lots of critics throughout the years. That fact is justified because there is not a uniform and universal model. The United States spends nearly one fifth of its Gross Domestic Product (GDP) on health care, more than three trillion a year, but does not deliver an excellent health service to the population (ROSENTHAL, 2017).

The system is based mainly on private securities, and there is only a State financial contribution to two kinds of funds: 1) *Medicare*, that consists in a program of the federal govern, presenting national and uniform regulation destined to retired individuals, it means, that are more than 65 years old and their dependents; 2) *Medicaid*, a program controlled by the states, which implies the heterogeneity of the coverage, because it depends on different financial capacities of the American federation entities. It aims to protect specially people with low income, through the demonstration of financial incapacity.

Out of these two programs offered by the government, most part of the population has to afford the costs of a private insurance. In order to reduce the consequences of the absence of a public sector destined to people that does not fit the programs provided by the State, the number of private financing based on insurances of groups has increased, involving, above all, ample sectors of workers and companies (FAVERET FILHO; OLIVEIRA, 199).

Meanwhile, in 2010, the USA approved a reform that pursued to attribute social characteristics to the public health care model, previously of an individual nature. As a way of improving the efficiency and the attention to health care promotion, the Patient Protection and Affordable Care Act created an organized market for selling health care insurance, called National Health Insurance Exchange, that presents lower prices and amplifies the access to low-income citizens (COSTA, 2013). Due to the reduction of costs, American citizens have become compelled to make a health care insurance, through their employers, individually or through public programs, under penalty of the payment of penalties.

To corroborate the information about the American health care system, researchers estimate that, in 2014, 283,2 million people in the USA or 89,6% of the population had some type of health insurance, with 66% of workers covered by a private health insurance plan. Among the insured, 115,4 million people or 36,5% of the population received coverage through the US government. Besides, nearly 32.9 million people had no health insurance, causing difficulties to the concretization of this important right (SMITH; MEDALIA, 2015).

Yet, even though the government plays a small role in the concretization of the fundamental right to health, USA is one of the countries that most expend resources with health services. In comparison to other countries members of the Organization for Economic Cooperation and Development – OECD, public spending on health care *per capita* in USA is greater than any other country, except Norway and the Netherlands, with expenses of \$8.713, more than double of the OECD average of \$3.453. Brazil spends only \$1.471 per capita, an incredibly low quantity of resources for a country with a universal health care system (OECD). Also, in a research that evaluated the quality of health care services in one hundred eighty-eight countries, United States was ranked at the 28th position, below almost all other rich countries (GBD 2015 SDG COLLABORATORS, 2016).

The arguments used to justify why USA spends so much in health services, while present, in contrast, bad results on the matter of enforcing this right to the population are not only the price Americans pay for their health care providers, but is centralized on two assumptions: the way health insurance is managed and the complexity of American health care system.

The United States relies on profit-making health insurance companies to pay for essential and elective care. This way, the insurance company uses part of the money payed to cover the individual's expenses and medical bills and the remainder is soak up to cover the costs of marketing and administration, as well as their profit. Most of the other developed countries have decided that basic health insurance must be a nonprofit operation, due to the social characteristic of this right, to avoid market influences. Also, in many developed countries, health insurance plans are required by Law to guarantee coverage for anybody, but American insur-

ance firms, though, are allowed to choose their customers, to avoid an “adverse selection”, which means people who only decide to make a health insurance when they are diagnosed with a disease (REID, 2010).

Besides, the second problem refers to the sheer complexity of American health care system, that is very fragmented and decentralized, since there is not a unique system or an organized set of rules governing medical treatments. This factor, combined with the administrative bureaucracy, makes American medicine more complex and more expensive than it needs to be, promoting low quality services to the population.

The analysis made until now has the objective of applying some concepts of Law and Economics, such as cost, allocation of resources and efficiency, to guarantee the adequate concretization of the right to health, with emphasis to the approach of the American and the Brazilian health care systems. As explained, efficiency means, in synthesis, assuring the maximization of benefits with the lowest costs. The main goal is to reach an optimum situation in which there are not damages in one’s situation or, still, that people eventually damaged can be compensated by those who had benefits, according to budgetary criteria.

Under this scenario, health is accepted as a “fundamental commodity”, which means that the demand for improvements is similar to the analysis of the demand for other services and goods. However, because health is not tradeable or purchased directly, it is not possible to evaluate it exclusively in the context of a market. On the other side, it is possible to verify the individual demands for health care, involving the purchase of goods such as health insurance and other health care services (DEVLIN; MORRIS; PARKIN, 2007).

Economists, in general, highlight a difference in the demand for most goods and services. Some of them can be considered a “want”, which is someone’s desire to consume something, while others can be a “demand”, which means a want held on the willingness and ability to pay for it. In view of the health care complexity, some considered that health care is not a want or a demand, but a “need”, related to the capacity to benefit from a good or service. Health is quite different from other goods particularly because of its uncertainty, that is, people cannot know when they will become ill (DEVLIN; MORRIS; PARKIN, 2007).

In order to prevent the gaps derived from the uncertainty and lack of predictability of illness, United States decided to address the problem through insurance markets, whereas Brazil adopted a unique, universal and totally free model of health care. Both countries present evident difficulties in executing a quality health care system, for the reason that services offered to the population are not satisfactory. Nevertheless, considerations about the efficiency and social costs of the systems show that the problems presented by them are quite opposite.

In the United States, adopting a system based mostly on insurance market can be problematic, since these companies work with a given probability of the event arising. In some conditions, the individual may have a pre-existing chronic disease and will probably not be covered by an insurance company, generating a gap in cover due to the lack of protection.

On the contrary, in the Brazilian system, as described previously, the Constitution guarantees universality and integrality of the fundamental right to health, while the infra-constitutional law predicts ample gratuitousness in offering medical treatments, medicine and hospital attendance. Despite the excellent intention of the lawmakers in the definition of a universal and totally free right, it is rather pointless to have a legal provision for ample gratuitousness to the citizens if, in practice, these services are not really efficient for those who need them.

According to the statistic information provided before, there are few financial resources in the public budget to enforce this fundamental right to everyone who need it. That is justified because a universal and gratuitous system demands, in return, a big amount of expenses to fund these treatments to society. However, Brazil does not present sufficient resources to guarantee free services to the whole population, which brings up the urgent necessity to promote structural changes in the system.

Specifically with regard to health, the point of scarcity is more relevant, since resources may be allocated in accordance with a context of scarcity and uncertainty (AARON; SCWARTZ, 1985). The measures taken in this scope must consider how much to make available to individuals, who must benefit from the government system and the

criteria to be fulfilled by the beneficiaries, defining allocative methods due to the scarcity of resources (AMARAL, 2001).

By imposing to the State the duty of supplying medical treatments or medicine to an individual with sufficient conditions to bear its expenses, public resources are allocated that, otherwise, could be destined to the collectivity disadvantaged and that need to obtain the same treatments for free. Besides, due to the fact that Brazilian health care system does not establish any fees for the individual to access these services, the country has seen an expressive raise in litigation that seek to obtain, in case of an administrative denial, a judicial decision recognizing the right to have a specific treatment, based on the article 196 of the Constitution.

Differently, the United States present a health care system based on different kinds of government programs, that attend only a small part of the society and is characterized by its fragmentation and decentralization. One of the crucial critics about this model is the fact that not everybody can have access to medical treatments by public programs, along with its sheer complexity. Mostly, the American citizens are not contemplated by the government programs and, as a consequence, are compelled to buy a private insurance.

Under the optics of the allocation of resources in the public budget, it is positive that some requirements of eligibility are described for people who will be benefited from the public system, due to the difficulties of providing health care treatments to everybody, even those who have sufficient financial income. However, the main point is that, as a result of the complexity of the system and the strict requirements, still many people who cannot afford to pay for a private insurance cannot access public programs.

The American program called Medicaid is regulated by each state of the Federation, and so it present different requirements according to the regulations and public acts enacted. The requirements are also complex, since many criteria are taken into consideration when analyzing the possibility of an individual be included in the State's program, which generates many administrative costs and few benefits.¹⁰ One of

10 For more information about the access to Medicaid and its requirements of eli-

the alternatives to solve this problem is the transformation of the Medicaid into a single-player health insurance system, which means the creation of a program controlled by the central government with unified requisites of eligibility, such as the Medicare.

The United States is still the only developed nation that do not offer a universal health care system, and, on the contrary, presents a system that relies on private insurance. A single-payer and universal health care could help keep costs of providing these services for two reasons: it means that the government can regulate and negotiate the price of drugs and medical services, and it eliminates the need for a vast private health-insurance bureaucracy (MERELLI, 2017).

It is important to notice that, assuring universal coverage to American citizens does not mean that everybody should have access to all medical treatments and services without paying any fees, what happens in Brazil and has presented lots of difficulties to concretize every medical service to everybody for free. However, at least health should be recognized as a relevant right to the population and lower prices should be guaranteed, in order that people could contribute economically with the system according to their resources.

The changes in health care known as Obamacare have represented some progress, but it is still small comparing to the necessary improvement to ensure social characteristics, and not only market and price aspects, to the program. There is a higher proportion of Americans than people in other developed nations that deny themselves access to needed health care due to its costs and difficulties in paying their medical bill. There are also approximately twenty million uninsured Americans, and even those who have health insurances face ever higher fees and coinsurance (REINHARDT, 2019).

With emphasis on the basic concepts of Economic Analysis of Law, it is possible to conclude that society's resources are limited, whereas human desires are limitless, which leads to the need for choices about alter-

gibility, please consult: AMERICAN COUNCIL OF AGING. **Medicaid Eligibility:** 2020 Income, Asset & Care Requirements for Nursing Homes & Long-Term Care. Available at: <<https://www.medicaidplanningassistance.org/medicaid-eligibility/>>. Access on: 20 jan. 2020.

natives and sacrifices for budgetary allocation. Applying this notion to the fundamental right to health, the lack of sufficient resources to meet all the demands, it is essential to observe the State budgetary limitations to create and execute public policy related to health care. On the contrary, the costs of this right, even though predicted in the Constitution, will be too high in comparison to the efficiency provided to the citizens.

5. FINAL CONSIDERATIONS

According to the concepts analyzed on this article, it became possible to comprehend how the legal systems, particularly those presented by Brazil and United States, protect and assure health care services, based on models with different characteristics. Brazil seeks to enforce health as a fundamental right on its Constitution, through the provision of universality and gratuitousness of this guarantee. Otherwise, United States does not enforce health as a constitutional right and presents a complex State program, but its costs are still very high.

The delimitation of this approach was a study based on the Economic Analysis of Law, seeking to verify the costs and efficiency of both systems, besides the need for changes in order to improve health care services. This problem is justified, mostly, on the fact that the constitutional or legal provisions that describe public health systems in both countries are still inefficient, due to the budgetary challenges faced by public authorities and the lack of quality services.

Law and Economics can be an excellent instrument for judges, public authorities and lawmakers to verify the impacts of certain proposals that aim the implementation of fundamental rights, public policy or other relevant social actions to the country, examining how they affect the government budget and economic costs. When the public measure is the concretization of social interests, like the right to health, the inclusion of economic elements is useful to analyze the costs and benefits arising from the action, in order to achieve a fair decision to society.

Considering the analysis of the effectuation of the fundamental right to health in the Brazilian and American systems pursuant to Law and Economics, it is evident that the implementation of this right depends on

a model that predict attendance for those who need medical treatments, in accordance with the financial or economic resources of the person. In Brazil, providing a public, universal and totally free system generates lots of costs for the State, but with low efficiency for the citizens. On the other hand, in the United States, a private, decentralized and complex system, based essentially on private insurance, cannot offer quality services to those who need public assistance.

Therefore, these changes involve a tragic choice, according to which the public authorities cannot fulfil all social demands, and allocative decisions related to a process of costs, since there are not fundamental rights nor public policy without costs for their implementation. That is why it is still necessary to improve the health care systems presented by both countries, seeking to provide medical treatments with less costs and more efficiency.

6. REFERENCES

AARON, H. J.; SCHWARTZ, W. B. **The Painful Prescription: rationing hospital care.** Wahsington: The Brookings Institution, 1985.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, G. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMERICAN COUNCIL OF AGING. **Medicaid Eligibility: 2020 Income, Asset & Care Requirements for Nursing Homes & Long-Term Care.** Available at: <<https://www.medicaidplanningassistance.org/medicaid-eligibility/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ARRUDA, T. N. **Juízes e casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin.** Curitiba: Editora Juruá, 2014.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLINGER, William K. **The Economic Analysis of Public Policy.** Nova York: 2007.

BERNABÉ, E. S. B. N. **Análise Econômica do Direito à Saúde: o caso do Estado do Pará.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BOBBIO, N. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1.

BOBBIT, P.; CALABRESI, G. **Tragic Choices.** Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.

BRANCO, P. G. T.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

_____. Congresso. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas**. 2017. Available at: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Governo gasta R\$3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro**. Levantamento do CFM avalia gasto per capita em saúde pública; indicadores mostram que valores aplicados pelos municípios sofreram queda de mais de R\$ 10 bilhões. 2016. Available at: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CIPRIANI, M. P.; CRISTÓVAM, J. S. S. Sobre ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, n. 22, v. 13, set./dez. 2017.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011.

COSTA, J. P. da. A Reforma Obama e o Sistema de Saúde dos EUA. **Arquivos de Medicina**. Porto Alegre, v. 27, n. 4, p. 158-167, ago. 2013.

DEVLIN, Nancy; MORRIS, Stephen; PARKIN, David. **Economic Analysis in Health Care**. West Sussex: John Wiley & Sons, 2007.

ENGLAND. **The NHS Constitution for England**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-nhs-constitution-for-england/the-nhs-constitution-for-england>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

FAVERET FILHO, P.; OLIVEIRA, P. J. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Planejamento de Políticas Públicas**. Brasília, n. 3, p. 139-161, jun. 1990.

GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GBD 2015 SDG COLLABORATORS. Measuring the health-related Sustainable Development Goals in 188 countries: a baseline analysis from the Global Burden of Disease Study 2015. **The Lancet**, New York, n. 388, p. 1813-1850, 2016.

GONÇALVES, E. N.; SILVA, M. A. S. Direito e Economia na consecução de políticas públicas para a saúde no Brasil: a public choice no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 17-39, jul./dez. 2017.

HATXIS, A. N.; MERCURO, N. (org.). **Law and Economics**: philosophical issues and fundamental questions. New York: Routledge, 2015.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LEITE, G. N. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional**: uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Pará, Belém, 2017.

LUÑO, A. E. P. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MERELLI, A. A history of why the US is the only rich country without universal health care. **Quartz**, New York, jul. 2017. Disponível em: <<https://qz.com/1022831/why-doesnt-the-united-states-have-universal-health-care/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MENDES, Á. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, n. 4, v. 22, p. 987-990, 2013.

MERCURO, N.; MEDEMA, S. G. **Economics and the Law**: from Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MICELI, T. J. **The Economic Approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

OECD. **Health at a Glance 2015**: OECD Indicators. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance_19991312>. Acesso em: 26 jan. 2021.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PISARELLO, G. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986.

_____. **Overcoming Law**. 4. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

RAMOS, M. C. S. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, p. 147-165, out./dez. 2005.

REID, T. R. **The Healing of America**. New York: Penguin Press, 2010, Kindle Edition.

REINHARDT, U. E. **Priced out: the economic and ethical costs of American health care**. Princeton: Princeton University Press, 2019.

ROSENTHAL, E. **An American Sickness: how healthcare became big business and how you can take it back**. New York: Penguin Press, 2017.

SILVA, R. A. D. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA NETO, M. J. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora Ltr, 1999.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, p. 4, oct./dec. 2011

SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SMITH, J. C.; MEDALIA, C. U.S. Health Insurance Coverage in the United States: 2014. In: **Census Bureau. Current Population Reports**, U.S. Government Printing Office, Washington, 2015.

SWENDIMAN, K. S. Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers. **Congress Research Service Report**. Washington, abr. 2010.

TIMM, L. B. **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WHO. World Health Organization. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843>. Acesso em: 15 jan. 2019.

WILENSKY, H. L. **The Welfare State and Equality: structural and ideological roots of public expenditures**, Los Angeles: University of California Press, 1975.

A POLÍTICA PÚBLICA DO DECRETO 9.450/2018 À LUZ DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PUBLIC POLICY OF DECREE 9.450/2018 IN THE LIGHT OF
UNDERSTANDING OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND
THE FEDERAL SUPREME COURT

Ana Luíza Nicolini de Castro David¹

Data de Submissão: 13/04/2020

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Este trabalho visa apresentar de forma detalhada os trâmites processuais no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF que debateram a respeito do Decreto 9.450/2018, o qual instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT que permite a inserção, no âmbito das contratações públicas, de pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mercado de trabalho e na geração de renda. O debate jurídico e administrativo em ambas as Cortes é o objeto deste trabalho, de modo a esclarecer se o referido Decreto está em consonância com o disposto na Lei 8.666/93 ou se extrapola as determinações da referida Lei de Licitações. Ademais, a metodologia utilizada é a de relato de experiência, visto que todas as informações foram extraídas do trabalho de defesa técnica empenhado no âmbito do TCU, o que permite o conhecimento detalhado do tema, a fim de auxiliar os leitores na formação de um entendimento reflexivo a respeito do assunto.

Palavras-chave: Decreto 9.450/2018. Presos e egressos. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal.

1 Advogada. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Ensino Superior do Ministério Público – FMP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Abstract: The aim of this research is present the procedural steps from the scope of Federal Court of Accounts and Federal Supreme Court in accordance with the debate about decree 9450/2018, which instituted the National Labor Policy from the scope of Prison System, that allows the insertion, from the scope of Public hiring, of people deprived of liberty and egresses of Prison System, in the labor market and income generation. The Legal and Administrative debate in both Courts is the object of this research, aiming at explain if the referred decree is in accordance with what is provided by law 8666/93 or if extrapolate the determination of the referred Bidding law. In addition, the methodology used is the experience report, whereas all the informations were derived by the Advocacy work engaged from the scope of Federal Court of Accounts, which allows the detailed knowledge of the theme, in order to help the readers in development of a reflexive comprehension about it.

Keywords: Decree 9.450/2018. Prisoners and egresses. Federal Court of Accounts. Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste artigo visa analisar, em suma, os julgados do Tribunal de Contas da União – TCU no âmbito do processo nº 041.309/2018-9 e do Supremo Tribunal Federal – STF no Mandado de Segurança nº 36392/DF, os quais realizaram uma profunda análise jurídica a respeito do Decreto nº 9.450/2018.

O referido normativo instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho para pessoas presas e egressas do sistema prisional brasileiro no âmbito das contratações públicas.

Isto é, o Decreto supracitado regulamenta a exigência, em sede de edital licitatório, de as empresas garantirem determinado percentual de mão de obra a ser despendido na execução da atividade contratada, destinado exclusivamente à presos e egressos do sistema prisional brasileiro.

Destarte, o aprofundamento do tema a seguir explorado se baseia em informações técnicas colhidas por meio da atuação profissional no caso, visando, assim, contribuir na difusão do tema e na reflexão da importância de políticas afirmativas no âmbito das licitações.

Destaca-se que as contratações públicas são instrumentos que permitem a Administração Pública manter-se em uma posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa, o que admite, portanto, a utilização deste espaço e das prerrogativas inerentes ao procedimento licitatório para implementar ações sociais, evitando que as contratações sejam um fim em si mesmo e alcançando, portanto, uma função horizontal da licitação e da contratação administrativa, permitindo o uso dessa força estatal em prol da consecução de benefícios sociais, transcendendo o mero cumprimento de formalidades.

Desta forma, o Decreto nº 9.450 de 24 de julho de 2018 instituiu a política pública denominada Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, conforme dispõe o preâmbulo do referido Decreto:

Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à forma-

ção profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo federal.

De acordo com o que determina o normativo supracitado cominado com a Lei de Licitações, as empresas que contratarem com o poder público deverão empregar mão de obra formada por presos ou egressos do sistema prisional brasileiro, nas proporções instituídas pelo artigo 6º do mencionado Decreto, nos seguintes termos:

Art. 6º Para efeito do disposto no art. 5º, a empresa deverá contratar, para cada contrato que firmar, pessoas presas, em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, ou egressas do sistema prisional, nas seguintes proporções:

I - três por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos ou menos funcionários;

II - quatro por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos e um a quinhentos funcionários;

III - cinco por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar quinhentos e um a mil funcionários; ou

IV - seis por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de mil empregados.

Isto posto, evidencia-se que o fim principal da política se encontra oriunda da aproximação das relações entre mercado de trabalho e sistema punitivo, na tentativa de operar uma ressocialização por meio da garantia de acesso à oportunidade laboral, e mais que isso, uma chance social, por meio das contratações públicas que por si só geram expressivas oportunidades de trabalho.

Assim, as licitações deixam de ser mera burocracia e passam a ser um instrumento de operacionalização da política pública e de implementação de emprego para presos e egressos, os quais, frisa-se, infelizmente, possuem dificuldade na inserção no mercado de trabalho, vivendo uma

“marginalização” na sociedade capitalista, conforme leciona Alessandro Baratta (2002):

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelevel no indivíduo. A hipótese de Foucault, da ampliação do universo carcerário à assistência antes e depois da detenção, de modo que este universo esteja constantemente sob o foco de uma sempre mais científica observação, que se torna, por seu turno, um instrumento de controle e de observação de toda a sociedade, parece, na realidade, muito próxima da linha de desenvolvimento que o sistema penal tomou na sociedade contemporânea. Este novo “panopticon” tem sempre menos necessidade do sinal visível (os muros) da separação para assegurar-se o perfeito controle e a perfeita gestão desta zona particular de marginalização, que é a população criminosa.

Por conseguinte, o Poder Público em sua relação de verticalidade nas licitações possui o poder de influir na determinação de reserva de vagas para presos e egressos, como medida fim de assistência na reintegração social do indivíduo, atuando, portanto, antes e depois da detenção, conforme será melhor abordado adiante.

Ademais, os processos e as decisões que serão analisados ao longo deste trabalho discutem a respeito da formalidade de aplicação da política pública, ou seja, de como será instituída a PNAT na prática, durante o processo licitatório, a fim de mitigar controvérsias quanto a aplicação formal do que fora instituído na teoria pelo ordenamento.

Nesse sentido, as ações ora analisadas possuem como objeto da lide, um específico edital de licitação que continha como exigência a necessidade da licitante apresentar Declaração de que destinava 3% (três por cento) das vagas do quadro empregatício para presos e egressos, bem como a entrega de Declaração emitida pela Vara de Execuções Penais – VEP informando que há mão de obra apta disponível para exercer tal atividade laboral, sendo estes, portanto, definidos no referido edital

como critérios de habilitação jurídica, nos termos do artigo 5º, § 1º, I do Decreto 9.450/2018.

Assim, em suma, durante o trâmite dos processos supramencionados, o Tribunal de Contas da União, inicialmente, em sede de cautelar, proferiu entendimento de que a exigência de Declaração de reserva de vaga, com base no Decreto 9.450/2018, e demais requisitos subjacentes extrapolariam o previsto na Lei de Licitações como critério de habilitação jurídica, previsto no artigo 28 da Lei 8.666/93.

Ocorre que esta discussão ascendeu ao Supremo Tribunal Federal, conforme será explicado detalhadamente a seguir, o qual, por sua vez, proferiu entendimento contrário ao do Tribunal de Contas, em decisão com grandes reflexos no âmbito jurídico-administrativo a respeito da legalidade da exigência promovida pelo referido Decreto, por força do que dispõe o artigo 40, § 5º da Lei de 8.666/93.

Assim, este artigo se pautará na análise detalhada das discussões em ambos os Tribunais para que ao final seja realizada uma reflexão a respeito do assunto, de modo a debater a respeito da política pública com considerável impacto para o Direito Administrativo ante a associação do grande poder de compra estatal e da promoção de ações afirmativas em contratações públicas.

2 PREGÃO: CONCEITO E FUNCIONALIDADE

Inicialmente, cabe explicitar a respeito da modalidade de licitação pregão, para somente em seguida adentrar no mérito da discussão do Decreto nº 9.450/2018, visto que é de suma importância rememorar alguns conceitos de Direito Administrativo necessários para o entendimento deste trabalho.

Assim, persiste apresentar o conceito de pregão, nos termos do entendimento do TCU (2010):

Pregão destina-se exclusivamente a contratação de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação. Nessa modalidade, os licitantes apresentam propostas de preço por escrito e por lances, que podem ser verbais ou na forma eletrônica.

Nesse sentido, a Lei nº 10.520/2002 instituiu esta modalidade de licitação que pode ocorrer de forma presencial e eletrônica, sendo esta última a mais adotada pela Administração em suas contratações, tendo em vista a facilidade tecnológica que assegura a celeridade necessária para procedimentos públicos. Nesse sentido, explica Meirelles (2006):

É aquele efetuado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. [...] Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de ocorrer na presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica.

Tendo em vista a breve explicação conceitual a respeito da modalidade de licitação denominada pregão, é necessário mencionar a respeito das fases, a fim de entender o que fora disciplinado pelo Decreto 9.450/2018.

2.1. Pregão: Fases

Em complementação ao anteriormente exposto, no procedimento licitatório, após estudo interno preliminar realizado pelo órgão contratante, é publicado o edital que divulga as regras a serem aplicadas no certame, bem como dispõe os termos da futura contratação, sendo, portanto, ato administrativo vinculado que não pode ser desrespeitado pelos seus agentes. O instrumento convocatório deve ser completo, de modo a permitir que todos conheçam os termos e requisitos da contratação. Nesse sentido, explica José de Carvalho Filho (2018):

Vários dados devem figurar no edital, como o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento etc., todos constantes do art. 40 do Estatuto. Como se trata de peça detalhada e longa, o edital deve ser divulgado através de aviso resumido, publicado no Diário Oficial, sendo indicado o local onde pode ser conseguido o inteiro teor do ato. O edital deve obrigatoriamente ter alguns anexos: a minuta do contrato a ser firmado futuramente; o orçamento estimado em planilhas

de quantitativos e preços unitários; o projeto básico e, se for o caso, o projeto executivo; e as especificações complementares e as normas de execução. Observa-se que todas essas imposições têm o escopo de permitir inteira aplicação do princípio da publicidade, dando oportunidade aos interessados de conhecerem os detalhes que cercam a licitação e o futuro contrato.

Assim, após a publicação do edital, no julgamento das propostas, analisa-se a razoabilidade dos preços e a compatibilidade das propostas com as exigências do edital. O órgão contratante poderá realizar diligências a fim de, tão somente, complementar ou esclarecer documentos já apresentados, sendo vedada a inserção de documentação nova em sede de diligência, conforme entendimento pacificado do TCU:

Acórdão 4827/2009-Segunda Câmara
Enunciado

É cabível a promoção de diligência pela comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, para esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Destaca-se que as referidas diligências servem para coibir o formalismo exacerbado que se encontra veemente vedado pelo Tribunal de Contas da União em sua jurisprudência. Assim, leciona Hely Lopes Meirelles (1996) sobre o assunto:

O princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias na licitação, como também não quer dizer que se deva anular o processo ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões sejam irrelevantes ou não causem prejuízos à Administração ou participantes do certame.

Em seguida, a fim de verificar a aptidão da licitante vencedora, estas deverão enviar a documentação prevista em Lei para habilitação,

a qual é dividida em: habilitação jurídica; técnica; econômico-financeira; fiscal e trabalhista, conforme explica José de Carvalho (2018):

Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase de julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo da licitação.

A respeito tão somente da habilitação jurídica, a qual será debatida ao longo deste trabalho, destaca-se os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado (2012), procurador do TCU:

Acerca da habilitação jurídica (art. 28) [...] A finalidade desse dispositivo é o de impedir que sejam contratados pela Administração Pública aqueles que não tenham existência jurídica reconhecida pelo Direito Positivo. A apresentação dos documentos relativos à habilitação jurídica serve para demonstrar que o futuro contratado pela Administração é sujeito de direito e de obrigações, possuindo, em consequência capacidade de fato e de direito para a prática dos atos para os quais será contratado.

Ato contínuo, posteriormente a fase de habilitação, o pregoeiro realiza a adjudicação da licitante com a proposta mais vantajosa para a Administração e que preencheu corretamente os critérios de habilitação, consagrando-se, portanto, como vencedora, permitindo, assim, que as partes entabulem o contrato para, em seguida, dar início à execução das atividades contratadas.

3 DO CASO PARADIGMA OBJETO DE ANÁLISE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

Após uma breve síntese de como ocorre o procedimento licitatório na modalidade pregão, será analisado a seguir o caso objeto das ações

em trâmite no TCU e no STF que discutiram a respeito do Decreto nº 9.450/2018, ora em análise.

Inicialmente, destaca-se que o caso em tela trata do Pregão nº 09/2018, o qual foi destinado à contratação de mão de obra para apoio administrativo a ser realizado nas unidades do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, cujo edital previu como critério de habilitação jurídica, além do que dispõe o artigo 28 da Lei 8.666/93, a Declaração de que a empresa licitante destinava 3% de sua mão de obra para presos e egressos, juntamente com uma Declaração da Vara de Execução Provisória – VEP contendo informação de que há presos e egressos possibilitados de realizar trabalho, nos seguintes termos:

9.18. Declaração de que, caso seja vencedora do certame, 3% dos postos por lote/grupo empregará mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos do § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentado pelo Decreto nº 9.450/18, observada a regra definida no art. 5º, § 1º do referido Decreto.

9.18.1. A declaração deverá ser acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo.

Assim, as licitantes deveriam enviar, nos moldes do exigido no pregão, todos os documentos previstos do rol do artigo 28 da Lei de Licitações, bem como as supracitadas Declarações em atendimento ao Decreto nº 9.450/2018.

O Decreto, por ser recente à época, e de pouca prática entre as licitantes, culminou na inabilitação de mais de uma empresa em razão da ausência das Declarações, o que gerou a submissão da discussão - a respeito da (i)legalidade da inabilitação com base em critério não previsto na Lei 8.666/93 - ao Tribunal de Contas da União via Representação, bem como ao Supremo Tribunal Federal via Mandado de Segurança.

Assim, em ambos os processos – Mandado de Segurança e Representação – o argumento principal de defesa, a fim de derrubar a inabilitação, se resume precipuamente no fato de que as Declarações exigidas

não se tratavam de critério de habilitação jurídica prevista no rol taxativo do artigo 28 da Lei 8.666/93, ou seja, seria um critério extralegal, não previsto na Lei de Licitações, o que afastaria, portanto, a fundamentação da inabilitação, uma vez que teria sido realizada com base em critério que não poderia ter sido exigido no edital.

Nesse sentido, necessário trazer à baila o teor do artigo 28 da Lei 8.666/93:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Ademais, outra argumentação utilizada pela defesa, para afastar a inabilitação, se resume no fato de que o Decreto menciona que a Declaração empregatícia de mão de obra de presos e egressos será requisitada para a empresa contratada e não para a licitante, isto é, a leitura do Decreto permite a interpretação de que a Declaração será exigida apenas após a celebração do contrato e não para as licitantes que ainda são possíveis contratadas. Veja-se o artigo pertinente:

Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Por fim, nas razões de defesa, também há menção ao eventual formalismo exacerbado em razão de não ter sido realizada qualquer diligência para sanar um erro que, na essência, não maculou a proposta, respaldando-se, assim, no entendimento do TCU que é a favor de diligências saneadoras, de modo a corrigir erros que não acarretem prejuízos ao interesse público.

Assim, ante o acima exposto, a respeito da argumentação utilizada pela licitante, é necessário debulhar a seguir o entendimento final do STF e do TCU a respeito deste caso paradigma.

3.1. Entendimento Final do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal

No íterim da análise interna, o TCU, após as oitivas dos interessados, proferiu um Acórdão em caráter cautelar, de autoria do excelentíssimo Ministro Vital do Rêgo, que concedeu a medida cautelar apresentada pela representante, determinando a suspensão do andamento da licitação até entendimento final do TCU, em razão das Declarações exigidas no edital, por força do Decreto 9.450/2018, de fato, extrapolarem a documentação de habilitação jurídica prevista no taxativo rol do artigo 28 da Lei 8.666/93.

Depreende-se, portanto, que a Corte de Contas, acertadamente, com a devida estima à expertise técnica na área administrativa, entendeu que a exigência de Declarações, em especial a de reserva de vaga de mão de obra, para fins de habilitação jurídica, é critério fora do escopo da Lei de Licitações. Isto é, para o Tribunal de Contas da União, não sendo critério de habilitação determinado pelo rol do artigo 28 da referida Lei, não há que se falar em inabilitação da licitante, uma vez que cumprira os requisitos legais do regramento próprio do caso.

Ocorre que contra esta decisão fora impetrado pelo IPEA – órgão contratante e responsável pela licitação ora em tela – o Mandado de Segurança nº 36392 no Supremo Tribunal Federal a fim de revogar o referido Acórdão do TCU que determinou a suspensão do certame.

Assim, já em sede de liminar, por decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes determinou a suspensão da respeitável decisão proferi-

da no processo do TCU, fundamentando *ab initio* que a própria Lei de Licitações em seu artigo 40 prevê a ressocialização de presos e egressos do sistema prisional e a necessária regulamentação em normativo autônomo, veja-se trecho pertinente da decisão:

Desse modo, não entendo que as declarações exigidas (item 9.18.1 do edital do Pregão Eletrônico 9/2018) extrapolam a documentação prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993, sobretudo porque a interpretação desse artigo deve abranger todo o contexto da referida Lei. De fato, com o objetivo de implementar política de ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, a Lei 13.500/2017 inseriu, no artigo 40 da Lei 8.666/1993, regra nos seguintes termos:

“Art. 40 [...] § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento (Incluído pela Lei n. 13.500, de 2017)”

Desta forma, conforme entendimento do STF, o Decreto 9.450/2018 surgiu para regulamentar o que já estava disposto na Lei de Licitações, de modo que a exigência editalícia para apresentação da Declaração atende ao princípio da legalidade, uma vez que se trata de necessária regulamentação prevista no próprio artigo 40 da Lei supracitada.

Além disso, entendeu-se também que a exigência atende ao princípio da primazia do interesse público, não criando, ademais, qualquer óbice ao princípio da impessoalidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não extrapolando, portanto, os limites constitucionais e os previstos na Lei 8.666/1993.

Assim, a fim de garantir a continuidade do serviço público, o STF em sede de liminar determinou prejudicada a respeitável decisão do TCU proferida em cautelar que determinou a suspensão do Pregão Eletrônico 09/2018.

Ainda no processo em trâmite no STF, abriu-se vista para a Procuradoria Geral da República – PGR se manifestar, a qual emitiu parecer

com entendimento similar ao da decisão da concessão de liminar acima exposta, concluindo que a exigência da Declaração de reserva de vagas para presos e egressos não fere o princípio da legalidade, ante a autorização do artigo 40, §5º da Lei 8.666/93, o qual determina que a exigência da declaração será feita na forma estabelecida em regulamento próprio.

Permite-se entender, destarte, que se trata de uma lacuna deixada pelo legislador a ser preenchida, que no caso foi implementada pelo Decreto 9.840/2018, como dispõe o seguinte trecho do mencionado parecer:

Inicialmente, é importante dizer que a exigência de declarações relativas à disponibilidade de mão de obra egressa do sistema prisional, como condição para habilitação em certame licitatório, não fere, diferentemente do que defende a agravante, o princípio da legalidade. O artigo 40, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93 é claro ao autorizar à Administração Pública “exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional”, além de determinar que essa exigência será feita “na forma estabelecida em regulamento”. Trata-se de lacuna propositalmente deixada pelo legislador a ser preenchida pela Administração Pública mediante o exercício de seu poder regulamentar. A lei instituiu a obrigação principal, e deixou a cargo do regulamento a fixação das obrigações acessórias, das formalidades mediante as quais será cumprida a determinação central.

Por fim, a PGR opinou pela concessão da segurança, de modo a revogar a decisão do TCU, a qual suspendeu a licitação por ter vislumbrado ilegalidade ao artigo 28 da Lei 8.666/1993, a fim de a garantir, assim, a legalidade do que estabelece o Decreto 9.840/2018 em seu bojo, e a continuidade do procedimento licitatório.

Seguindo o trâmite do processo, após a concessão da medida liminar e após a juntada do parecer da PGR, já em sede de decisão monocrática, o STF concedeu a segurança sob os mesmos argumentos consubstanciados na mencionada decisão liminar, de que as declarações exigidas com base no Decreto 9450/2018 não extrapolam a documentação prevista no artigo 28 da Lei 8.666/93, visto que a própria Lei possui em seu artigo 40 a possibilidade de exigência das Declarações já mencionadas,

com critérios a serem definidos em normativo próprio, conforme se observa do seguinte trecho da decisão:

Não vislumbro que as declarações exigidas (item 9.18.1 do edital do Pregão Eletrônico 9/2018) extrapolam a documentação prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993, sobretudo porque a interpretação desse artigo deve abranger todo o contexto da referida Lei. De fato, com o objetivo de implementar política de ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, a Lei 13.500/2017 inseriu, no artigo 40 da Lei 8.666/1993 [...] A referida norma foi regulamentada pelo Poder Executivo Federal com a edição do Decreto 9.450, de 2018 [...]

Reforçou-se também que a exigência editalícia atende ao princípio da legalidade e à prevalência do interesse público, de modo a permitir a isonomia entre as concorrentes, visto que todas teriam que apresentar a documentação, de forma indistinta, destaca-se:

Resta claro que a exigência prevista no edital atende ao princípio da legalidade (artigo 40 da Lei 8.666/1993), à prevalência do interesse público, sempre com necessária observância dos princípios da impessoalidade e da seleção mais vantajosa para a administração. Faz-se importante ressaltar que as exigências do certame dirigem-se, indistintamente, a todos os concorrentes [...]. Por fim, deve-se sempre buscar garantir a continuidade do serviço público, o qual ficaria prejudicado em razão da suspensão do andamento do Lote/Grupo 3 do Pregão Eletrônico 9/2018 – que contempla as diretorias especializadas do IPEA [...]

Assim, até a prolação da referida decisão final no Mandado de Segurança nº 36392/DF, o processo do TCU se encontrava suspenso aguardando o entendimento final da Suprema Corte.

Ato contínuo, após a concessão da segurança via judicial e a respectiva comunicação à Corte de Contas, o egrégio TCU proferiu Acórdão terminativo conhecendo a representação, uma vez que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, mas considerando prejudicado o exame da medida cautelar - anteriormente deferida em face da análise sumária

do artigo 28 da Lei 8.666/93 - em razão do advento da decisão final no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determinando, assim, o arquivamento do processo, nos termos do Regimento Interno do TCU.

Depreende-se, em resumo, que a egrégia Corte de Contas condescendeu ao entendimento do STF, proferindo, assim, Acórdão pelo arquivamento do feito, não proferindo mais qualquer análise da matéria, visto que não havia mais o que se discutir, ante o posicionamento final da Suprema Corte.

Ocorre que em decisão anterior, conforme já exposto, embora em caráter liminar e sumário, o TCU já havia se manifestado pelo entendimento estrito de que a exigência do edital extrapola o previsto no artigo 28 da Lei 8.666/93, o que permite análise comparativa das decisões prolatadas, conforme a seguir realizado.

Posto fim à discussão em ambos os Tribunais – TCU e STF – a respeito da aceitabilidade jurídica do previsto no Decreto em sede de licitação, observar-se-á a seguir algumas considerações sobre o mencionado debate jurídico.

4 ANÁLISE SOBRE OS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ante a explicação processual do trâmite no TCU e no STF, é necessário realizar algumas considerações reflexivas sobre o assunto, uma vez que se trata de fato que causou pertinente repercussão jurídica.

Repisa-se que o Decreto 9.450/2018 instituiu uma política afirmativa de inclusão de presos e egressos do sistema penitenciário brasileiro, determinando que uma empresa contratada pelo o poder público insira, em seu quadro empregatício, vagas destinadas a presos e egressos, sendo, portanto, uma medida de política afirmativa de grande importância para a ressocialização, tendo em vista que há patentes dificuldades enfrentadas pelos presos e egressos quanto a inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, necessário mencionar brevemente que a PNAT se mostra uma medida prática do que a doutrina busca se debruçar persistentemente a respeito da necessidade de atuação ativa do Estado quanto

a assistência antes e depois da detenção, conforme leciona Alessandro Baratta (2002):

Desde 1939, rusche e Kirchheimer esclarecem as relações existentes entre mercado de trabalho, sistema punitivo e cárcere. Um discurso sobre as relações existentes entre emprego e criminalidade não exaure, contudo, todo o tema da marginalização criminal, sobretudo, porque o “mercado de trabalho” se manifesta, no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de status e o poder estatal. É claro que o processo de exclusão implicado no mercado de trabalho representa um terreno de cultura para a marginalização mediante o trabalho [...].

Desta forma, sobre o tema, nos termos do entendimento do TCU, embora em análise sumária cautelar, defendeu-se, em uma visão estritamente legalista, que a exigência de reserva de vagas instituída pelo Decreto supracitado extrapolaria o rol do artigo 28 da Lei 8.666/93 que prevê os critérios para a habilitação jurídica, sendo, assim, as Declarações um critério adicional e extralegal que não teria força para inabilitar uma licitante.

Isto é, para o TCU a habilitação de uma empresa em um processo licitatório se restringe ao cumprimento estrito do disposto na Lei de Licitações, não podendo ser considerada inabilitada uma licitante que cumpriu todos os requisitos de habilitação previsto naquela Lei. Trata-se, portanto, de uma análise administrativa estritamente técnica e legalista que engloba uma visão restritiva típica de Órgãos de Controle.

Assim, depreende-se que o TCU, com toda a reverência ao entendimento proferido pela Corte de Contas, realizou uma análise acertada, de acordo com o atual ordenamento jurídico, mas concebendo uma interpretação literal do texto, restrita tão somente ao artigo 28 da Lei 8.666/93, que, de fato, não prevê em seu rol a Declaração de emprego de mão de obra para presos e egressos como critério de habilitação jurídica. Logo, o Decreto 9.450/2018 ao exigir o referido documento, não poderia ser utilizado como critério de habilitação jurídica, tendo em vista que extrapolaria as exigências legais da Lei de Licitações.

Nesse sentido, destaca Eduardo Bim (2013) a respeito desta visão restritiva que vem sendo construída pelo TCU em suas jurisprudências quanto aos critérios de habilitação, impossibilitando a inserção de outros critérios:

Os requisitos da habilitação são interpretados restritivamente pela jurisprudência e somente são admitidos quando tem por fim garantir o cumprimento do contrato. Essa visão sobre a habilitação praticamente impossibilita a inserção de critérios ambientais nessa fase.

Repisa-se que se trata de visão típica de Órgão de Controle que defende com veemência o cumprimento restrito dos critérios de habilitação, a fim de evitar qualquer prejuízo ao certame, como abordado pelos membros da Advocacia Geral da União, Luciana Terra, Luciana Csipai e Mara Uchida (2011):

Tais entes costumam condenar com veemência a previsão de requisitos de habilitação que possam representar restrição infundada à competitividade do certame ou quebra da isonomia entre os licitantes.

Em contrapartida, o entendimento do STF, em uma análise em prol da máxima efetividade social da norma, defendeu que a exigência de reserva de vagas abordada no referido Decreto, na verdade, regulamenta o que já se encontra disposto na própria Lei de Licitações, no âmbito do que disciplina o artigo 40, § 5º da Lei 8.666/93, o qual prevê expressamente a aplicação da política de oportunidade laboral para presos e egressos em contratações públicas, dispondo, inclusive, que tal medida dependerá de regulamentação em normativo próprio.

Isto é, conforme o entendimento do STF, a Lei de Licitações determina expressamente que haja a criação de normativo que vise a disciplinar no tocante a reserva de vagas para presos e egressos em licitações públicas, o que estaria sendo regulado, portanto, pelo Decreto 9.450/2018, razão pela qual não haveria qualquer ilegalidade, mas, de fato, uma concretização fática da natureza programática da norma.

Desta forma, o STF realizou uma análise sistemática, abordando a Lei de Licitações de forma global, sopesando a importância da Política Pública e valorizando o texto constitucional ao abordar a coerência da política pública com os princípios regentes da Administração, os quais se encontram insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, o STF defendeu, mormente, que a legalidade da exigência de Declaração no âmbito da licitação ocorre com base na previsão do artigo 40, §5º da Lei 8.666/93, o qual, de fato, permite que os editais de licitação poderão exigir reserva de vaga para mão de obra de presos e egressos, sob a forma a ser estabelecida em regulamento.

Destarte, considerando que Lei de Licitações prevê expressamente que é possível a exigência da Declaração e que o Decreto regulamenta a complementação autorizada no artigo supracitado, não há que se falar em ilegalidade, conforme leciona o STF em sua decisão, destaca-se:

Resta claro que a exigência prevista no edital atende ao princípio da legalidade (artigo 40 da Lei 8.666/1993), à prevalência do interesse público, sempre com necessária observância dos princípios da impessoalidade e da seleção mais vantajosa para a administração.

Embora tenha ocorrido divergência de entendimentos e interpretação pelos Tribunais pátrios, impende mencionar que apesar de opostos, ambos são corretos, tendo como ponto comum entre os debates a análise da ordem e dos valores subjacentes do ordenamento, verificando como ocorreria a aplicação da norma – Decreto 9.450/2018 – à realidade.

Desta forma, tal divergência jurisprudencial fomenta o estudo acadêmico do tema, tendo sido uma discussão de grande valor para o mundo jurídico-administrativo, uma vez que há duas perspectivas de interpretação do caso que podem ser aceitas, em razão da adequada fundamentação legal de ambos.

No entanto, para fins de aplicação concreta do normativo ora em debate, em uma análise casuística, prevaleceu, inequivocamente, o entendimento da Suprema Corte firmado com base na primazia da interpretação sistemática, a qual se encontra presente na maioria dos julgamentos do referido Tribunal.

Destaca-se que, nos termos dos ensinamentos de Alessandro Barratta (2002), que, quando se trata de análise do sistema prisional e da marginalização, a interpretação global se mostra a mais adequada em prol à necessidade de eficácia da norma, uma vez que permite uma aplicação de acordo com a realidade social:

A análise do sistema penal e da marginalização social não pode ser feita, sob o aspecto jurídico [...] excluindo-se o conhecimento da eficácia e da aplicação concreta da norma [...] a lógica da aplicação seria uma lógica contrária à da normatização. Uma visão global do direito permite, ao contrário, interpretar a lógica da normatização à luz da realidade histórica e social e que ela é concretizada. Isto permite atribuir a todo o sistema, e não somente à aplicação, a sua função real, controlável com os dados da experiência, e interpretar como ideologia legitimante as finalidades do legislador que, até agora, permaneceram um programa irrealizado.

Trata-se, portanto, de um caso de grande valor para o Direito Brasileiro, em razão da decisão final ter garantido a prevalência da exigência em contratações públicas de vagas para mão de obra de presos e egressos, valorizando, assim, a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional que se encontra regulamentada no Decreto 9.450/2018 em consonância com o ordenamento jurídico por força do que determina o artigo 40, §5º da Lei 8.666/93.

Por fim, permitindo-se, portanto, uma atuação estatal positiva visando a assistência do preso e sua reinserção no mercado de trabalho, enfrentando, assim, os obstáculos da estrutura político-econômica envolvidos neste processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, considerando os entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União e pelo Supremo Tribunal Federal, depreende-se que o debate entre as Cortes acarretou em uma nova linha de jurisprudência que irá refletir nas futuras contratações do poder público.

Destaca-se que fora de tamanha repercussão jurídica do caso, que resultou em objeto de notícia no próprio *site* da Suprema Corte.

Ademais, é possível depreender desta curta abordagem realizada neste trabalho que o objetivo da licitação está sendo notoriamente ampliado, não se restringindo mais apenas a vantagem econômica da Administração, mas acrescentando como finalidade licitatória, a preocupação com o emprego de mão de obra de presos e egressos, permitindo, portanto, a ressocialização social, e a concretização da política pública pretendida.

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2002) aborda que tal política de inserção no mercado de trabalho fora do cárcere já foi objeto de leis inovadoras também em outros países:

[...] nos últimos anos, assistiu-se à introdução denotáveis invocações neste sistema, como, por exemplo, na Itália e na Alemanha. As “reformas” carcerárias aprovadas nos dois países, ainda que não modifiquem, na substancia, a espiral repressiva, introduziram dois princípios bastante novos. O primeiro é o de um trabalho carcerário equiparado ao trabalho desenvolvido fora do cárcere pelo assalariado. O segundo é a abertura à presença externa do cárcere, a maiores contatos entre os presos e a sociedade externa.

Verifica-se, portanto, que o Decreto 9.450/2018 se mostra uma verdadeira inovação ao mundo jurídico brasileiro a respeito da correlação entre a população carcerária e o mercado de trabalho, por meio de uma política pública com enfoque político-econômico, a fim de assegurar a devida assistência ao presos e egressos ante um instrumento estatal – licitações – que permite a geração de emprego e consequente reinserção social.

Assim, impende descartar que a implementação de ações afirmativas, no âmbito das licitações, é um benefício necessário frente ao Estado Democrático de Direito e ante ao poder de compra estatal. Nesse sentido defende Carlos Alberto de Medeiros (2004) a respeito do *purse power*:

Esse poder decorre do fato de o governo ser o maior comprador de bens e serviços, e também distribuidor de verbas públicas a organizações sem fins lucrativos, tais como universidades, hospitais, teatros, filarmônicas, além

de organizações não-governamentais de diversos tipos. O governo descobre, assim, sua capacidade de impor, como condição de participação em licitações públicas, ou para o recebimento de doações de verbas públicas, que empresas e outras organizações adotem determinadas políticas – no caso, as chamadas políticas de ‘diversidade’.

Nesse sentido, o uso do poder de compra de estatal permite atingir outros interesses protegidos pelo Direito, garantindo uma finalidade teleológica à licitação, fomentando aspectos sociais concomitantemente com as necessidades ordinárias administrativas, utilizando a contratação pública como instrumento para garantir o interesse público.

A atual interpretação hermenêutica jurídica não se restringe mais a uma postura formalista, atingindo uma noção mais sistêmica do Direito, não contemplando uma norma ser interpretada em sua mera literalidade, desapegada de qualquer razoabilidade que norteie a consecução de uma finalidade maior.

Desta forma, analisando o tema à luz dos entendimentos do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que ambas as decisões encontram acertado respaldo no ordenamento jurídico, tendo ocorrido tão somente interpretação diversa sob perspectiva *dispare*, o que não invalida o fundamento legal utilizado nas respeitáveis decisões.

No entanto, a interpretação extensiva realizada pela Suprema Corte, partindo de uma análise sistêmica de todo o ordenamento jurídico, sopesando a importância da medida instituída pelo Decreto supracitado, garantiu a eficiência formal da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, de modo a permitir que tal instrumento se adeque às licitações públicas por meio de requisito de habilitação jurídica.

Assim, ante o exposto, este trabalho se baseou na visão técnica do tema, em razão da atuação profissional no caso, o que permitiu o pertinente aprofundamento, de modo a visar a promoção de uma reflexão a respeito da importância social de ações afirmativas no âmbito de contratação pública para garantir que este instrumento não seja apenas como um objeto econômico, mas político-econômico, como é o caso do que

fora estabelecido pelo Decreto 9.450/2018, o qual garante a assistência estatal na promoção de chances sociais e oportunidades no mercado de trabalho para presos e egressos do sistema prisional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos – 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BIM, Eduardo Fortunato. **Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável i in Licitações e contratações sustentáveis**. 1ª ed. 1ª reimp. Coordenadores: SANTOS, Murillo Giordan et al. BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/ Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto 9.450 de 24 de julho de 2018**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

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

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações sociais, Brasil-Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 4827/2009**. Segunda Câmara. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Data da sessão: 15/09/2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25204827%252F2009%2520Segunda%2520C%25C3%25A2mara/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/%20?uuid=a061d430-df7e-11e9-901c-11bb18f0448d>. Acesso em: 8 set. 2019.

TERRA, Luciana Maria Junqueira. CSIPAI, Luciana Pires. UCHIDA, Mara Tieko. **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Fórum, 2011.

Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 36392**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5666528>. Acesso em: 8 set. 2019.

O TRIBUNAL DO JÚRI EM VIA DE UMA JUSTIÇA INTUITIVA? O SUBJETIVISMO DAS DECISÕES FRENTE À TECNICIDADE JURÍDICA

THE JURY COURT ON THE WAY OF AN INTUITIVE JUSTICE? THE SUBJECTIVISM OF DECISIONS VS. LEGAL TECHNICITY

Anna Beatryz Coelho da Graça¹

Data de Submissão: 23/12/2020

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: A proposta busca analisar o instituto jurídico do Tribunal do Júri, com ênfase especial no princípio da íntima convicção do jurado e a possível configuração de uma justiça intuitiva, que afasta os cânones do Direito em prol do apego a aspectos subjetivos. Pretende-se examinar e ponderar em que medida a problemática da imotivação das decisões do Júri afeta a razoabilidade do julgamento, assim como os reflexos subjetivistas das decisões. O estudo adota o método hipotético-dedutivo, ocupando-se especialmente de revisão bibliográfica de doutrinas e estudos etnográficos. No primeiro momento, apresenta-se uma breve revisão histórica do instituto do tribunal do júri no mundo e no Brasil. Em seguida, avalia-se criticamente a problemática do princípio da íntima convicção. Ao fim, examina-se a possibilidade da argumentação metajurídica e outras variantes que tendem a influenciar a imparcialidade do julgamento perante o Tribunal Popular. Constatou-se que a desnecessidade de fundamentação das decisões proferidas obsta o controle da razoabilidade da decisão; artifícios de oratória e dramatização sobrepujam o rigor técnico científico desejável; a atuação ilimitada mídia nos julgamentos afeta a isenção do jurado e, conseqüentemente, do julgamento justo.

Palavras-chave: Processo Penal; Tribunal do júri; Princípio da íntima convicção; Argumentação metajurídica; Mdiatização do processo judicial.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Vale do Jaguaribe (Aracati/CE).

Abstract: The proposal seeks to analyze the legal institute of the Jury Court, with special emphasis on the principle of intimate conviction of the jury and the possible configuration of an intuitive justice, which moves away from the canons of Law in favor of the subjective aspects. It is intended to examine and consider to what extent the issue of unmotivated Jury decisions affects the reasonableness of the judgment, as well as the subjective reflexes of the decisions. The study adopts the hypothetical-deductive method, dealing especially with a bibliographic review of doctrines and ethnographic studies. At first, a brief historical review of the jury court institute in the world and in Brazil is presented. Then, the problematic principle of intimate conviction is critically evaluated. Finally, the possibility of meta-legal argumentation and other variants that tend to influence the impartiality of the judgment before the People's Court is examined. It was found that the lack of reasoning for the decisions made prevents the control of the reasonableness of the decision; oratory and dramatization devices surpass the desirable technical scientific rigor; the unlimited media performance in the trials affects the jury's exemption and, consequently, the fair trial.

Keywords: Criminal procedure; Jury court; Principle of intimate conviction; Metalegal arguments; Mediatization of the judicial process

1. INTRODUÇÃO

Um órgão colegiado formado apenas por cidadãos comuns recrutados para julgar seus pares quando do cometimento de crimes vis que os afetam como membros da mesma coletividade. Essa é a concepção ideal do Tribunal do Júri, instituição tradicional que resistiu às mudanças políticas e sociais ao longo dos anos. Apesar de todo o prestígio, o júri é objeto recorrente de reflexões que dividem defensores e opositores no debate sobre suas aparentes incongruências – a exemplo dos trabalhos desenvolvidos por Tubenclak (1991), Copetti Santos (2011) e Ana Schritzmeyer (2001; 2012).

Nesse contexto, o estudo tem como objeto a análise crítica do instituto jurídico do Tribunal do Júri, com o fim de problematizar o princípio da íntima convicção do jurado que – segundo a hipótese aqui sustentada – parece instituir uma espécie de “justiça intuitiva”, que afasta a tecnicidade característica da ciência Direito – cuja observação é necessária para a promulgação de decisões razoáveis –, em favor do apego a aspectos subjetivos dos jurados.

Portanto, para empreender tal proposta, o estudo emprega o método hipotético-dedutivo e se vale da revisão bibliográfica como instrumento metodológico, abrangendo doutrinas, artigos de periódicos especializados e monografias acadêmicas. Nesse horizonte, no primeiro momento, apresenta-se um breve itinerário histórico-social em que do Júri, tanto no mundo como também no Brasil; Posteriormente, procede-se à análise dos princípios específicos que dirigem o rito do Júri, com especial atenção ao princípio da íntima convicção dos jurados que, ao prescindir da exigência de fundamentação jurídica das decisões judiciais, aceita argumentações metajurídicas que põem em risco a credibilidade da instituição. Tal análise se deu através de interseções antropológicas, com o propósito de averiguar a influência de fatores externos que moldam o veredicto do jurado, como condições de personalidade do réu, convicções de foro íntimo, poder da oratória e encenação no plenário do júri, ativismo midiático e o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito ao julgamento justo e a imparcialidade do julgador.

Com efeito, reconhece-se a estima dada à instituição, sua fonte democrática e o seu significado histórico, pelo que – adverte-se oportunamente – não se almeja militar pela abolição do Tribunal do Júri. Todavia, como qualquer outro órgão que serve à sociedade, o Júri comporta fragilidades e deve ser objeto de melhorias. Portanto, o contributo da presente proposta é instigar a um exame menos idealizado da entidade ao expor ao debate as peculiaridades inerentes ao júri e sua compatibilidade controversa com as demais diretrizes do ordenamento jurídico pátrio.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri ou o “júri popular”, como é amplamente conhecido, é uma tradicional instituição que tem por escopo delegar à sociedade o encargo de julgar seus pares quando do cometimento dos crimes dolosos contra a vida. Ocupa um lugar privilegiado no ordenamento pátrio, sendo um direito e garantia fundamental e, ainda, cláusula pétrea (inciso XXXVIII, artigo 5º da CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Entretanto, precisar sua gênese é tarefa que divide a doutrina. Duas são as principais correntes quanto à manifestação inaugural do tribunal do júri, a saber: civilizações antigas, em especial a Grécia, e a possibilidade de origem na Inglaterra do século XIII. Há, ainda, quem entenda que a instituição recebia inspirações divinas e os 12 jurados – como era inicialmente, o que alude aos 12 discípulos de Cristo – desempenhavam a função em nome de Deus, pelo que o veredicto do julgamento era tido como justo e verdadeiro. Essa era a compreensão que se tinha (SILVA, 2005).

Há quem remonte à Grécia antiga, com o Tribunal dos Heliastas ou Diskatas. Referente à competência deste tribunal, os heliastas julgavam os crimes de natureza pública, mas não era de sua competência exercer julgamento dos crimes de sangue, sendo estes remetidos à competência do arcópagos, conselho do júri composto por juízes que ali se reuniam para julgar tais crimes. De entre suas características, destaca-se que os jurados eram escolhidos apenas entre os cidadãos atenienses, com, no mínimo, 30 anos de idade, conduta idônea e que não fossem

devedores do erário, o voto secreto, a remuneração da função de jurado e os debates eram caracterizados pelo uso da retórica, artifício este muito utilizado da Grécia Antiga nos debates orais públicos (SILVA, 2005).

Quanto às contribuições romanas, reporta-se ao governo do rei Sêrvio Túlio, no ano de 539 a.C, período da “Justiça Centurial”, organizada pelo referido monarca com base na divisão de classe dos habitantes de Roma e tinha como parâmetro aqueles que pagavam os impostos e prestavam serviços militares. A divisão feita por Túlio resultou em sete classes, chamadas de centúrias. Tais assembleias tinham competência para julgar os crimes e as demais causas que fossem de interesse romano. O órgão era presidido por um chefe que, ao final do julgamento, pronunciava o veredicto (ALMEIDA, 2012, p. 12-13).

Ainda sobre o assento histórico e as primeiras manifestações do Júri no mundo, se tem notícia de que a instituição surgiu antes mesmo da Carta Magna ser assinada em 1215 pelo Rei João Sem Terra. À época, a Inglaterra adotava um sistema inquisitorial típico chamado “ordálias” (sentença divina ou juízos de Deus). Eram espécies de provas que submetiam o acusado a situações de perigo, tais como exposição a animais selvagens, banho em água fervente, duelos etc. Caso saísse incólume, concluía-se que Deus o havia socorrido, testificando, assim, sua inocência (SILVA, 2005). Em 1215, no IV Concílio de Latrão, fora abolido o sistema das ordálias e instituído o júri, formado pelo chamado Pequeno Júri, composto por 12 cidadãos e o Grande Júri, 24 cidadãos. A este cabia examinar as provas acusatórias, enquanto que àquele, analisar o mérito e realizar o julgamento, condenando ou absolvendo o réu (TOURINHO FILHO, 2003, p. 82).

Agora, no que diz respeito à evolução do Tribunal do Júri no Brasil, é uníssono o entendimento da doutrina que ocorreu no ano de 1822, antes mesmo da primeira constituição federal do país existir. Quando do surgimento do tribunal do júri, este expressou-se como verdadeira manifestação de resistência às arbitrariedades cometidas pelo então imperador, D. Pedro I. Num episódio que ficou conhecido como “Heroicidade Brasileira”, através de uma portaria, o monarca ordenou que todos os exemplares de determinada publicação da imprensa fossem suspensos. A decisão, que certamente geraria insatisfação

popular, motivou a que José Bonifácio organizasse uma manifestação com vistas à elaboração da primeira lei de imprensa brasileira (ARAÚJO; SILVA, 2017).

Diante disso, o Senado Federal solicitou ao então príncipe regente que fosse criado um órgão colegiado de jurados para que se encarregasse do julgamento dos crimes relacionados aos abusos de imprensa, o que se coroou com o decreto lei de 16 de junho de 1822. Inicialmente, o júri era composto por vinte e quatro juízes de fato, ou seja, cidadãos bons, honrados e patriotas que eram nomeados não por sorteio, mas sim pelo corregedor, a requerimento do Procurador da Coroa e da Fazenda. Insta registrar, ainda, que cabia ao réu recusar até 16 dos jurados, mantendo-se apenas oito encarregados do julgamento (ARAÚJO; SILVA, 2017). Quanto à competência, inicialmente não julgava crimes dolosos contra a vida, tal como é hoje, mas apenas os abusos concernentes à liberdade de imprensa.

Em 25 de março de 1824, a então Constituição Imperial (BRASIL, 1824) vigente ao tempo, estabeleceu o Tribunal do Júri como sendo um órgão do Poder Judiciário, ampliando sobremaneira a competência dessa instituição, não só para as infrações criminais, como também alcançando as causas da esfera cível.

3. JUSTIÇA INTUITIVA? UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

3.1. Uma breve leitura dos princípios norteadores do júri

É notável que o tribunal do júri reclama um procedimento repleto de regras a serem seguidas, sob pena de causar nulidade em caso de descumprimento. Entretanto, além das previsões legais referente à matéria e dos princípios gerais do direito que regem a ritualística, impera examinar os princípios constitucionais específicos relativos à instituição em tela, quais sejam: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Desta forma, tem-se que em plenário de tribunal do júri vigora o princípio da plena defesa que, tecnicamente, é mais abrangente do que a ampla defesa (FERNANDES, 2000). Em outras palavras, o réu deverá ter direito a uma defesa absoluta, abrangente, não podendo renunciar à defesa técnica. Ressalta Fernandes (2000) que, além de necessária, indeclinável e plena, a defesa deve ser efetiva, de modo que o fato de o réu ter advogado constituído não basta; é preciso que seja observada atividade de assistência efetiva e concreta. Em razão desse entendimento, o princípio da plenitude de defesa afirma que deve ser proporcionado ao réu a melhor possibilidade de defesa².

Em se tratando do princípio do sigilo das votações, trata-se de exceção ao que está previsto no artigo 93, inciso IX da CF/88 que assevera que, via de regra, às decisões proferidas pelo Poder Judiciário será conferida publicidade. Como o tribunal do júri é entidade *sui generis*, tem-se que a regra é no sentido da decisão proferida pelos jurados, ou seja, o resultado da votação em favor da condenação ou absolvição, será sigilosa, de maneira que nem mesmo o juiz saberá como cada jurado votou, pois interrompe a contagem das cédulas de votos quando surgir o quarto “sim” ou “não” idênticos (CAPEZ, 2019, s.p³).

Por sua vez, o princípio da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – que é uma restrição imposta pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (SOUZA, 2009) –, atualmente o tribunal

2 Tal princípio pode ser observado na redação do artigo 497, inciso V do Código de Processo Penal o qual confere ao juiz presidente a possibilidade de dissolver o Conselho de Sentença, designando nova data para julgamento daquele processo, e nomear um novo defensor ao réu caso considere que a defesa foi inábil ou ineficiente para garantir a plenitude de defesa a qual faz jus o acusado, evidenciando, desta forma, tamanha importância do referido princípio para o réu. Frisa-se que, na busca pela efetivação do princípio que se trata, é plenamente possível que a defesa se valha de argumentos que extrapolem a esfera jurídica, podendo invocar matérias de ordem social, emocional, moral, espiritual dentre outras. A possibilidade de argumentação metajurídica será melhor investigada em momento posterior do presente estudo.

3 A referida obra foi consultada em sua versão eletrônica, de modo que a localização das páginas era inviável. Assim, a expressão “s.p” (“sem paginação”), ao longo do presente manuscrito, indica a paginação irregular em documentos consultados em versão digital.

do júri alberga os crimes de homicídio doloso, infanticídio, aborto e induzimento, instigação e auxílio ao suicídio⁴. O tribunal do júri se limita a julgar os crimes mencionados, os quais foram escolhidos em razão de serem considerados aqueles que mais gerariam ofensa à sociedade, mais vis e mais intoleráveis.

Por derradeiro, a Constituição ainda contempla o chamado princípio da soberania dos veredictos, um dos mais importantes reitores do tribunal do júri. Ante à sua singularidade, o princípio em comento reflete um atributo que é inerente às decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, e implica que o magistrado não poderá, como regra, reformar a decisão prolatada pelos jurados.

Todavia, deve-se destacar que o mencionado princípio não possui caráter absoluto, haja vista a possibilidade de apelação, com a designação de nova data para julgamento quando, por exemplo, a decisão proferida pelos jurados se mostrar contrária aos elementos probatórios apresentados em plenário (art. 593, III, “d”, CPP). Desta forma, não será o próprio tribunal que reformulará a decisão objeto de apelação, mas sim, determinará que haja um novo julgamento, com uma nova sentença proferida pelo corpo de jurados que, desta vez, serão diferentes daqueles que participaram do primeiro julgamento.

A decisio, portanto, que – sublinha-se – reveste-se de soberania é, na maioria de vezes, tomada com base em critérios subjetivos, pessoais, relativos à consciência de cada jurado, vide o princípio da íntima convicção. À vista disso, se faz prudente arrazoar acerca de sua compatibilidade com as demais garantias que a legislação brasileira contempla.

3.3. Princípio da Íntima Convicção versus fundamentação técnica-jurídica

O sistema de tomada de decisões que vigora no âmbito do Tribunal do Júri excepciona a regra geral e garantia constante no artigo 93, inciso IX da CRFB/88 que reclama a necessidade de fundamentação das

4 Registra-se que é possível que o legislador infraconstitucional amplie tal competência, a fim de adicionar outros crimes à competência do júri (art. 5º, XXXVIII, CF/88).

decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sob pena de nulidade. Contudo, ante às particularidades que norteiam a tão tradicional instituição, ela tem sido alvo de recorrentes críticas pelos estudiosos do tema.

Ora, no que tange à dispensa de motivação, “não é possível conceber-se que se considere democrática uma sociedade que possua uma instituição de natureza penal que imponha decisões sem qualquer espécie de fundamentação, como as prolatadas pelo Tribunal do Júri”, argumenta Santos (2011). Para o autor, em uma sociedade que se pretenda democrática, “os cidadãos [...] têm o mais amplo e irrestrito direito de terem total ciência do teor de qualquer decisão dos poderes públicos que venha a restringir qualquer de seus direitos fundamentais, situação exigível com muito mais intensidade, quando se trata de privação de liberdade em decorrência de condenação criminal” (SANTOS, 2011, p. 41).

Nesse contexto, questiona-se se o tribunal popular do júri comporta algumas incongruências que não estão harmonizadas aos ideais e fundamentos de um Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2011). O conhecimento técnico-jurídico é um fator elementar ao ato de julgar ou pode ser dispensado? Para que se responda à questão, mormente é necessário abordar o princípio da íntima convicção de forma mais acurada.

Em termos gerais, no campo processual penal brasileiro vige, em regra, o denominado “princípio do livre convencimento motivado”, aplicável quando da apreciação das provas processuais levadas a juízo. Destarte, o juiz, ao analisar os elementos de prova apresentados pelas partes litigantes, formará o seu convencimento livremente, podendo ponderá-las da maneira que melhor lhe parecer, desde que, evidentemente, o faça dentro dos limites legais. Contudo, sublinha-se que não se trata apenas de livre convencimento, mas de livre convencimento motivado, o que implica dizer que toda sentença, seja favorável ou desfavorável à parte, deverá ser devidamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de ser declarada nula (artigo 93, inciso IX da CRFB/88) (CAPEZ, 2019)..

Referente ao desenvolvimento histórico do sistema de valoração e apreciação das provas, é imperioso atentar, primeiramente, às mudanças e evoluções ocorridas ao longo dos anos e como o Brasil reagiu a essas alterações. A doutrina pátria apresenta, pelo menos, três sistemas cujo Brasil já adotou para apreciação de provas, quais sejam: o critério positivo

legal, livre convicção e livre convencimento motivado, sendo esta última adotada pela legislação nacional de hoje.

A norma processual penal e civil, assim como o estatuto constitucional, elegeram um sistema intermediário de valoração e apreciação de provas, chamado Sistema do Livre Convencimento Motivado ou, ainda, Persuasão Racional. Com efeito, ao realizar o exame crítico do conjunto probatório, o juiz terá a faculdade de apreciá-los livremente, entretanto, deverá fundamentar os motivos que o levaram à solução que lhe pareceu mais justa e em observância – frisa-se – aos limites legais, não podendo, o magistrado, portanto, dar solução contrária às provas trazidas em juízo e, tampouco, contrário à própria lei (TUCCI, 1987, p. 16). Nos termos do que se depreende da leitura do artigo abordado, essa é a regra geral que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro atual⁵.

Ademais, o princípio do livre convencimento motivado encontra-se previsto, também, no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que versa: “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

Contudo, indo de encontro ao que tem sido exposto até aqui, no tribunal do júri está em vigor o princípio da íntima convicção, nos termos do artigo 472 do CPP, no qual os jurados são exortados a “examinar [...] [a] a causa com imparcialidade e a proferir [...] [sua] decisão de acordo com [...] [sua] consciência e os ditames da justiça” (BRASIL, 1941). Logo, divergindo da regra geral constitucional, conclui-se que o princípio da livre convicção desmotivada se trata, na verdade, de uma considerável – e questionável – exceção que é característica do Tribunal do Júri. Assim, os jurados, ao responderem sim ou não aos quesitos formulados pelo ma-

5 Art. 93. “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

gistrado, não precisarão justificar suas escolhas, motivo pelo qual se abre margem à ocorrência de possíveis arbitrariedades e, até mesmo, injustiças.

A absoluta ausência de fundamentação dos atos decisórios no tribunal do júri é uma das principais causas que levantam críticas à instituição. Ora, diferentemente não poderia ser, pois tal possibilidade dá espaço ao excessivo intimismo ou subjetivismo não desejáveis àquele que tem a incumbência de exercer um julgamento justo. Aury Lopes Jr. (2007), assíduo crítico do tribunal do júri no que tange à desnecessidade de fundamentação das decisões, aduz que:

O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. [...] o *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional (LOPES JUNIOR, 2007, p. 142-143).

Bortosolli (apud POZZEBON, 2006, p. 247) assevera que a motivação transcenderia a condição de um mero princípio do direito, mas seria “a real garantia de defesa do cidadão contra eventuais afrontas ao seu direito, que vai muito além do processual, como a defesa contra eventuais abusos de poder estatal, a garantia da materialização do direito à prestação jurisdicional de forma efetiva”. Nessa direção, Peçanha Alves e Mastrodi Neto (2016, s.p) notam que:

Convém ressaltar que, ao lado da soberania dos veredictos, pairam críticas em relação a possíveis arbitrariedades que esta onipotência concedida aos jurados pode trazer. Isto porque, as decisões dos jurados não demandam fun-

damentação, devendo os juízes populares apenas declararem se condenam ou absolvem o réu, sem explicar as razões. Nestes termos, a legitimidade do Júri e o poder advindo de sua soberania são amplamente questionados por seus detratores que reconhecem que, malgrado haver os controles judiciários [...], estes são limitados às situações específicas de impugnação aos veredictos previstas no Diploma Processual Penal. Outrossim, o despreparo técnico dos jurados também faz do Júri fonte de inesgotáveis críticas de seus maledicentes.

Assim, infere-se que a motivação das decisões se configura como um real direito do acusado, pois, é através da análise aos fundamentos da decisão que será possível analisar a sua racionalidade. Imperioso é atentar, neste ponto, ao exemplo da Espanha. No modelo de júri espanhol, o jurado é obrigado a motivar brevemente as razões que o levaram à decisão. Lá, adotou-se o modelo “puro” ou “clássico”, assim como o é no Brasil, quer dizer, o tribunal popular é formado por um juiz profissional que o preside e os demais juízes leigos. Entendeu, destarte, o legislador espanhol, mediante a Lei Orgânica 05/1995, que a exposição da motivação do veredicto permite o controle da racionalidade argumentativa e o consequente exame de sua legalidade. Ressalta-se, porém, que não é exigido do júri uma explicação de exaustivo rigor técnico e estrita observância à ciência penal jurídica, mas tão somente breves esclarecimentos acerca dos motivos que o levaram a decidir do modo que decidiu (VALE, 2014, p. 233).

Então, na tentativa de propor uma alternativa à problemática da dispensa de motivação das decisões do júri, sustenta Aury Lopes Jr (2014, s.p) o seguinte: “não seriam necessárias laudas e laudas fundamentando obviedades, ou mesmo elucidaciones técnicas. Bastaria que o jurado indicasse objetivamente quais critérios utilizou para chegar à sentença, o que o motivou a condenar ou absolver”. Seguindo esse propósito, *in verbis* tem-se outra sugestão bastante interessante trazida pelo mencionado doutrinador:

A Espanha já enfrentou tal questionamento e decidiu [...] excluir fisicamente os autos da “instrucción preliminar” e criar um mecanismo de fundamentação: um formulário simples, com perguntas diretas e estruturadas de modo a que – por meio das repostas – tenhamos um mínimo de

demonstração dos elementos de convicção. Algo bastante simples para que o jurado, com suas palavras e de forma manuscrita, diga porque está decidindo desta ou daquela forma. Esse formulário simplificado é respondido pelos jurados ao final dos debates, em um tempo razoável fixado em lei e supervisionado pelo juiz, mantendo-se a incomunicabilidade do modelo brasileiro. [...] Simples, prático e perfeitamente exequível. E será um imenso avanço em termos de garantia da jurisdição e eficácia do direito ao duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2014, s.p)

Neste ponto, aqueles que defendem a sistemática do júri tal como está atualmente, podem advogar no sentido de que, quando os jurados julgam desvinculados dos padrões legais e conduzidos por sua própria consciência, isso representaria, na realidade, uma excelente alternativa à dureza com a qual o juiz togado aplica o Direito, visto que, devido à prática forense do dia a dia, tais podem se tornar insensíveis às peculiaridades dos casos que lhes chegam. Destarte, quando da constituição do tribunal do júri para o julgamento da causa, o conselho de sentença, representando a sociedade, faria justiça ao julgar seus pares. Ora, não é de todo inverdade que, de fato, pela praxe diária de julgamentos e mais julgamentos, alguns magistrados podem se tornar rígidos ou inflexíveis às especificidades e necessidades do povo. Contudo, o Direito não pode se pautar na generalidade e nas suposições (TOURINHO FILHO, 2012).

4. A FACETA METAJURÍDICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

De entre as singularidades que distinguem o Tribunal Popular do Júri, uma delas é a possibilidade da argumentação metajurídica em plenário a fim de contribuir para a formação do convencimento dos jurados. Noutras palavras, além do uso de teses jurídicas propriamente ditas, também é plenamente permitido que os defensores se valham de argumentação extrajurídica, que apelem às convicções de foro íntimo do jurado de maneira que, no intento de absolver o réu ou atenuar sua condenação, o defensor poderá recorrer a aspectos sociais, filosóficos, religiosos dentre

outros. Nesse tom, Teixeira (2014) realça que, desde que não contrário à prova dos autos, será mantido o veredicto que se fundamente em causas metajurídicas:

Nos casos em que a defesa se baseie unicamente em teses extração metajurídica, reconhecendo materialidade e autoria delitivas, mas pugnando pela absolvição por razões sentimentais, políticas ou sociológicas, estas decisões devem ser preservadas, não podendo ser alteradas em julgamento de recurso acusatório baseado na contrariedade à prova produzida, uma vez que, ao absolver, o tribunal popular não ignorou a prova produzida, apenas lhe deu consequência jurídica diversa da prevista da lei (TEIXEIRA, 2014, s.p).

É pertinente destacar duas observações: muito embora seja admissível a utilização de teses unicamente extrajurídicas, tal possibilidade se restringe à defesa do acusado, isto é, não será permitido à acusação sustentar-se, tão somente, em teses não jurídicas. Ademais, não só o patrono do réu é que poderá se valer de tais argumentos, como também os jurados poderão decidir exclusivamente com base nestas questões, e, assim, ignorar o conteúdo jurídico apresentado e formar seu convencimento em motivações íntimas (TEIXEIRA, 2014). A possibilidade de argumentação extrajurídica guarda relação com o princípio da plenitude de defesa, já abordado anteriormente, pois, na persecução da defesa mais ampla quanto possível ao réu, é lícito invocar razões desprendidas do rigor da lei. Características que, lamentavelmente, estigmatizam o júri popular e, por vezes, resultam em um descrédito da própria instituição e da justiça pelos cidadãos.

Ora, aqueles que possuem o poder de *decisio litis* – ou seja, os jurados – são, em sua maioria, pessoas sem especialização quanto à ciência penal jurídica, então, resta mais eficaz se valer de outras técnicas, que não a lei propriamente dita, para cativar a atenção do jurado e influir na construção de seu raciocínio julgador. Ressalta-se que o jurado não tem o arbítrio de decidir em contrariedade ao material probatório dos autos, mas é livre para guiar sua decisão conforme concepções privativas, o que pode ser notado mais facilmente quando dos debates orais

em plenário. Marcus Vinícius Amorin (2008), defensor da instituição estudada, reconhece, todavia, que os jurados, naquele momento, encontram-se expostos às habilidades astutas da acusação e da defesa, de modo que, não raras vezes, prevalece a emotividade em detrimento da análise tanto quanto mais apurada e racional dos fatos. Convém ressaltar os dizeres de Viveiros de Castro (1894): “[o] mal principal do jury [sic.], o defeito que o invalida, é a sua incapacidade para julgar. Hoje, nas numerosas diversidades das ramificações científicas [sic.], exigem-se para cada especialidade conhecimentos próprios, adquiridos pelo estudo e pela prática”.

Fato é que todo esse conjunto polifônico combinado à linguagem corporal não é à toa, visto que se presta – e, na maioria das vezes, com sucesso –, a provocar no receptor aquilo que se deseja: emocionalismo (REIS, 2015). Destarte, em nome do princípio da plenitude da defesa e da livre argumentação, vale (quase) tudo em plenário, sendo suscitadas as alegações das mais inusitadas possíveis, que transcendem a esfera jurídica. Neste momento, não mais importa o respaldo das teses jurídicas robustas, embasadas na tecnicidade da ciência jurídica processual penal, até porque o jurado pode não compreendê-las, ignorá-las, então, dá-se lugar a toda sorte de argumentação externa e métodos quanto for possível. Por isso, vê que o plenário tem se tornado palco para espetacularização e encenações, tornando alguns julgamentos burlescos, teatralizados. Nessa mesma direção, reforça Vale (2014) que:

O caráter cerimonial da sessão de julgamento e o atuar teatral das partes envolvidas – aspectos não muito acolhedores a um leigo convocado para compor o tribunal – acabam, às vezes, por influenciar o espírito do jurado de modo a lhe retirar a tranquilidade necessária à realização de um julgamento equilibrado. A atenção que o jurado deveria dispensar em relação à prova, não raro, é deixada de lado, cedendo espaço à situação de perplexidade, originada pelo novo e estranho ambiente (VALE, 2014, p. 319).

Sob o prisma de uma análise mais filosófica da questão, Copetti Santos (2011, p. 41) advoga que o sistema de fundamentação livre, que valora a prova com base em ímpetos da consciência particular de cada

um, está estreitamente ligado ao paradigma da filosofia da subjetividade, isto é, a discricionariedade empregada pelos jurados quando da motivação de seus veredictos substancia a falta de limites aos poderes públicos em detrimento da individualidade dos cidadãos sob julgamento perante o tribunal popular. Portanto, a compreensão da complexidade da causa e o conhecimento da legislação pátria são elementos que estão umbilicalmente ligados à atividade judicante e não devem ser sacrificados sem que haja nenhuma outra alternativa que tencione oferecer maior segurança jurídica às decisões proferidas em sede de júri popular.

4.1. A teatrocracia do tribunal do júri: encenação e oratória

Sobre uma perspectiva antropológica do júri, Ana Schritzmeyer (2001) observou facetas lúdicas que operam durante as fases do rito do júri. Aspectos que mesclam características de teatro, jogos, carregada de sentimentalismos, dramatização, retórica e outros artifícios que influem na formação da postura julgadora dos leigos, o que se convencionou chamar de “júri-teatro”. A teatrocracia – conceito concebido pelo dramaturgo russo Nicolau Evreinov no século XIX – sugere a teatralização de todas as esferas de manifestações sociais, isto é, o mundo como um palco e esse ideal guarda relação com a forma com a qual é conduzida a cerimônia processualística do tribunal do júri (SCHRITZMEYER, 2001, p. 111-112).

Decerto, não é difícil constatar esse elemento no âmbito do plenário do júri, principalmente quando do momento dos debates orais, em que as partes debatedoras podem se valer de quaisquer mecanismo que impressione e comova o jurado de tal modo em suas emoções que ignorem algumas provas e fundamentos legais e isso forma a trama de cada júri. Fatores individuais como ser homem ou mulher, jovem ou idoso, desempregado ou trabalhador, ter voz suave ou imponente, postura humilde ou arrogante, vestir-se socialmente apresentável ou de aparência desleixada são, neste momento, percebidos com olhos diferentes pelos jurados (SCHRITZMEYER, 2001, p. 114).

Nesse diapasão, atrelado à questão da mensagem que as personalidades exprimem no palco judicial do tribunal do júri e à atuação cênica no processo de persuasão do jurado, Ionilton do Vale destaca que:

É de se observar que o jurado, conquanto indivíduo retirado das camadas sociais compreenda o apelo feito pela defesa, mesmo em argumentos que podem beirar a irracionalidade jurídica, e absolvem o acusado, justamente em razão destes argumentos, quer em face dos rituais adequados utilizados pela defesa, quer em razão da comoção que tais argumentos possam trazer ao corpo de jurados, em face de gestos teatrais da defesa (VALE, 2014, p. 314).

O júri tende a se mobilizar mais que o magistrado aos discursos regados de sensibilidade e encantos retóricos proferidos pelos advogados das partes. Isso porque o juiz profissional já está habituado a essas táticas. Logo, prospectar o jurado através de um discurso pomposo que, dificilmente, atingiria o juiz togado da mesma forma, é um dos artifícios válidos no plenário do júri. Essa prática, contudo, é danosa e gera óbice a que se realize julgamento mais racional e sensato pelo tribunal do júri (VALE, 2014, p. 314-317).

4.2. Da midiatização do tribunal do júri

Já é conhecido e, até mesmo, esperado, que a ocorrência de um crime doloso contra a vida julgado pelo júri popular, conte com a mídia presente, direta ou indiretamente exercendo forte interferência sensacionalista⁶. A esse respeito, diante das pressões externas, e da própria presença da imprensa nos fóruns, nas sessões de julgamento, é possível que isso impacte negativamente a percepção do jurado, maculando sua convicção desde antes do julgamento. Ora, não é difícil constatar e observar que a imprensa é capaz de realizar pré-julgamentos que con-

6 Tal abordagem sensacionalista comprovadamente comprometem os debates em diversos outros temas públicos, pertencentes ou não ao âmbito jurídico, como demonstram os trabalhos de que é marcante em diversos outros temas atuais, como de Carvalho, Freire e Vilar (2012) e o de Romanini e Roso (2013).

denam suspeitos antes mesmo do julgamento definitivo pelo tribunal competente.

Indaga-se, então, em que medida a exagerada atuação por parte da imprensa seria danosa e envenenaria a isenção em julgamento perante o tribunal popular do júri? Pesquisadores sobre a midiaticização do processo penal, tais como Oliveira (2017, p. 248), apontam que os jurados são mais suscetíveis a ceder ou se envolver pela pressão midiática, de modo que tamanho assédio dificulta a manutenção da imparcialidade do júri⁷.

Segundo reflexões de Ignacio Ramonet (2001) sobre a tirania da comunicação: “[...] precisamos, ainda, levar em conta a influência dos veículos de comunicação que atuam no inconsciente dos sujeitos (pela repetição), disseminando uma “verdade” manipulada que se massifica no (in)consciente e, assim, traiçoeiramente é capaz de fazer com que o falso se torne verdadeiro” (RAMONET, 2001, s.p).

Com efeito, é inegável conhecer o poder de propagação da informação que a imprensa – de modo genérico, incluindo as mídias sociais – trouxe ao mundo moderno globalizado. A endossar, destaca-se o que diz Sousa Neto Júnior (et. al, 2019, p. 253) sobre a força política e social que a mídia sustenta: “a imprensa ao longo da história, através do seu poder unívoco, elegeu presidentes, desencadeou revoluções, derrubou ministros, senadores da República, entre outros feitos que trouxeram transformações sociais, políticas e culturais”. Fato é que a Constituição de 1988 tratou de conferir à liberdade de informação lócus privilegiado (art. 5º, IX e IV), sendo vedado elaborar leis com escopo de embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. É o que dispõe o §1º do artigo 220 da CRFB/88.

7 Nesse contexto, cabe mencionar o instituto do desaforamento (previsto nos arts. 427 e 428 do CPP), que seria a transferência do julgamento de um crime doloso contra a vida pelo Tribunal do Júri, da comarca (no caso da Justiça Estadual) ou seção ou subseção judiciária (em se tratando de Justiça Federal), onde se consumou o crime, para outra, com jurados dessa última, o que implica a derrogação da regra geral de competência (disciplinada no art. 70, CPP), em razão de interesse da ordem pública. Isso pode ocorrer em razão de eventual suspeita de parcialidade dos juízes leigos ou do risco à segurança pessoal do acusado.

Todavia, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto” (BRASIL, 1999) – incluindo aqueles considerados fundamentais –, logo, a liberdade de imprensa e informação não deve ser exercida de forma irresponsável e ilimitada, sobrepujando-se às demais garantias. Para Moraes (2014, p. 53), em um Estado democrático de direito, é imprescindível que se reclame um comportamento ético também por parte da mídia. Consoante lições de José Afonso da Silva (2012a, p. 247): “a garantia à liberdade de informação se justifica tão somente na medida em que os indivíduos têm o direito a receber uma informação formatada de modo correto e imparcial”. Logo, não se pode conceber que, sob o corolário do exercício do direito à liberdade de imprensa, a atuação jornalística seja tão incisiva de tal modo que macule a imparcialidade do Conselho de Sentença, pois a condenação exercida pela imprensa é para a eternidade.

O ativismo midiático é tão prejudicial que, além de colocar em risco a isenção dos jurados prestes a julgar a causa, também põe à prova algumas garantias do acusado presentes no devido processo legal, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o princípio da inocência. Nesse diapasão, realça Silva e Nascimento (2017):

[...] garantias que acabam sendo esquecidas nas matérias de grande circulação, já que a notícia propagada martirizou a imagem do acusado, tornando-o pior do que ação por ele praticada, sendo o réu já considerado culpado pelo júri do povo, que despido de qualquer conhecimento faz o juízo de valor do fato ocorrido, que gerou tamanha repercussão, trazendo um convencimento dos jurados a respeito do fato, que de qualquer modo resta prejudicado a atuação da defesa no plenário do júri (SILVA; NASCIMENTO, 2017, p. 44-45).

Impera, neste ponto, registrar que isto não significa que se defenda atos de censura ou proibição ao livre exercício do direito de publicidade e informação, mas tão somente que sejam estabelecido limites ao exercício do direito à informação e mediante uso da proporcionalidade em cada caso concreto (ATAÍDE, 2010, p. 143).

No intento de preservar a segurança de um julgamento imparcial e a liberdade de imprensa, a Alemanha estabeleceu um sistema que, ao mesmo tempo que garante a presença de jornalistas e câmeras, microfones e afins na sala do tribunal, também delimitou o terreno de atuação dos meios informativos – por exemplo, não se pode fazer gravações e nem fotografar (VALE, 2014, p. 354).

Neste ímpeto, importa trazer à tona o julgado pelo Tribunal Constitucional alemão por ocasião do caso *BVerfGE* 35, 202, em 1973, e analisar um exemplo prático de sopesamento entre dois direitos elementares: liberdade de expressão frente ao direito de personalidade. Para abreviar os fatos, o chamado *Lebach Case* refere-se ao assassinato de 4 soldados que guardavam o vilarejo de Lebach, em 1969. Os dois primeiros acusados pelo crime brutal foram condenados à pena perpétua, e o terceiro, a 6 anos de reclusão, visto que sua conduta, comparada a dos demais, foi de menor influência, ajudando na preparação do intento criminoso. Ocorre que o canal alemão *Zweites Deutsches Fernsehen* produziu um documentário sobre o fatídico assassinato dos soldados, no qual incluíram a exposição de nomes, fotos e, ainda, representação detalhada dos fatos, bem como demais particularidades dos condenados. O canal televisivo pretendia estreitar o documentário poucos dias antes do terceiro condenado, que já havia cumprido quase toda pena, ser solto.

A decisão do tribunal alemão não poderia ter sido mais equilibrada. Diante da colisão entre os direitos em questão, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que o canal televisivo não poderia veicular o documentário caso aspectos referentes aos direitos de personalidade dele fossem divulgados. Nesta toada, decidiu o tribunal que, em regra, o direito à liberdade de radiodifusão, imprensa e informação da população prevalece; porém, nesse caso, embora ambos sejam caros à ordem democrática, não seria proporcional permitir a divulgação do documentário nos termos em que se propunha o canal alemão. Aproveu ao tribunal, numa decisão que excepciona a regra que vigora no país, não permitir a propagação da comunicação pois invadia em nível irrazoável a vida privada do detento e perpetuaria sua seu processo de estigmatização, o que dificultaria sua reintegração à sociedade (VALE 2014, p. 358-360). Destarte, é certo que um julgamento integralmente puro e imparcial é

utopia, mas, ainda assim, os efeitos negativos que o ativismo midiático causa devem ser minimizados.

Arremata, ainda, Eluf (2013) que, quando a mídia expõe acontecimentos relacionados a crimes chocantes, ela o faz de modo a alimentar, endossar o clamor público, promovendo um clima emotivo e de tensão, o que termina por aumentar as expectativas sociais de justiça sobre aquele caso. Assim, o poder midiático e sua potencial influência sobre a formação do veredicto de um Tribunal do Júri é evidente. Assim, D'amelio (1939, p. 968) assevera que a publicidade serve ao direito e à sociedade, porém não deve ofender a moral e a decência para isso.

Portanto, o ativismo empregado pelos segmentos da mídia, que opera seus efeitos antes, durante e depois do julgamento do júri popular, é questão que merece especial atenção, vez que é inegável o papel da imprensa telejornalística e sua capacidade de moldar e manobrar opiniões. Não se quer – frisa-se –, demonizá-la, haja vista sua relevância para a democracia, pois é veículo de informações à sociedade e, ao mesmo tempo, lhe é porta voz. Contudo, o princípio da liberdade de informação deve estar em harmonia com o julgamento justo e o devido processo legal, de modo que mostra-se razoável regulamentar a participação desta, não cerceando sua expressão, mas determinando diretrizes aptas a minimizar os efeitos negativos de sua performance no tribunal popular.

4.3. A influência das variantes pessoais sobre o veredicto

Desde condições físicas até a falta de remuneração à função de jurado, muitas são as variantes que têm o condão de influir na postura do jurado e, conseqüentemente, em seu veredicto final. Almeida (2014), que se debruçou a estudar o fenômeno relacionado ao desinteresse em participar do júri, notou que muitos não enxergam a cooperação com o Judiciário através do papel de jurado como algo bom ou desejável. Segundo Almeida (2014) – que, em seu trabalho, realizou diversas entrevistas com os jurados da comarca de Juiz de Fora (MG) –, o cidadão médio não anela se envolver com a instituição por considerá-la uma atividade demasiado enfadonha. Nas palavras do autor, “a rotina me pareceu mui-

to cansativa, mesmo com as pausas para os lanches. O cansaço físico e mental é certamente um aspecto observável ao longo das votações do júri” (ALMEIDA, 2014, p. 258).

Além do estresse e cansaço, conta, ainda, os longos atrasos para que o início da sessão de julgamento, o que, num efeito dominó, atrasa os demais atos relativos ao procedimento do júri. A falta de disposição em servir ao tribunal do júri também guarda relação ao fato de ser uma atividade não remunerada, de maneira que os jurados se veem obrigados a pedir dispensa da obrigação, com receio de sua ausência prejudicar a qualidade de seu vínculo empregatício. Isso sem mencionar aqueles que são autônomos e/ou exercem profissões liberais. Não obstante, quando da data marcada para realização das extensas e cansativas sessões de julgamento, os jurados não recebem nenhuma contrapartida (financeira) por desempenhar essa incumbência constitucional – nem mesmo a reposição dos custos inerentes ao seu comparecimento ao julgamento.

Como solução para esse impasse, Aury Lopes Jr. (2014) sugere a remuneração ao jurado como forma de compensar o tempo empregado em serviço da administração pública, visto que assim já o é em muitos países. Não se trata de vultosos valores numéricos, mas tão somente de uma quantidade que representasse valorização pelo serviço prestado pelo jurado. A corroborar com a proposta ostentada por Aury Lopes Jr., Almeida ainda realça que “além do cansaço, os jurados têm de enfrentar o desafio de trabalharem sem remuneração. [...] este é ainda é um empecilho para a atração de pessoas dispostas a serem jurados e para a realização do júri” (ALMEIDA, 2014, p. 261).

Aqui, cumpre mencionar o do Projeto de Lei nº 4714, de 2004 – atualmente apensado ao PL 8045/2010 – que, dentre outras previsões, dispõe sobre a possibilidade de remuneração do serviço de jurado. Sobre as razões que embasaram o PL, alegou-se a necessidade de, dado o custo mensal suportado pelo jurado para que exerça tal incumbência constitucional, não é justo que ele suporte sozinho tais despesas e não receba nenhum auxílio contraprestativo por parte da administração pública. A título de exemplo comparativo, referiu-se à Justiça Eleitoral, que ressarcem o mesário pelas funções desenvolvidas em colaboração e pelo interesse do

Poder Público. Enfim, são vários os problemas que gravitam ao redor do tribunal popular, alguns de caráter prático, como os tratados neste ponto.

Almeida (2014) observou, ainda, que, visando contornar o problema do desinteresse na participação dos cidadãos de Juiz de Fora (MG) no júri popular da cidade, os servidores responsáveis pelo alistamento chamavam, geralmente, pessoas que já tinham algum vínculo com a Administração Pública – como mesários eleitorais, servidores aposentados, como também voluntários –, pois a probabilidade destes comporem o júri de boa vontade se forem convocados novamente é maior. Concluiu, portanto, que, ao procederem dessa forma, os escrivães não tencionam – pelo menos não dolosamente – infringir o caráter representativo ao qual se propõe ter o tribunal do júri, mas que esse modo operacional resta inevitável na prática, visto que o Estado não oferece nenhuma contraprestação ao jurado pelo seu esforço em cumprir tal dever legal, nem mesmo a devolução de custos básicos decorrentes da obrigação, o que faz com que o encargo se torne mui laborioso para aqueles selecionados (ALMEIDA, 2014, p. 249-251).

Em semelhante tom, ainda acerca das variantes, tem-se a pesquisa desenvolvida por Júlia de Souza (2016), que buscou analisar em que medida o perfil socioeconômico do jurado interferia no veredicto. Para isso, fora feito o levantamento dos júris ocorridos em 2015 e 2016 na comarca de Cacoal (RO), mediante a entrevista de 112 jurados através de questionários concernentes a condições particulares de cada jurado, tais como idade, sexo, emprego, renda mensal obtida, descendência, nível de conhecimento jurídico, bem como se havia prévia disposição para condenar ou absolver o réu, se as características pessoais do réu influenciam no julgamento, e a interferência da boa oratória do promotor e do defensor em plenário.

Dos 112 jurados, 79 eram do sexo feminino. Com base nesse dado, Appleman (1952 apud SOUZA, 2016, p.28-29) alega que, dentre o corpo de jurados, as mulheres são a melhor opção a ser escolhida quando o réu for homem fisicamente atraente. O contrário, porém – isto é, quando a ré for mulher fisicamente atraente –, as juradas mulheres devem ser dispensadas. Ademais, aduz, ainda, que as mulheres são mais suscetíveis a mudar de opinião que os homens e que, embora tenha quem defenda que o sexo feminino é mais longânimo, apto a absolver o acusado, tal

postura vai depender muito do caso em si. Outros dados foram coletados na referida pesquisa, tais como a idade dos jurados, o que apontou o fato de que, quanto mais velho, mais tendente à condenação. Todavia, insta destacar, além das já mencionadas, mais dois aspectos: a condição sócio econômica do jurado e o seu nível de conhecimento jurídico.

A aludida pesquisa constatou que 58% dos jurados afirmou não possuir familiaridade com a ciência jurídico-penal. Essa problemática relacionada à escassez de cognoscência jurídica por parte dos jurados culmina na dificuldade de compreensão de vocábulos próprios do meio jurídico. Termos técnicos como “legítima defesa”, “estado de necessidade”, “dolo”, “culpa”, “imputabilidade” dentre outros, restam lacunosos na mente dos jurados, pois nem sempre o promotor ou defensor os explica com clareza suficiente. Ora, é incontestado que essas lacunas de compreensão das terminologias jurídicas é muito prejudicial à sobriedade do julgamento.

Quanto ao aspecto socioeconômico dos jurados da cidade de Cacoal (RO), onde foi desenvolvida a investigação de Souza (2016, p. 43-44), as classes sociais foram separadas de acordo com a divisão do IBGE (classe A, B, C, D e E). Assim, notou-se que o júri de Cacoal (RO) não tinha ninguém que pertencesse ao enquadramento financeiro respectivo às classes A e B, ou seja, classes consideradas altas, cujos integrantes percebem renda salarial entre 10 a 20 salários mínimos ou acima disso. Souza (2016, p. 44) destaca a interessante constatação sustentada por Marques (2009, p. 88) infra:

A desvalorização do Júri se inicia pela forma com que os Magistrados efetuam a seleção dos jurados, uma vez que a insistência ao colocar estudantes, funcionários públicos e aposentados, remete à ideia de que a função de jurado é para quem possui mais tempo disponível e não tenha algo mais importante para fazer. Para ele, existe uma condescendência com as pessoas mais ocupadas, pessoas que detêm cargos mais importantes como empresários, médicos e acredita que o juiz deva valorizar a composição das listas, não levando em consideração as suas ocupações, pois o mesmo não está pedindo favores ao convocar pessoas mais influentes na sociedade, e sim qualificando, cumprindo o que determina a lei e dando mais visibilidade para a Instituição do Júri (MARQUES, 2009, p. 88).

Inferese, destarte, que o jurado que possua, em alguma medida, conhecimento jurídico terá mais facilidade em interpretar as terminologias legais, bem como as teses defendidas pelos advogados, pois, sua proximidade da ciência jurídica-penal lhe possibilitará a compreensão mais profissional e técnica do fato, do crime e suas consequências (SOUZA, 2016).

Referente a situações que exercem ingerência sob os jurados e sua percepção julgadora e como o princípio da íntima convicção desprestigia a necessidade de motivação das decisões proferidas por estes, é certo que também poderão considerar o perfil pessoal do réu como fundamento de seus veredictos, vez que não estão adstritos a decidir segundo os cânones do Direito (JESUS, 2010).

Um dos fatores relacionados ao perfil particular do réu que, em certa medida, interfere na forma como o jurado leigo exercerá o juízo, é a sua aparência física. De acordo com estudos realizados pela Universidade Cornell – conduzidos pelos professores Justin J. Gunnell e Stephen J. Ceci, especialistas em psicologia comportamental –, réus considerados menos atraentes têm mais probabilidade de serem condenados. O estudo percebeu que esses acusados chegavam a penas mais duras, em média de 22 meses a mais de prisão que aqueles de aparência mais vigorosa, atraente, que tendem a serem analisados com mais brandura pelos jurados (GUNNELL; CECI, 2010). A aparência mais mal-apeçoada se conecta ao estereótipo de alguém perigoso, “mal encarado” (SOUZA, 2016, p. 38). Ademais, outro fator relacionado ao acusado que é levado em consideração, são os seus antecedentes criminais, pois os jurados os interpretam baseados na maior reprovabilidade, culpabilidade e a probabilidade de reincidência criminosa (JESUS, 2010, p. 139).

Concordemente, Sousa Neto Júnior (et. al, 2019, p. 252) elenca, ainda, outras causas que contribuem para deslocar a concentração do júri, das quais destaca-se o desgaste corporal devido às extensas sessões de julgamento, ocasionando um desvio involuntário da atenção e do pensamento para as mais variadas distrações que podem sobrepujar detalhes importantes ao deslinde do caso. Soma-se a isso o aspecto comportamental outrora abordado como meio de manipular ou induzir o jurado a determinada postura psicológica julgadora que se almeja. Por isso, na esfera do tribunal do júri, o uso das técnicas cênicas costuma ser útil. Já

cansado e disperso depois de longas horas de debate oral, o jurado devaneia em pensamentos para coisas alheias à causa em julgamento. Aciona-se, então, processos que objetivam chamar a atenção do jurado.

A endossar o entendimento que se tem construído até aqui, Figueira (2007) se importou em listar alguns motivos que indicam como o jurado constrói empiricamente sua decisão. De acordo com o que observou o autor:

[...] Os jurados, em suas decisões, levam em conta: a) as provas produzidas e apresentadas pelas partes; b) a credibilidade da pessoa que está produzindo o discurso; c) a credibilidade interna do discurso, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos de verdade; d) as biografias do réu e da vítima, para um julgamento moral dos tipos sociais que eles representam (homem honesto, trabalhador, pai de família x bandido, vagabundo, traficante); e) os motivos (justificativa moral) que levaram à prática do crime; f) a performance ou desempenho cênico dos atores sociais (FIGUEIRA, 2007, p. 218).

Enfim, nota-se que os fatores influenciadores são múltiplos. Alguns são de natureza intrínseca ao indivíduo, configurando-se como particularidades vinculadas à própria individualidade de cada jurado. Entretanto, tais características, concorde às pesquisas supra, podem influenciar na maneira como ele irá exercer juízo de valor e sentenciar o acusado.

Logo, a multiplicidade de variantes externas tendem a influir na imparcialidade da decisão do jurado. Tais podem ser de cunho social, político, filosófico, econômico, religioso etc. e são suficientes para pôr à prova a confiabilidade do instituto jurídico, haja vista os lastros de intuição e dramaticidade presentes no cerimonial. Apesar dos fundamentos de instituição do Tribunal do Júri terem estreita relação com a ideia de democracia, deve-se buscar o aperfeiçoamento do atual funcionamento do Tribunal Popular a fim de que atinja eficazmente a finalidade para a qual foi concebido e não se torne uma espécie de tribunal de exceção marcado pelo apego ao subjetivismo.

CONCLUSÃO

Tal como se tencionou demonstrar, o Tribunal Popular do Júri baseia-se em ideais democráticos, como se pode verificar no estudo da origem e evolução histórica da instituição no mundo e no Brasil, resistindo a períodos históricos grises. Por essa razão, não se buscou advogar pela abolição do instituto, mas tão somente desenvolver uma análise crítica acerca de suas fragilidades e estimular à realização de melhorias ao Tribunal leigo através das sugestões feitas ao longo do presente trabalho – mas que aqui são novamente recuperadas.

O trabalho realizou uma análise mais acurada do princípio da íntima convicção dos jurados e como a desnecessidade de fundamentação pode repercutir em julgamentos injustos e interferir na legitimidade das decisões proferidas. Ora, sabe-se que a proposta do tribunal popular não é ser um tribunal técnico, porém, percebeu-se ser prudente e benéfico, e assim se sugestionou, ponderar acerca da possibilidade e viabilidade de se oferecer cursos de capacitação ao exercício da função de jurado antes de praticá-la. Nessa direção, Peres (2018, s.p) sugere que poderiam ser disponibilizados cursos aos jurados selecionados, “buscando capacitá-los para que possam decidir de forma cada vez mais justa, e não se baseando apenas na íntima convicção como vem acontecendo, sem ter que se apegar à regra nenhuma, apenas ao que acredita.

Além disso, buscou-se examinar outras variáveis que conduzem a percepção julgadora dos jurados, aspectos referentes a características pessoais do jurado, bem como do réu, além do uso das teses metajurídicas com vistas a envolver o jurado num limbo de emocionalismo e subjetivismo danosos, vez que o apelo a convicções religiosas, filosóficas, sociais, políticos etc, podem afetar a racionalidade da decisão em si. O uso da retórica bem elaborada, a encenação, a linguagem gestual e corporal deixam de ser artifícios de convencimento para se tornarem meios de manipulação da psique do jurado e conduzi-lo ao resultado sensorial que se almeja. Tais estratégias, não raramente, descredibilizam a instituição, tornando o pleno do júri um ambiente de justiça intuitiva.

Ao fim, constatou-se a contribuição dos meios de comunicação social no mundo moderno como veículos de transmissão de informações

de interesse coletivo. Entretanto, por vezes, o avanço midiático atinge proporções prejudiciais devido sua atuação irrestrita e antiética, capaz de macular o caráter imparcial que se requer do julgador. Ora, tem-se consciência de que um julgamento integralmente puro e isento beira à irrealidade, contudo, é adequado que se empregue a proporcionalidade quando do choque entre direitos fundamentais, tal como o direito à informação e liberdade de imprensa e o direito a um julgamento justo, pois o julgamento realizado pela mídia não observa o devido processo legal e a condenação proferida é perpétua. Destarte, longe de propor censura aos veículos comunicativos, tem-se que o mais adequado seria, diante das necessidades do caso concreto, estabelecer limites razoáveis que possibilitem a harmonia dos dois direitos.

Nesse contexto, é interessante destacar a sugestão apresentada por Sousa Neto Júnior e (et al, 2019, p. 248), segundo a qual, talvez afastar a competência dos jurados quando da apreciação de crimes que ganhem intenso destaque na imprensa e capital repercussão social poderia ser uma proposta viável, vez que a veiculação dramatizada e dotada de interpretação pessoal por parte da mídia inevitavelmente macularia a imparcialidade do jurado o qual poderia incorrer na tentação de se tornar mero repetidor da verdade adotada e comunicada pela mídia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Tribunal do Júri. Dimensão Constitucional Contemporânea:** Reflexões Constitucionais de sua Garantia Fundamental de Cidadania. 117f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012

ALMEIDA, Fábio Ferraz de. Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do Júri de Juiz de Fora/MG. **Confluências:** Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, v. 16, n. 3, p. 244-273. 2014.

ALVES, Daniele Peçanha; MASTRODI NETO, Josué. Tribunal do júri e o livre convencimento dos jurados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** v. 116, set./out. 2015.

ARAÚJO, Daniela Galvão; SILVA, Patrícia Fernandes Carneiro da. **O Tribunal do júri: análise histórica.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59671/o-tribunal-do-juri-analise-historica>>. Acesso em 20 set. 2020.

ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre o poder punitivo do estado e garantia constitucional da defesa.** Curitiba: Juruá, 2010

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 23 set. 2020.

4. Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, RJ. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

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

BRASIL. Decreto Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938. **Regula sobre a instituição do Júri.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm>. Acesso em: 23 set 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452- RJ. Relator:** Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno. Brasília, decisão de 16 set. 1999, publicação de 12 mai. 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Denise W.; FREIRE, Maria Teresa; VILAR, Guilherme. Mídia e violência: um olhar sobre o Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**, v. 31, n. 5, p. 435-438, 2012.

CASTRO, Viveiros de. **A nova escola penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.

D'AMELIO, Mariano. **Nuovo Digesto Italiano**. v. 10. 4ª ed. Turim: UTET, 1939.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus: casos passionais céleres: de Pontes Visqueiro a Mizaél Bispo de Souza**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. **O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174**. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007

GUNNEL, Justin J.; CECI, Stephen J. When emotionality trumps reason: A study of individual processing style and juror bias. **Behavioral Sciences & The Law**, v. 28, n. 6, p. 850-877, nov./dec. 2010.

JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. 3. ed. rev. e ampl. Goiânia: Editora AB, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri**: considerações críticas à lei 11.689/08 de acordo com as leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Tribunal do Júri Popular na ordem jurídica constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Laís Mendes. Tribunal do Júri e o subjetivismo inquisitivo. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 16, n. 28, jan./jun. 2017.

PERES, Kelvin Nean Maciel. A ausência de conhecimento técnico dos jurados do Conselho de Sentença, a soberania dos veredictos relacionados à falta de segurança jurídica. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52390/a-ausencia-de-conhecimento-tecnico-dos-jurados-do-conselho-de-sentenca-a-soberania-dos-veredictos-relacionados-a-falta-de-seguranca-juridica>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

RAMONET, Ignacio. **A Tirania da Comunicação**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

REIS, Andrea dos Santos. **Análise crítica do Tribunal do Júri**: uma abordagem sobre a influência do discurso na decisão dos jurados. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40082/analise-critica-do-tribunal-do-juri-uma-abordagem-sobre-a-influencia-do-discurso-na-decisao-dos-jurados>>. Acesso em: 12 out, 2020.

ROMANINI, Moisés; ROSO, Adriane. Mídia e cultura, criminalização e patologização dos usuários de crack: discursos e políticas. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 21, n. 2, p. 483-497, dez. 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A incompatibilidade das decisões do conselho de sentença do tribunal do júri com o estado democrático de direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n.1, p. 30-46, 2011.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar**: uma leitura antropológica do tribunal do júri – ritual lúdico e teatralizado. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro**: um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012a.

SILVA, Franklin Roger Alves. **História do tribunal do júri**: origem e evolução no sistema penal brasileiro. 33 f. Trabalho apresentado ao II Concurso de Monografia do Museu da Justiça, Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Edivaldo da; NASCIMENTO, Genivaldo José. A influência da mídia na decisão do conselho de sentença no tribunal do júri. **Caderno de Graduação - Humanas e Sociais**, Pernambuco, v. 3, n. 1, p. 35-48, jul. 2017.

SOUSA NETO JÚNIOR, Álvaro da Costa et al. **Tribunal do júri**: influências psicológicas nas decisões dos jurados. 2019. Disponível em: <<https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-26-15668646468856.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2020

SOUZA, Júlia Rebonato de. **A influência do perfil socioeconômico dos jurados veredictos do Tribunal do Júri em Cacoal-RO**. 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016.

SOUZA, Karine Gabriela de. **Tribunal do Júri**: o princípio da íntima convicção dos jurados em face à Constituição Federal de 1988. Monogra-

fia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009

TEIXEIRA, Cláudio Sérgio Alves. **A soberania dos veredictos do tribunal do júri e as teses defensivas baseadas unicamente em argumentações metajurídicas**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-131/a-soberania-dos-veredictos-do-tribunal-do-juri-e-as-teses-defensivas-baseadas-unicamente-em-argumentacoes-metajuridicas/#_ftn1>. Acesso em 12 out. 2020.

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25.ed. vols. 1 e 4. São Paulo: Saraiva, 2003

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Tribunal do Júri no contexto do devido processo legal: Uma crítica ao Tribunal do Júri puro em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado: Estudo dos fatores que interferem no julgamento e na imparcialidade de suas decisões ...** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal, 2014.

A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SALVAGUARDA DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

THE THEORY OF THE DIAGONAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN SAFEGUARDING LABOR RELATIONS

Beatriz Hilário Toscano Meneses¹

Maria Letícia Lima Nascimento²

Paulla Christianne da Costa Newton³

Data de Submissão: 26/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Este estudo fundamenta-se sobre o exame da nova teoria de aplicação dos direitos humanos, correlacionando-a ao âmbito do Direito do Trabalho. Isto é, discorre-se sobre a utilização da Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais dentro da relação empregatícia,

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, discente extensionista pelo programa de extensão da PROEX-UEPB.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, Conciliadora e Mediadora judicial pelo TJ-PB, discente extensionista bolsista pelo programa de extensão da PROEX-UEPB, pesquisadora pelo Programa de Iniciação Científica da UEPB e estagiária da Prefeitura Municipal de Campina Grande.

3 Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social, com menção de Doutorado Europeu, pela Universidade de Valencia – Espanha, com período de investigação na Universidade Clássica de Lisboa - Portugal; Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Diploma de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Valencia – Espanha; Professora Doutora Associada do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB; Coordenadora setorial de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB; Coordenadora do Projeto de Extensão @juridicomatch; Professora Doutora Adjunta do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. E-mail: paulla.newton@gmail.com.

a fim de garantir os valores e os princípios apregoados na Constituição Federal. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva expor argumentos histórico-sociais e jurídicos que consolidam a Eficácia Diagonal dos direitos humanos. Sendo assim, trata-se acerca da importância da utilidade da Eficácia Diagonal na contemporaneidade, com foco na análise do surgimento dos direitos humanos constitucionalizados, subdivididos em dimensões que serão, adiante, esmiuçadas, as quais simbolizam, sob o lema revolucionário *égalité fraternité et liberté*, importantes avanços à humanização e à dignificação do ser humano. Sob segundo viés, através deste artigo, analisa-se as espécies de Eficácias, Vertical e Horizontal, coexistentes, que embasam a consubstanciação da Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais, a qual contempla proteção às relações da esfera privada que são marcadas pela desigualdade e pela hipossuficiência de uma das partes envolvidas. Por fim, objetiva-se a demonstração da essencialidade da aplicação da Eficácia Diagonal no Direito do Trabalho Brasileiro como um instrumento democrático assegurador dos princípios e dos valores constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito do trabalho; Eficácia diagonal; Estado Democrático de Direito.

Abstract: This study is based on the examination of the new theory of application of human rights, correlating it to the scope of labor law. That is, there is talk about the use of diagonal effectiveness of fundamental rights within the employment relationship, in order to guarantee the values and principles proclaimed in the Federal Constitution. In this sense, the present work aims to expose historical-social and legal arguments that consolidate the Diagonal Efficacy of human rights. Thus, it is about the importance of the usefulness of Diagonal Efficacy in contemporary times, focusing on the analysis of the emergence of constitutionalized human rights, subdivided into dimensions that will be, in advance, scrutinised, which symbolize, under the revolutionary motto *égalité fraternité et liberté*, advances in humanization and dignification of the human being. Under second bias, through this article, we analyze the species of Efficacies, Vertical and Horizontal, coexisting, which underpin the substantiation of the Diagonal Effectiveness of fundamental rights, which includes

protection of the relations of the private sphere marked by inequality and the insufficiency of one of the parties involved. Finally, the objective is to demonstrate the essentiality of the application of Diagonal Efficacy in Brazilian Labor Law as a democratic instrument for ensuring the principles and constitutional values in force.

Keywords: Fundamental rights; Labor law; Diagonal efficacy; Democratic State of Law.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, diante da complexidade das relações humanas, há, progressivamente, a necessidade de readequação das normas jurídicas defronte das demandas sociais. Com isso, as transformações da sociedade humana impactam severamente sobre todos os aspectos da vida em comunidade, mormente as relações da esfera privada, com destaque para os contratos de labor.

Séculos atrás, as relações de trabalho configuravam-se apenas como a obrigação, por parte do trabalhador, de cumprimento de atividades e serviços a bel prazer do empregador, que dispunha de poder patronal desmedido, em troca de uma contraprestação. Destarte, a inexistência de condições mínimas ao exercício laboral, bem como de protocolos de saúde e de segurança do trabalhador, bem como de garantias, direitos e deveres do empregador e do empregado, tornavam o fazer laboral uma forma de submissão em detrimento à subordinação ao poder patronal legalmente admitida.

Nesse sentido, as revoluções sociais, culturais e doutrinárias que marcaram o globo a partir do século XVII, a destacar o Iluminismo, culminaram em um processo de valorização da espécie humana, defendendo-se a liberdade política, econômica e religiosa, tanto quanto a igualdade entre todos perante a lei. Desse modo, houve o fim da relação de trabalho servil, marcado pela queda do feudalismo, baseada na exploração daquele que somente possui deveres, o servo, e aquele que é o único detentor de direitos, o senhor.

As correntes humanitárias de enaltecimento dos cidadãos enquanto seres iguais entre direitos e deveres tornaram-se irreversíveis, em vanguarda à solidificação do pensamento dos direitos humanos tal qual se conhece hoje. Igualmente, o Direito do Trabalho vem, desde então, enfrentando diversas modificações a fim de melhorar a sua função como intermediador das relações empregatícias, garantindo o cumprimento dos princípios e direitos legais. À vista do exposto, diante da indubitável e constante adaptação do Direito ao homem, discutir-se-á a mais nova evolução protagonista no direito trabalhista: a Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais atrelada às relações de trabalho.

2. A ANTOLOGIA HISTÓRICA DOS DIREITOS LABORAIS E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA TRABALHISTA

Desde os primórdios, no Período Neolítico, a sedentarização da espécie humana e o abandono das práticas de caça e de coleta levaram os povos pré-históricos à adoção de práticas agropastoris. Com isso, a luta pela sobrevivência gerou a necessidade de mobilização de força motriz para geração de frutos, quer sejam objetos de consumo e vestimentas, ou produtos destinados à alimentação. Com o advento da Antiguidade, a extinção da organização societária em clãs familiares e o estabelecimento das tribos e das cidades culminou na complexização das relações humanas, agora envoltas em um sistema uno, composto por diversos indivíduos destinados à, através de sua força física e/ou aptidão técnica, exercer ofício em prol de subsistência própria.

Todavia, no contexto da Antiguidade e da Idade Medieval, em sociedades marcadas por segmentações, no âmbito do regime estamental, os indivíduos destinados ao labor eram menos abastados, que, muitas vezes, trabalhavam não somente para sustento de si e de sua família, mas, simultaneamente, em prol de um sujeito rico, pertencente à classe nobre e aristocrática, a quem lhe devia obediência e subordinação. Ademais, a palavra “trabalho” tem origem no vocabulário latino *tripalium*, que significa um instrumento de tortura utilizado na Era Greco-romana (BOUDART, 2010). Os torturados consistiam em escravos e pobres que, por falta de recursos, endividavam-se e eram levados ao exercício de atividades laborais forçadas e exaustivas como forma de pagamento. Nesse viés, ocorreu uma errônea associação do trabalho como uma forma de punição e de escravidão, de modo a ser subjugado e dissociado de quaisquer medidas de proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores, assim como de direitos e de deveres entre contratados e contratantes.

Não obstante, a Primeira Revolução Industrial, iniciada na segunda metade do século XVIII, ampliou e aprofundou as transformações sociais e econômicas, marcando a transição do sistema feudal para o sistema capitalista. Nesse sentido, o trabalho deixou de ser vislumbrado

como uma punição e como desonra, passando a ser venerado como força motriz símbolo de progresso. In hoc sensu, em conjunto com as demais revoluções tecnológicas subsequentes que marcaram os séculos anteriores, Gamonal (2018) comenta:

El derecho laboral se va conformando lentamente desde el siglo XIX, producto de la Revolución Industrial. Durante el siglo XX se consolida con sucesos de gran importancia como la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919 y el surgimiento en Europa del Estado de Bienestar, luego de la Segunda Guerra Mundial.

Consoante à valorização do trabalho no contexto social, é importante destacar que a extinção do Estado Liberal de Direito, caracterizado, sobretudo, por adotar a Teoria de Separação dos Poderes de Montesquieu, sob o lema revolucionário francês de *liberté, égalité et fraternité*, em prol da ascensão do Estado Social, resulta no princípio da igualdade material e na realização da justiça social. Assim, as péssimas condições de trabalho degradantes e desumanas impostas aos trabalhadores, desde as revoluções técnico-científicas, juntamente com a Revolução Russa de 1917, possibilitaram uma violenta ruptura com o Estado Liberal, levando-se em consideração a necessidade de intervenção do Estado no seio social a fim de sanar as mazelas comunitárias, bem como de resguardar e de garantir os direitos dos cidadãos, de modo a objetivar a igualdade entre todos, mediante a utilização do instituto da equidade, frente não somente à atuação do próprio Estado (relação vertical), mas também aos outros particulares (relação horizontal). Assim, Carlos Ari Sundfeld (2006) sintetiza, afirmando que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Em decorrência do exposto, a consolidação do Direito do Trabalho surge a partir do novo vínculo contratual que une dois particula-

res, o empregado e o empregador, dentro da esfera privada, mas que, de toda forma, está embasado nos preceitos constitucionais normatizados segundo o Estado Social. Sendo assim, destaca-se a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar, 1919, Alemanha, como textos legais que se caracterizam por consagrar direitos econômicos, sociais e culturais, isto é, direitos de segunda dimensão (LENZA, 2018), domínio no qual encontra-se o direito ao trabalho. Passa-se, desse modo, a exigir do Estado uma postura positiva (deveres estatais de ação), e não apenas uma conduta negativa, como era observado durante o domínio do Estado Liberal. No Brasil, a consagração do Estado Social de Direito teve por marco a Constituição de 1934 (LENZA, 2018), ante a instauração do Estado Novo, significando um marco para os direitos trabalhistas no contexto nacional.

Porém, ainda que representasse vários avanços sociais, as lacunas deixadas pelo modelo mexicano e de Weimar exigiram modificações e melhoramentos, situação que culminou na criação do Estado Democrático de Direito. Segundo o que apregoa Bonavides (1980, p. 205-206), ainda que o Estado Social tenha instituído políticas públicas objetivando assegurar o bem-estar dos cidadãos, este modelo não atendia aos anseios democráticos, uma vez que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagonicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”, em decorrência da adoção dessa estrutura política por parte de regimes anti-democráticos vigentes no século XX, a destacar, em âmbito nacional, inclusive, a Era Vargas.

Dito isto, o Estado Democrático Social de Direito se consolida como instrumento de interrupção das forças totalitárias (fascismo, nazismo, franquismo e demais afins), as quais, apesar de adotar Constituições Sociais, feriam as liberdades individuais ao suprimir a efetiva participação do povo nas decisões políticas. Nesse contexto, surgem os chamados direitos metaindividuais, caracterizados por compreender aspectos sociais, difusos e coletivos ansiados pelo povo, alicerces fundamentais para a cidadania. No Brasil, o Estado Democrático Social de Direito foi proclamado através da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

Considerando o descrito no seio normativo da Constituição Cidadã, faz mister destacar a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sendo o primeiro materializado no plano internacional, o qual abrange tratados e convenções internacionais. Já os Direitos Fundamentais tiveram sua primeira aparição terminológica na França, juntamente com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a qual inspirou a Carta Constitucional Francesa de 1791 (LENZA, 2018). São esses os Direitos Humanos materializados e englobados ao plano interno por meio de leis e códigos, isto é, são positivados e garantem proteção ao cidadão defronte ao Estado. Nesse sentido, ensina Bulos (2014, p. 525):

O conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Trazendo ao plano Constitucional brasileiro, encontra-se, expressamente, previsões referentes aos “Direitos Humanos” nos artigos 4º, inciso II, art. 5º, §3º e art. 109, V-A e § 5º da CRFB/88. (BRASIL, 1988). Por sua vez, os Direitos Fundamentais possuem um Título próprio na Lex Mater, nomeado “Dos direitos e garantias fundamentais”, rol no art. 5º, de extenso texto legal, que compreende o mínimo vital para se viver em dignidade, bem como “Dos Direitos Sociais”, ao abarcar, em destaque, o direito ao trabalho (art. 6º). Além disso, a Constituição alicerça, em seus arts. 7º à 11, as condições mínimas para a realização do labor a serem instituídas no seio comunitário, garantindo, assim, o exercício da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) e a plenitude de direitos e de proteções que circundam o trabalhador brasileiro:

La Constitución de 1988 estatuye que la República Federativa de Brasil se funda en la dignidad humana, y en base a esto la doctrina brasileña ha enfatizado que el respeto de la dignidad es el fundamento de la aplicabilidad entre particulares de los derechos fundamentales. Esta eficacia es relevante sobre todo frente a los poderes sociales privados (GAMONAL apud SARLET,2018).

Portanto, consoante à análise histórica feita, infere-se que, ao longo dos séculos, houve intensas modificações acerca dos direitos trabalhistas, vislumbrando o Direito como ciência social aplicada, que evolui concomitante às necessidades sociais vigentes, ao ponto de chegar-se a presente situação de haver, no rol legal nacional, uma Consolidação das Leis Trabalhistas (1943), que atua ladeada aos pactos e às convenções internacionais, especialmente através da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tais transformações foram imprescindíveis para se atingir o atual status de proteção ao trabalhador, agora, eficazmente, salvaguardado de toda e qualquer exploração capital que objetive a desumanização do labor.

3. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o conceito definido de Direitos Fundamentais como aqueles inerentes ao ser humano positivados em lei e com a diferenciação destes para os Direitos Humanos, sendo o segundo de plano internacional, é imperativa a análise das dimensões dos Direitos Fundamentais, pois estes foram surgindo em diferentes épocas e situações, alinhados aos anseios dos cidadãos naquele momento, e, por ser um “direito”, acompanhando as transformações sociais a fim de atender às demandas necessárias. Parte da doutrina acredita que a terminologia “gerações dos direitos fundamentais” é a correta, sendo um dos defensores dessa terminologia o ilustre jurista Bonavides (2006, p. 563), que explica que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”. Contudo, neste trabalho utilizaremos o termo “dimensões”, concordante com as linhas doutrinárias modernas, pois entende-se que tais direitos não se anularam à medida em que foram nascendo, mas sim coexistem em harmonia, protegendo os interesses da sociedade nas esferas individuais, sociais e transindividuais.

As dimensões dos direitos fundamentais nascem, consoante o exposto, na ebulição do Estado Liberal e seguem durante a transição ao Estado Social, bem como após sua consolidação. Esses direitos se dividem em categorias de direitos civis, políticos e sociais. Os direitos de Primeira

Dimensão são os políticos e civis, concernentes ao período do Iluminismo que, durante a Revolução Francesa (1789), é fundado sobre o ideal *liberté*. O ponto de origem do Estado Liberal marca a quebra com o regime absolutista, fazendo nascer uma Constituição como resposta. Vale salientar que durante tal período o individualismo predominava, abarcando os ideais burgueses, majoritariamente liberais e de liberdade negativa. Essa dimensão tem índole de manifesto revolucionário em detrimento ao documento jurídico positivado, sendo assim, durou pouco devido ao caráter anticoletivista; alguns exemplos desses direitos são o direito à vida, o direito à liberdade, e direito à propriedade. Em 1832, foi promulgada a Constituição Belga, “mãe de todas as constituições”, responsável pela transição do Estado liberal ao social, porquanto, trouxe as Declarações de Direitos e as inseriu em seu texto legal, positivando-as, substituindo, assim, o conceito político-revolucionário de Constituição para o jurídico, isto é, Constituição como conjunto de normas, Lei Maior de uma nação. Ademais, houve a devida separação entre o Estado e a Sociedade. Outros dois importantes documentos jurídicos responsáveis pela transição ao Estado Social foi a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar, 1919, ao passo que ambas tornaram-se referências do Estado Social ao inserir as chamadas “normas programáticas” em seus textos legais (AUAD, 2008).

Em desinência, a Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais adveio do Estado social, fundada no ideal francês *égalité*. Essa dimensão tem seu marco na I Revolução Industrial, já com o conceito de liberdade positiva e focada nos direitos coletivos e nas garantias constitucionais. Tal estado de *égalité* refere-se a uma igualdade material, com atuação estatal, tendo em vista que nessa situação houve a reaproximação entre Estado e sociedade, via pactos intervencionistas. Reconheceu-se a eficácia vinculante das normas programáticas anteriormente apresentadas, validando, assim, a natureza jurídica da Constituição social no século XX.

A Terceira Dimensão, *pari passu*, tem alicerce no ideal *fraternité*, de solidariedade. Seu marco zero consiste no período pós Segunda Guerra Mundial e fundamenta-se nos interesses metaindividuais, sendo esses os que extrapolam a pretensão do indivíduo, atingindo a coletividade e sendo de grande extensão, os quais estão intimamente ligados ao progresso,

à reformulação do capitalismo globalizado e às novas tecnologias. Para fins exemplificativos, são direitos como a autodeterminação dos povos e a proteção ao meio ambiente, que priorizam a qualidade de vida do cidadão e o lado humanístico, mesmo em meio a um mundo globalizado e fugaz, repleto de informações e objetos que atualizam-se em rápida velocidade, numa espécie de obsolescência viciosa infinita.

Como resultado desse veloz processo de globalização, considerando a sociedade internacional, surge, assim, a Quarta Dimensão de direitos fundamentais, advindos desta teia planetária, que, por conseguinte, representam os direitos à informação, ao pluralismo e à democracia. Portanto, é indubitável que esta dimensão reside em um período tecnológico, que versa sobre o futuro e a proteção ao mesmo.

Por fim, preconizada por Bonavides, a teoria da Quinta Dimensão dos direitos fundamentais, ou quinta geração - termo utilizado pelo doutrinador -, embasa-se na normatividade do direito à paz, este, basilar à manutenção da democracia. Com sapiência, Bonavides almeja o reconhecimento jurídico a este direito, pois o considera fator alicerçante para a ordem mundial, como um forte e sustentáculo auxílio à cooperação e à convivência internacional harmônica.

Congruente à essa passagem histórica pela formação dos direitos fundamentais, verifica-se que, paralelamente à evolução da representação semântica do labor no seio social, as subseqüentes gerações de direitos sociais constituem argumentos notórios à concretização dos direitos laborais e à eficácia de aplicação e de adequação no contexto de proteção e salvaguarda destes.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Eficácia Vertical

A priori, a Eficácia Vertical dos direitos fundamentais era tradicionalmente aplicada, sendo considerada a Eficácia Clássica, pois quando tais direitos surgiram, conforme anteriormente explicado, só havia o molde de

relação bilateral, isto é, entre Estado e particular, de maneira subordinativa. Consoante a isso, o desiderato é o mesmo, limitar a arbitrariedade do exercício do poder estatal com fins à proteção dos sujeitos, valendo-se pelo texto legal presente no escopo constitucional. Nessa seara, para fins didáticos, um mecanismo de defesa presente é, por exemplo, o art. 5º, inciso II, da CRFB/88, *ipsis verbis*, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que demonstra, por conseguinte e com urbanidade, que a proteção legal estabelecida se dá perante o Estado, executor das leis, defronte ao indivíduo, sujeito ao pacto contratual social:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p.104).

A Eficácia Vertical, como meio de defesa que determina uma abstenção (status negativo) por parte estatal tanto quanto o cumprimento de obrigações de quota deste (status positivo), ao passar do tempo, foi incorporada pela eficácia horizontal, em virtude da observância de que a extrapolação aos limites eram feridos não só pelo Estado, como também por particulares, sendo complementado por uma relação de coordenação em detrimento à subordinação, bem como marcada por suposta paridade jurídica, tendo em vista a relação particular-particular.

A Eficácia Horizontal

Consoante ao exposto, a Eficácia Horizontal é advinda do ideal revolucionário *égalité*, interligado à necessidade de o Estado estabelecer normas positivas e negativas que limitem a liberdade de ação de um indivíduo ou do próprio Estado em função da proteção aos direitos fundamentais dos demais. Sendo assim, Gamonal (2018) alude que, ao tratar-se da horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais, ocorre que “*de relaciones bilaterales Estado/ciudadano (eficacia vertical) se pasa a relaciones trilaterales Estado/empleador/trabajador (eficacia horizontal)*”. Desse modo, observa-se que, mediante a instituição do Estado Social, a Lei Constitucional se obriga não apenas a garantir a *liberté* individual de cada cidadão, mas, sobretudo, visa à proteção do bem-estar e da harmonia social, mediante o princípio da igualdade disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

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.

Em detrimento de sua origem, a Eficácia Horizontal também é denominada de eficácia de direitos entre terceiros, visto que esta representa um avanço e renovação frente à concepção clássica da proteção aos direitos humanos, associada ao Contratualismo Iluminista, conforme definido por Thomas Hobbes, em sua obra *O Leviatã* (2003), discorrendo sobre a relação de subordinação do indivíduo ao Estado e o dever de proteção do Estado ao indivíduo. A respeito do surgimento dessa horizontalidade, esclarece-se que:

Más contemporáneamente, se ha reconocido como fuente de la eficacia horizontal a la Constitución de Weimar e la Constitución del Mexico, señalándose que la relación laboral fue el primer punto de anclaje de un efecto horizontal de los derechos fundamentales, porque la idea directriz era neutralizar las asimetrías de poder que existen entre empleador y trabajador, en otras palabras, intentar resolver

el problema del poder social en las relaciones sociales y económicas.
(SEIFERT, 2012, p.803).

Dessa forma, o raio de atuação do Estado foi difundido às áreas de relações entre particulares, de modo que a intervenção estatal sobre a sociedade é, além de concernente aos atos diretos entre Estado-cidadão, inerente às ações entre os próprios cidadãos, na esfera privada, culminando em relações trilaterais.

Sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ('eficácia horizontal'), especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo 'caráter público', por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc. (LENZA,2011).

Diante disso, observa-se que a Eficácia Horizontal tem por objeto a salvaguarda e a ponderação de valores nas disputas entre particulares, cobrindo-se com a manta da Carta Magna, isto é, jamais abstendo-se de basear-se sobre os direitos fundamentais.

5. NOVA VERTENTE: A EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda assim, mesmo diante da igualdade entre cidadãos instituída pela Constituição Federal de 1988, por vezes, não é suficiente para inibir a desigualdade material entre as partes advindas das relações de poder. É nesse sentido que o chileno Sergio Gamonal Contreras doutrina acerca da Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais. O professor cria uma divisão entre a Eficácia Horizontal propriamente dita e a Eficácia Diagonal. A diferença entre elas reside na aplicação da última, que também está intimamente ligada às relações privadas, entretanto, com uma adição de igualdade e de proporcionalidade entre as mesmas. Acerca da importância das garantias diagonais de direitos dentro da perspectiva das relações privadas:

Y, por otra parte, a diferencia de los problemas que desafían al derecho privado, en el sentido de que la textura abierta de los derechos fundamentales ampliaría más allá de lo razonable la discrecionalidad judicial, en materia laboral es al revés, la eventual discrecionalidad judicial limita directamente la discrecionalidad del empleador y por ello resulta más pertinente hablar de una eficacia o aplicabilidad diagonal en vez de una horizontal (GAMONAL, 2018).

Inserindo essa visão de minimização dos danos colaterais da discricionariedade do patrão no direito laboral, percebe-se que as relações laborais são marcadas pela hipossuficiência, ou seja, há disparidade entre os sujeitos, mediante aplicação do poder patronal. Portanto, cabe a aplicação da eficácia diagonal dos direitos fundamentais a fim de nivelar o sujeito de menor força ao de maior, com fins a protegê-lo, ao passo que entende-se tais sujeitos, respectivamente, como empregado e empregador, incidindo, assim, um escopo para equidade. Essa concepção se fortalece, como citado, mediante o entendimento que o respeito aos direitos e às garantias constitucionais previstas aos trabalhadores diante de uma rigorosa estrutura legal, com o propósito de impor estrito cumprimento a estas cláusulas pétreas, mediante a aplicação do princípio da discricionariedade e da ponderação *in* caso concreto somente ao Poder Judiciário, em órgão competente para sanar vícios decorrentes dos contratos de trabalho. Em sentido contrário, não deve haver margens para a utilização desse princípio por parte do poder patronal, pois, reitera-se, os direitos fundamentais dos empregados são indisponíveis. Nesse sentido, ensina Gamonal em seu livro “Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais” (2011, p. 33):

Na eficácia diagonal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a racionalidade acerca do objeto se vincula com o fim perseguido pelo contrato de trabalho enquanto prestação de serviço sob subordinação que, afinal, não pode alterar direitos fundamentais de uma das partes pelo único objetivo econômico do contrato ou da atividade empresarial. A livre iniciativa econômica e o direito de propriedade não podem desprezar outros direitos básicos dos trabalhadores em uma sociedade democrática, exceto em casos muito excepcionais e sempre

que se cumpram os requisitos que expusemos nas linhas anteriores.

Assim sendo, a fragilidade do trabalhador frente ao empregador no âmbito contratual laboral não é escusa para a aplicação da dinâmica comercial e industrial da contemporaneidade, atendendo-se às necessidades econômicas e mercantis, e moldando as relações laborais às transformações globais. Porém, não obstante, as práticas laborais jamais podem se constituir como empecilhos à plenitude dos direitos trabalhistas, ao passo que a vulnerabilidade do trabalhador não deve ser explorada como ponto fraco na relação laboral, mas sim deve haver proteção legal eficiente a fim de equilibrar as partes e tratá-las na medida de suas desigualdades, uníssono ao princípio da igualdade aludido pela Constituição Federal.

Dadas las asimetrías de poder, resulta obvio que estos derechos civiles y políticos no pueden renunciarse, perderse o menoscabarse en perjuicio del trabajador, es decir, estos derechos constituyen un límite al poder del empleador (GAMONAL, 2018).

À vista da teoria de efeitos em relações trilaterais, coincidente à explanação de Arese (2014), a eficácia perante terceiros se expressa com efeito *erga omnes* das normas sobre direitos humanos fundamentais. Isto é, o intuito da aplicação da eficácia diagonal é a preservação de todos os cidadãos abarcados pelo caput do art. 7º da Constituição Federal, os quais sejam os trabalhadores urbanos e rurais e os direitos inerentes a estes. Como dito, a desigualdade explícita entre os sujeitos da relação contratual não permite a aplicação da Eficácia Horizontal, pois esta, para além do pleonasma gramatical, não se faz eficiente na proteção aos direitos e na garantia do cumprimento dos deveres de cada parte.

Si pensamos que el poder se caracteriza por el manejo de la incertidumbre, el empleador tiene todas las certezas y el trabajador todas las incertidumbres. Por tanto la historia del derecho del trabajo es la historia de los límites a la incertidumbre del trabajador. (GAMONAL, 2015, p. 75).

As incertezas e a assimetria de poder descritas entre o empregador e o empregado representam características basilares à conceituação da relação empregatícia, de modo que esta se centra na subordinação de vontade e na sujeição da liberdade do trabalhador, mediante prestação de serviços, em troca de uma contraprestação. Portanto, a adoção da Eficácia Diagonal detém como escopo o cumprimento dos direitos e dos princípios estabelecidos no corpo legal da CRFB/88, pautados, conforme dito, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, evitando, assim, a transformação da subordinação em submissão no clima organizacional trabalhista, culminando em práticas abusivas, exploratórias e desumanas.

6. A APLICABILIDADE DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Entre particulares, a principal diferença que caracteriza a utilização da Eficácia Diagonal e a distingue da Eficácia Horizontal diz respeito às intenções subjetivas existentes entre as partes que compõem a relação laboral e que, mediante tal afirmação, constituem as finalidades postas. Dito isto, tratando-se a Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais como a relação entre particulares, postos defronte um ao outro, mediados por uma relação de poder, esta caracteriza não somente uma relação de hierarquia entre os sujeitos, mas, sobretudo, uma relação de deveres e de direitos que culminam para um fim comum. Por exemplo, no direito de família, a aplicação de normas que condicionam o cumprimento de direitos para pais e para filhos, dentro da órbita horizontal, nada mais significa senão a aplicação do poder familiar, essencial, na grande maioria dos casos, para o próprio benefício dos filhos, isto é, objetivando o bem maior de sua educação e crescimentos adequados (GAMONAL, 2018, p. 17).

Contudo, tratando-se do âmbito empregatício e da relação empregado-empregador, mormente à realidade socioeconômica instituída globalmente, vulgo o capitalismo e a economia do lucro, o equilíbrio entre os particulares encontra-se sobremaneira afetado. Assim sendo, a relação entre patrão e empregado não se faz sobre a óptica igualitária e/ou equivalente, ao ser indubitavelmente dissonante que haja equidade

entre as partes, de modo que a aplicação do poder patronal visa tão somente, majoritariamente dentro dos limites legais, a exploração da capacidade técnica e física para a obtenção do lucro. Logo, observa-se que há extrema necessidade de aplicação de método incisivo capaz de suprimir a desigualdade entre as partes e de assegurar os direitos cabíveis à parte mais frágil e hipossuficiente no vínculo de contrato laboral, a qual seja o trabalhador. A respeito do poder patronal e das limitações necessárias ao asseguramento da dignidade humana e direitos afins, com maestria, Gamonal (2018) comenta:

En otras palabras, la única forma de regular un poder privado o de neutralizarlo “a medias” es dictando algunas reglas y numerosos estándares que deberán ser evaluados siempre, en el caso de estos últimos, con una discrecionalidad importante por parte de los jueces, dado que el poder en sí se relaciona con el manejo de las incertidumbres y el control limitativo de su ejercicio conlleva un grado relevante de discrecionalidad del controlador (juez).

Nesse contexto, diante desta relação de desigualdade, é que se observa ser mais adequado tratar acerca da Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais dentro da esfera jurídica laboral, uma vez que, conforme já exposto, dentro da relação contratual de labor, somente o empregador é detentor de poder e o empregado a este está submetido.

En definitiva, nominar nuevamente esta problemática como eficacia diagonal en vez de horizontal no constituye en sí un cambio de paradigma, pero sí nos permite visibilizar los particularismos del derecho del trabajo, y descontextualiza las críticas vinculadas a la noción moderna de derecho (práctica argumentativa del derecho privado y aumento de la discrecionalidad judicial) (GAMONAL, 2015, p. 43).

Destarte, a Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais traduz-se como a incidência desses direitos humanos previstos constitucionalmente nas relações privadas marcadas pela desigualdade entre os particulares, especialmente no que se refere ao contraponto entre o poder econômico e a vulnerabilidade, jurídica ou econômica, existente:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. Recurso ordinário do Município de Volta Redonda. DISPENSA INDEVIDA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SEM AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. OFENSA À DECISÃO DO STF RE 589998/PI. AFRONTA À EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AO PRINCÍPIO DA GRADAÇÃO DA PENA. Entendo que há mesmo a necessidade da motivação do ato de dispensa, com procedimento formal, dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mistas, com arrimo nos princípios insculpidos no art. 37, caput, da CR (Legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Plenário, no RE 589998, nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista a eficácia diagonal dos direitos fundamentais - é a oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas -, bem como no art. 2º e 50º da Lei n.º 9784/99 que determinam a motivação dos atos administrativos. Recurso improvido. (TRT-1 - RO: 7524420125010342 RJ, Relator: Bruno Losada Albuquerque Lopes, Data de Julgamento: 09/09/2013, Sétima Turma, Data de Publicação:16-09-2013).

PROIBIÇÃO DO USO DE BANHEIRO DURANTE O EXPEDIENTE DE TRABALHO. DIREITO À EXCREÇÃO. NECESSIDADE FISIOLÓGICA IMPOSTERGÁVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PIRÂMIDE DE MASLOW. 1. O direito à excreção é decorrência direta dos direitos fundamentais à saúde (art. 6º da CRFB), higiene (art. 7º, IV, do Texto Magno) e dignidade humana (cânone axiológico da República - art. 1º, III, da CRFB), normas aplicáveis às relações privadas em virtude de sua eficácia horizontal (*rectius*, diagonal). Esses valores fundamentais expressam a positivação de direitos que são próprios e inerentes do ser humano e que não podem ser sonogados a nenhum sujeito que ostente essa condição. É preciso realizar a salvaguarda do livre exercício do direito natural à excreção, reconhecendo sua gênese fundamental e personalíssima. Deve o Poder Judiciário promover e proteger as normas fundamentais, inclusive contra investidas realizadas por terceiros (empregador),

sendo certo que a inviabilização do uso do banheiro durante o trabalho é circunstância que desponta em dano à moral, porque o comprometimento das necessidades fisiológicas impostergáveis é situação que traduz intolerável menoscabo à dignidade humana. 2. O psicólogo norte-americano Abraham Maslow (1908-1970) classificou hierarquicamente as necessidades mais básicas do ser humano, criando a Teoria das Necessidades Humanas, que define cinco categorias primárias de bem estar e sobrevivência digna da pessoa: fisiológica, segurança, relacionamento, estima e realização pessoal. A questão fisiológica, onde se insere a excreção, a alimentação, o sono, dentre outros, está na base da “Pirâmide de Maslow”, revelando que se trata da necessidade mais urgente do homem, intrínseca a manutenção digna da vida. Trata-se, por isso mesmo, de bem jurídico imaterial e personalíssimo que, quando violado, causa dano à moral. Recurso patronal ao qual se nega provimento, no ponto. (Processo: ROT - 0000722-67.2018.5.06.0145, Redator: Fabio Andre de Farias, Data de julgamento: 17/03/2020, Segunda Turma, Data da assinatura: 17/03/2020). (T R T - 6 - RO: 00007226720185060145, Data de Julgamento: 17/03/2020, Segunda Turma).

Por conseguinte, a aplicação da eficácia trilateral diagonal é vital à regulamentação das relações privadas sob a perspectiva de obediência aos fundamentos e valores previstos na Constituição, possuindo por objeto-fim a salvaguarda de todos os direitos fundamentais, a culminar na igualdade material no âmbito das relações trabalhistas. No mais, com maestria, elucidada Barroso:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (2015, p. 402).

À vista disso, é indubitável que as relações legais contidas no âmbito trabalhista expressas nos artigos 2º e 3º da CLT, apesar de anunciarem características classificatórias distintas que legitimam a existência do poder empregatício conferido ao empregador, jamais estarão à margem do véu constitucional, de modo que é irremovível a aplicação dos preceitos da Carta Magna - a destacar os direitos fundamentais - às relações privadas. Portanto, as prerrogativas do dever de sujeição do empregado não podem ser sobrepostas à proteção constitucional definida, de modo que a intervenção estatal nas relações de labor é proporcional à desigualdade assistida:

É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente da autonomia privada. (SARMENTO, 2010, p. 262).

Nessa perspectiva, o presente trabalho defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre o âmbito jurídico-privado, uma vez que “a Constituição pretendeu configurar os direitos fundamentais como princípios jurídicos universalmente oponíveis a todos” (SILVA, 1987, p. 265 apud CARVALHO, 2017, p. 418), de forma que “os direitos fundamentais conteriam ao lado de seu significado como direitos de defesa, a função de preceitos ordenadores para a totalidade do ordenamento jurídico” (UBILLOS, 1997, p. 327 apud CARVALHO, 2017, p. 418). Desse modo, a aplicação direta e imediata desse instituto nas relações empregatícias não apenas cumulária na consolidação da própria eficácia normativa das normas constitucionais, mas também na supremacia da ordem maior e da força vinculante dos preceitos fundamentais. Logo, em posse da ciência de que “a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis” (SARMENTO, 2010, p. 262), a aplicação da eficácia diagonal dos direitos fundamentais “se dará, evidentemente, por meio de critérios de ponderação, balizados pelo Poder Judiciário em cada caso concreto, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com vistas, enfim, à redução da ‘natural distância

que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto’ (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 188)” (SILVA, 2019, p. 151).

Nesse contexto, concomitante ao desenvolvimento do princípio da supremacia e da eficácia da norma constitucional, o princípio da primazia da realidade, conforme aprofundamento subsequente, é vital à práxis da eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Este está abarcado nos artigos 9º, 442, 456 e 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas (1943).

Ipsi litteris:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

Paralelamente, dispõe o Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002, em seu art. 112, que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Consoante ao exposto, verifica-se que o princípio da primazia da realidade torna possível a revisão dos contratos trabalhistas, uma vez que significa a proteção concernente, sobretudo, ao trabalhador em relação às divergências entre o *modus operandi* executado de fato e os documentos que expressam, formalmente, as condições às quais o trabalhador foi submetido através de emprego. A serventia desse princípio é fruto da discricionariedade conferida ao juízo pela Constituição Federal de 1988, de modo que há a sujeição da lei em prol da análise do caso concreto. Nesse viés, a veracidade dos fatos não está restrita à forma exigida em lei, quer seja livre ou especial, a qual detém apenas a presunção relativa, mas, majoritariamente, à realidade dos fatos, isto é, às práticas e condições cotidianas (materialidade).

Isto posto, no enredo de guarida aos direitos fundamentais do empregado e da utilização da Eficácia Diagonal diante da hipossuficiência existente no contrato de labor, o princípio da primazia da realidade atua como *in dubio pro operario*, asseverando que, em caso de assimetria entre a conjuntura documental e a realidade fática, em cumprimento à ordem de fundamentação das condições do Direito do Trabalho sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a realidade material impera sobre os dados.

Diante de tamanha discrepância de poder na relação de trabalho e emprego, surge o princípio da primazia da realidade, que possui como objetivo proteger o empregado de abusos por parte do empregador, principalmente os relacionados a diferenças existentes na prestação de serviço. De acordo com esse princípio, um documento não pode prevalecer aos fatos, ou seja, um registro formal deve ser desconsiderado quando for constatada grande distinção entre ele e as circunstâncias fáticas, desde que tenha assinatura ou confirmação dos envolvidos no contrato de emprego (CAMPOS,2014).

Defronte da Constituição Cidadã, mediante a aplicação do princípio estudado *in casu*, observa-se que os novos paradigmas da relação empregatícia e da própria ciência jurídica laboral substituíram o pensamento puramente liberal e econômico para endossar os valores constitucionais associados ao labor, priorizando o bem-estar do trabalhador. Desse modo, segundo Campos (2014), “a falsidade das formas está caracterizada quando a função exercida pelo empregado é diferente do cargo que lhe foi atribuído. Nesse caso, em função do princípio da primazia da realidade, o que prevalece é a verdade real”. Dado o cenário, a discricionariedade cabível ao Poder Judiciário é essencial à aplicação da primazia fática em caso concreto, em que se pese à sociedade da exploração do lucro sem escrúpulos:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO x CONTRATO DE PARCERIA. EXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CARACTERIZADORA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. Não basta nomear-se “contrato de parceria” para se afastar uma autêntica relação de

emprego, máxime quando as provas dos autos evidenciam que a Reclamada exercia sobre o obreiro poderes de direção, comando e controle, caracterizadores da subordinação jurídica, que é o traço basilar da relação empregatícia. (TRT 23a Região. RO n.1260/99, Ac.TPn.3661/99, Relator Juiz João Carlos, julgado em 14 de dezembro de 2002).

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO EVENTUALIDADE. VÍNCULO DE EMPREGO. REQUISITOS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. TRABALHO PRESTADO NA ATIVIDADE-FIM. Trabalhando na atividade-fim da reclamada, de forma pessoal, mediante o controle empresarial de todas as suas tarefas, ainda que remunerado exclusivamente com base no número de dias laborados na quinzena, o reclamante é empregado regido pela CLT (artigos 2º e 3º), sendo ele credor de todas as parcelas daí decorrentes, incluindo o repouso semanal remunerado jamais pago porque a empregadora o retribuía sem atentar para essa garantia constitucional e legal. Declarando que a relação de trabalho não era a formalmente registrada, o julgador torna nulos todos os atos praticados com o propósito de afastar a incidência das normas da CLT, em observância ao teor do artigo 9º, do referido diploma obreiro. Recurso das reclamadas conhecido e parcialmente provido. (TRT-10 - RO: 78200985110004 TO 00078-2009-851-10-00-4 , Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 28/07/2009, 3ª Turma, Data de Publicação:07/08/2009).

Portanto, é incontestável que a execução do princípio da primazia da realidade frente às relações de trabalho seja enérgica e totalmente compatível com a eficácia diagonal dos direitos fundamentais dentro do âmbito trabalhista, proporcionando a plenitude de direitos endereçados aos trabalhadores, como estipula a Lei Maior brasileira. Outrossim, sendo isto concretizado ao passo que a discricionariedade do Poder Judiciário em determinar o prosseguimento de cada caso concreto minimiza a incidência da discricionariedade aludida pelo poder empregatício, erradicando, por esta fórmula, a desigualdade drástica evidenciada entre os dois polos opostos inseridos na esfera trabalhista.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto, por intermédio da análise histórica dos direitos fundamentais, passeando por todas as suas dimensões que ladeiam as transformações sociais concomitantemente às mudanças do próprio Estado, alterando seu status de Liberal para Social, e, *a posteriori*, para Democrático Social de Direito, percebe-se que o fundamento garantidor e protetor do empregado consolida-se e eleva-se a específicos parâmetros cada vez mais desenvolvidos. Para tanto, é imprescindível a devida aplicação dos mencionados direitos fundamentais, com detalhada observância em suas eficácias, porquanto essas resguardam o sujeito perante arbitrariedades que venham do Estado ou de particulares.

O pensamento jurídico divide tais eficácias em três: a Eficácia Vertical inicia a classificação, coexistindo junto ao surgimento da Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais, ao abordar proteção ao sujeito perante o Estado, numa relação Estado-particular de forma subordinada. Porém, logo após a percepção de que as violações e as extrapolações não eram cometidas apenas por entidades estatais, mas também pelos próprios particulares, gerou-se a relação particular-particular, fundada na coordenação, emanando dessa ligação a Eficácia Horizontal. Entretanto, subsequente às experiências anteriormente descritas, diante da dinâmica especializada trabalhista, constata-se que essas aplicações não são suficientes para domar a discrepância entre os sujeitos da relação laboral. Portanto, alcança-se a moderna classificação acerca da qual o presente artigo defende, a Eficácia Diagonal como forma de salvaguarda da democracia e dos princípios inerentes à esta, pois tem incubência de acrescer proporcionalidade entre os particulares, ao passo que, ao irradiar tal visão ao Direito trabalhista, nota-se que a relação de hipossuficiência entre empregado e empregador é sanada após a proteção conferida pela referida eficácia. Vale salientar, todavia, que as eficácias são indelévels - não se anulam -, mas sim coexistem e são aplicadas em adequação a cada caso concreto.

Atrelando a aplicação da Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais ao Princípio da Primazia da Realidade, que é outro meio de proteção ao empregador, encontra-se uma verdadeira fortaleza *in dubio pro*

operario, que destaca a importância da veracidade material dos fatos em detrimento a uma realidade formal, havendo a possibilidade de revisão de contratos de trabalho que, juntamente à Eficácia Diagonal, gera a humanização dos procedimentos no seio trabalhista. Conclui-se, dessa forma, que quanto maior a desigualdade sofrida entre as partes envolvidas no caso concreto, maior será a incidência da Eficácia Diagonal do Direito Fundamental em questão, o que diminui, conseqüentemente, a autonomia privada e suas agressivas investidas. Nesse diapasão, encontra-se precedentes de aplicação da Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais do próprio TST, que apregoa:

E é nesse cenário que se percebe uma das maiores virtudes do Direito do Trabalho: proporcionar a eficácia diagonal dos direitos fundamentais (notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal), protegendo a relação entre particulares, perceptivelmente caracterizada pelo desequilíbrio e pela desproporcionalidade, evitando que a subordinação jurídica (direção quanto ao modo de execução do trabalho) se transforme em submissão (sujeição pessoal de uma das partes à outra). (TST-RR-2121-31.2012.5.15.0133).

Destarte, explicita-se a importância de provimento do Mínimo Vital, especialmente ao se tratar da dignidade da pessoa humana consolidada em nossa Carta Magna, considerando que o Direito do Trabalho é um instrumento de ratificação dessa dignidade.

Com a globalização, a sociedade internacional torna-se sujeita aos direitos e à proteção destes, bem como àquela pertencente ao território doméstico. A fim de salvaguardar os direitos trabalhistas internacionais, utiliza-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), precursora dos pressupostos basilares trabalhistas que originaram os princípios fundamentais aplicáveis ao direito interno da nação, dentre os quais destacam-se a liberdade de trabalho e a limitação à liberdade de contratação. Essa ponderação entre os referidos pressupostos alicerçantes demonstra o equilíbrio necessário ao meio laboral, em que salienta a importância destes para a fundação da pirâmide trabalhista, na qual, ao seu topo, encontra-se o Princípio da Norma mais Favorável, diferindo da tradicional

hierarquia Kelseniana, ao abarcar o empregado como prioridade, ressaltando-se novamente a importância da aplicação da Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais, ao considerar-se que esta nivela a situação dos sujeitos da relação trabalhista, concomitantemente ao Princípio da Primazia da Realidade, priorizando a materialidade dos fatos em detrimento à formalidade.

Por fim, levando-se em consideração o exposto, diante da complexidade do tema abordado, conclui-se que é inteiramente incabível que haja a imobilização do Direito defronte às necessidades embutidas na sociedade contemporânea. Isto posto, torna-se indubitável que a Ciência Jurídica detém inalienável compromisso de, ininterruptamente, atualizar-se e moldar-se às evoluções sociais e aos novos aspectos das relações humanas, especialmente ao se tratar das novas relações laborais. Nesse sentido, defende-se a Constituição Federal vigente como alicerce essencial para embasar o clamor pertinente às garantias dos direitos essenciais, ao passo que a Carta Magna é o texto que, notadamente ao Direito do Trabalho, explicita o limite do poder patronal e protege os direitos mínimos dos trabalhadores, exigindo-se, em razão da argumentação exposta, a aplicação integral da Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais para inibir a disparidade entre as partes e amparar a fragilidade e hipossuficiência da classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS

ARESE, César. **Derechos Humanos Laborales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editors, 2014.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual constituição federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo**, v. 103, p. 337 – 355, jan/dez 2008.

BODART, Cristiano. **Origem da palavra trabalho**. Café com sociologia, 2010. Disponível em: <<https://cafecomsociologia.com/origem-da-palavra-trabalho/>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em:<<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

CAMPOS, Carla. **Princípios: in dubio pro operario e primazia da realidade e seus reflexos nas lides trabalhistas**. Revista Científica da FHO | UNIARARAS v. 2, n. 2, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito de Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Nº 2, 2007. Disponível em:<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias>>. Acesso em 25 ago. 2020.

GAMONAL C., Sérgio. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2011.

GAMONAL C., Sergio. **La Eficacia Diagonal u Oblicua y los Es-tándares de Conducta en el Derecho del Trabajo.** Toronto: Thomson Reuter, 2015.

GAMONAL C., Sergio. **De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana.** Latin American Legal Studies. Volumen 3, pp. 1-28, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999

HOBBS, T. **Leviatã.** Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2016/11/eficacia-diagonal-dos-direitos.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

LEITE, Carlos H. Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC nº17, jan./jun., 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 22ª edição. São Paulo: Saraiva. 2018.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** LTR: São Paulo, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEIFERT, Achim (2012). **L'effet horizontal des droits fondamentaux**, Revue Trimestrielle de Droit Européen, RTD Eur., Dalloz, N° 4, pp. 801-826, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

TRT - **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO** (23ª Região). **RO n. 1260/99**, Ac. TP n. 3661/99. Relator Juiz João Carlos. Cuiabá, MT, 14 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/46272330/trt-15-25-10-2010-pg-477>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TRT - **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO** (1ª Região). **RO: 7524420125010342**. Relator: Bruno Losada Albuquerque Lopes, RJ, 09 de setembro de 2013, Sétima Turma, Data de Publicação: 16-09-2013. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24953684/recurso-ordinario-ro-7524420125010342-rj-trt-1/inteiro-teor-113693818>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TRT - **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO** (10ª Região) - **RO: 78200985110004**. Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, TO, 28 de julho de 2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/08/2009. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8781282/recurso-ordinario-ro-78200985110004-to-00078-2009-851-10-00-4?ref=serp>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TST- **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. **RR2121-31.2012.5.15.0133** .Relator: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: 14 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/247121769/recurso-de-revisita-rr-21213120125150133>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

WOLOWSKI, Andrea Cristina Dall'ago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: dogmática e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27426/000765016.pdf?...1>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

MENINO VESTE AZUL E MENINA VESTE ROSA

BOY WEARS BLUE AND GIRL WEARS PINK

Catarina Almeida Santos Costa¹

Data de Submissão: 03/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Por volta de 2014, a “ideologia” ou “doutrinação” de gênero gerou controvérsia fora e dentro das salas de aula, sobretudo, no ensino fundamental, o que criou dúvidas sobre a coexistência das liberdades de ensinar e aprender sobre tal tema. A hipótese levantada é a de que o que é chamado de ideologia, na verdade, é o ensino sobre gênero, que combate a homotransfobia, abuso sexual na infância, violência doméstica e familiar contra a mulher etc. O objetivo desse trabalho é avaliar se e de que modo a educação sobre gênero se afina com as liberdades de ensinar e aprender. Para isso, o primeiro tópico define em que consistem os direitos fundamentais à liberdade de ensinar e aprender, bem como a “ideologia de gênero”. O segundo tópico examina os projetos de lei originados na Câmara dos Deputados entre 2014 e 2019, que versam sobre o tema. A metodologia é do tipo dedutiva, com o objetivo de realizar uma pesquisa exploratória. Por fim, é possível concluir que as liberdades de ensinar e aprender coexistem harmonicamente com a educação sobre gênero, como parte do conteúdo escolar para o ensino fundamental em escolas públicas e privadas do Brasil, pois fomenta os mesmos valores democráticos de pluralidade, de inclusão, de liberdade, de autonomia e de respeito, que assentam as liberdades em estudo.

Palavras-chave: Liberdade de ensinar. Liberdade de aprender. “Ideologia de gênero”. Educação sobre gênero. Ensino fundamental.

1 Advogada e bacharela em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) em São Luís do Maranhão. Este artigo foi produzido a partir da Monografia orientada pela Prof^a. Dr^a. Amanda Costa Thomé Travincas e apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Abstract: Around 2014, the “ideology” or “indoctrination” of gender generated controversy outside and inside the classrooms, especially in elementary school, which created doubts about the coexistence of the freedoms to teach and learn about this topic. The hypothesis raised is that what is called ideology is, in fact, the teaching about gender, which combats homotransphobia, childhood sexual abuse, domestic and family violence against women, etc. This work aims to assess whether and how gender education is in tune with the freedom to teach and learn. To this end, the first chapter defines what are the fundamental rights to the freedom to teach and learn, as well as “gender ideology”. The second chapter examines the bills originated in the House of Representatives between 2014 and 2019, which talk about the topic. The methodology is the deductive type intending to carry out exploratory research. Finally, it is possible to conclude that the freedoms of teaching and learning coexist harmoniously with education on gender, as part of the school content for elementary education in public and private schools in Brazil, because seek the same democratic values of plurality, inclusion, of freedom, autonomy and respect, which underpin the freedoms under study.

Keywords: Freedom to teach. Freedom to learn. “Gender ideology”. Gender education. Elementary School.

1. INTRODUÇÃO

Especialmente nos últimos sete anos, a educação no Brasil tem sido alvo de um imbróglio: existiria um fenômeno no ensino básico chamado de “ideologia”, “doutrinação” ou “educação” de gênero. Segundo as alegações dos opositores a essa “ideologia”, esse suposto fenômeno seria um ataque à tradição familiar, que estimularia a sexualização precoce e a deturpação do que é ser homem e do que é ser mulher.

Por outro lado, há quem afirme que, na verdade, haveria a abordagem em sala de aula de temas que transcendem as construções culturais acerca dos universos dos gêneros masculino e feminino, como: homotransfobia, abuso sexual na infância, violência doméstica e familiar contra a mulher etc., por isso, o nome mais adequado seria “educação sobre gênero”.

Como resposta a essa controvérsia, diversos Projetos de Leis (PLs) com essa temática foram criados, tanto a nível federal como estadual e municipal, na tentativa ou de coibir as liberdades de ensinar e de aprender em face de valores familiares privados, ou de garantir que ambas as liberdades sejam protegidas, pois “gênero” seria um tema relevante para a sala de aula. Em face desse cenário, é questionado se os direitos à liberdade de ensinar e de aprender, previstos no art. 206, inciso II, da Constituição Federal (CF) coexistem harmonicamente com a educação sobre gênero destinada aos alunos do ensino fundamental em escolas públicas e privadas do Brasil.

Sendo assim, o objetivo deste estudo é identificar a possibilidade dos direitos à liberdade de ensinar e de aprender coexistirem harmonicamente com a educação sobre gênero, destinada aos alunos do ensino fundamental em escolas públicas e privadas do Brasil.

Tendo em vista a significativa importância da abordagem em sala de aula das questões relativas ao gênero, urge elucidar o porquê da construção do mito “ideologia de gênero”, e qual o viés que a Câmara dos Deputados tem seguido nessa controvérsia. Em termos acadêmicos, é crucial sedimentar o que é de fato a educação sobre gênero para pautar a discussão em base científica.

Quanto à metodologia, este artigo emprega o método dedutivo. Partirá da análise ampla do que são as liberdades de ensinar e de aprender, bem como do conceito de educação sobre gênero, compondo assim

o primeiro tópico. No segundo e último tópico, serão analisados os PLs da Câmara dos Deputados relativos à educação sobre gênero, voltados para o ensino fundamental em escolas públicas e privadas, entre 2014 e 2019. Assim, serão somados dois pilares que produzirão premissas amplas acerca da educação sobre gênero para alunos do ensino fundamental.

2. A LIBERDADE DE ENSINAR E DE APRENDER FACE À “IDEOLOGIA DE GÊNERO”

A CF vigente determina a liberdade de ensinar como um dos princípios basilares do ensino, no art. 206, inciso II. Assim, distinguiu e salientou a liberdade dos professores que compõem uma classe inteira de especialistas na comunicação de conhecimento (SILVA, 2019).

Cabe diferenciar a liberdade de ensinar da liberdade de cátedra. Segundo Silva (2019), a liberdade de cátedra restringe o alcance do gozo da liberdade de ensinar, pois recai somente sobre os catedráticos, que são alguns cargos do magistério, enquanto a liberdade de ensinar abarca toda pessoa que exerce a função de magistério, ou seja, todo grau de professor.

Tendo em vista a extinção das cátedras, e seu alcance se restringir a só uma parte dos professores, perde o sentido em denominar “liberdade de cátedra” quando, na verdade, se quer chamar “liberdade de ensinar”. Esta última é bem mais abrangente, uma vez que abarca todos aqueles que exercem a função de magistério (SILVA, 2019), inclusive, os professores do ensino fundamental.

Além da liberdade de ensinar, a CF vigente, no art. 206, inciso II, define como princípio basilar do ensino a liberdade de aprender. Este dispositivo está intrinsecamente conectado à liberdade de expressão, e assegura um direito de liberdade da pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

A liberdade de expressão tem fundamentação na dignidade da pessoa humana, no que toca à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, bem como é crucial para as condições e à garantia da democracia e do pluralismo político (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019), ao passo que a liberdade de aprender também tem raízes na autonomia e no livre desenvolvimento do indivíduo, no caso, o aluno.

As liberdades de aprender e de ensinar têm como diretrizes a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), o Plano Nacional de Educação (PNE), a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica (DCNs), que são como uma bússola da educação básica, o que inclui o ensino fundamental. Além disso, formam também um arcabouço legal e normativo que garantem a educação sobre gênero para alunos do ensino fundamental.

Na LDB percebe-se um especial foco na liberdade de ensinar e aprender, na solidariedade e na tolerância dentro da sala de aula, bem como no pleno desenvolvimento do educando (BRASIL, 1996). Tem destaque também os conteúdos sobre direitos humanos e a prevenção de todas as formas de violência contra a criança.

O PNE, por sua vez, tem como parte das diretrizes: a erradicação de todas as formas de discriminação e a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos e à diversidade (BRASIL, 2014a). Quanto à BNCC, dentre as competências gerais é evidente o zelo pela democracia, pela inclusão, pela diversidade humana, pelo acolhimento e pelo diálogo (BRASIL, 2017a). Enquanto no ECA nota-se que é um direito basilar da criança e do adolescente o desenvolvimento pleno, o que abarca os aspectos físico, mental, moral, espiritual e social (BRASIL, 1990).

As DCNs não só corroboram os mesmos valores dos documentos anteriores, como também fincam a educação sexual e de gênero como parte do currículo escolar. Determina-se que as questões de gênero são componentes que integram o projeto político-pedagógico e devem fazer parte das prioridades institucionais (BRASIL, 2013a). Além disso, sexualidade e gênero são definidos como temas que devem permear o desenvolvimento dos conteúdos da base nacional comum e da parte diversificada do currículo (BRASIL, 2013a).

Posto isso, ainda resta a controvérsia acerca da tão temida “doutrinação”, “educação” ou, ainda, “ideologia” de gênero em sala de aula, sobretudo, para o ensino fundamental. Em comum, estas expressões têm “gênero” que, em última análise, tem origem no radical do verbo “gerar”, que significa “produzir”, e originou as palavras que significam “tipo” ou “classe” (no latim *genus*) em diversas línguas (CONNELL; PEARSE, 2013).

Em geral, e sem compromisso técnico, entende-se gênero como a diferença social ou psicológica construída sobre, ou causada pela divisão biológica entre homens e mulheres, por isso a dicotomia é a raiz desse conceito (CONNELL; PEARSE, 2013). Mulheres são de um jeito e homens são de outro, de forma diametralmente oposta.

Contudo, a reprodução sexual não causa as chamadas “práticas de gênero”, nem mesmo formata o molde para a sua conformação, até porque há várias áreas da vida que são generificadas vigorosamente, mas sem qualquer ligação lógica com a reprodução sexual, como o futebol, *design* de sapatos, ordenação de bispos etc. (CONNELL; PEARSE, 2013).

Para conceituar gênero de forma mais adequada, é preciso tirar o foco das diferenças biológicas e colocá-lo nas relações. Pois, primeiramente, é uma “questão de relações sociais”, nas quais os indivíduos e seus grupos agem; ou pode ser conceituado também como uma “estrutura social” específica com os corpos, tendo o conceito de “estrutura” como um padrão que é mantido e difundido entre as relações sociais (CONNELL; PEARSE, 2013).

Essa relação social, onde se desenrolam as questões de gênero, não é marcada pela tranquilidade. Há, na verdade, um espaço de combate no qual os corpos são conduzidos para processos sociais, em que a conduta social faz algo em relação às diferenças reprodutivas, e por essa razão aquele espaço é denominado de “arena reprodutiva” (CONNELL; PEARSE, 2013). Em outras palavras, há um verdadeiro embate entre as diferenças reprodutivas, que são naturais dos corpos, e os processos sociais.

Dentro dessa arena reprodutiva social, criam-se as categorias culturais “mulher” e “homem”, bem como qualquer outra categoria de gênero que possa ser criada dentro da lógica de uma sociedade (CONNELL; PEARSE, 2013). Então, o produto resultante do embate dentro da arena é a rotulação do que é próprio do universo feminino e o que é próprio do universo masculino.

Além da arena reprodutiva, é preciso compreender também o “domínio de gênero”, que é toda a parte da vida social que é conectada à arena, e por essa razão as relações sociais entre as pessoas são conformadas de acordo com o que a arena reprodutiva influencia na vida social

(CONNELL; PEARSE, 2013). Do domínio de gênero cria-se, então, um desequilíbrio socioeconômico entre um gênero e outro.

Em outras palavras, gênero é como as várias sociedades lidam com os corpos de homens e mulheres quanto à identidade (o que é “ser homem” e o que é “ser mulher”), quanto às relações de trabalho (quais trabalhos homens podem ou são mais adequados exercerem, e quais aqueles que mulheres podem ou são mais adequados exercerem), quanto às relações de poder de modo geral (como os desníveis de poder do que é ser pai e o que é ser mãe, por exemplo), e na sexualidade (como homens e mulheres devem exercer sua sexualidade, ou seja, o que é permitido no flerte e no sexo para homens e para mulheres).

Apesar da definição do conceito de “gênero”, ainda resta a incógnita sobre qual seria a diferença entre “ideologia”, “educação” e “doutrinação” de gênero, tendo em vista os múltiplos significados que essas expressões podem tomar de acordo com o interlocutor. É possível conceituar doutrinação e educação a partir de uma perspectiva diametralmente oposta: a primeira corresponde à transferência de compreensões que são incorporadas sem as possibilidades de crítica e de ponderação sobre outras possibilidades, enquanto a segunda seria o oposto (TRAVINCAS, 2016). Logo, educar é construir conhecimento com a possibilidade de criticar o que foi apresentado e de escolher juízos diferentes.

Já ideologia possui múltiplos significados. Há dois conceitos que interessam mais nesta análise, pois juntos demonstram uma das tantas ambiguidades que essa palavra pode ter, inclusive no que diz respeito ao objeto de estudo em tela. O primeiro é bem amplo e epistemologicamente neutro: é o conjunto de ideias, crenças e valores embebidos de significados e processos simbólicos que são parte de uma sociedade, isto é, é mais uma questão de como os indivíduos vivem as práticas sociais, do que a prática em si mesma (EAGLETON, 1997). O segundo conceito é mais restrito, e tem teor pejorativo: corresponde ao conjunto de ideias e crenças que auxiliam um grupo ou classe dominante a se legitimarem, principalmente por meio de ocultação e deturpação (EAGLETON, 1997).

A temida expressão “ideologia de gênero” foi originada, segundo a maioria entende, após a IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, em Beijing, no ano de 1995, por intelectuais laicos e lideranças

católicas, com o intuito de resumir tudo o que era divergente entre os seus próprios interesses e o pensamento feminista (MISKOLCI, 2018).

O gatilho para forjar a expressão “ideologia de gênero”, na Conferência de Beijing, foi a substituição do termo “mulher” por “gênero”, que ocorreu com o intuito de reconhecer que a desigualdade enfrentada pela mulher é um problema estrutural, o qual deve ser combatido a partir de um viés integral de gênero (MISKOLCI; CAMPANA, 2017). Contudo, tal reconhecimento soou como uma afronta aos interesses de intelectuais laicos e lideranças católicas.

Dentre as várias reações avessas ao reconhecimento de “gênero”, pela IV Conferência, foi a do, até então, cardeal Joseph Aloisius Ratzinger, em 1997, em seu livro “O sal da terra”, que provavelmente “inaugurou” a aversão declarada, pelo menos na Igreja Católica:

Se distingue então o fenômeno biológico da sexualidade de suas formas históricas, às quais se denomina “gender”, mas a pretendida revolução contra as formas históricas da sexualidade culmina em uma revolução contra os pressupostos biológicos. Já não se admite que a “natureza” tenha algo a dizer, é melhor que o homem possa moldar-se ao seu gosto, tem que se libertar de qualquer pressuposto de seu ser: o ser humano tem que fazer a si mesmo segundo o que queira, apenas desse modo será “livre” e liberado. Tudo isso, no fundo, dissimula uma insurreição do homem contra os limites que leva consigo como ser biológico. Se opõe, em seu extremo último, a ser criatura. O ser humano tem que ser seu próprio criador, versão moderna de aquele “serei como deuses”: tem que ser como Deus (RATZINGER, 1997, p. 142).

No Brasil, antes da construção do pânico sobre a “ideologia” em questão, existiram iniciativas públicas na educação que buscavam incentivar o estudo sobre gênero e o combate a homofobia. Um exemplo disso foi a constituição, em 2004, da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD). Um de seus objetivos era a articulação de programas que enfrentassem a discriminação racial e sexual com projetos que valorizassem a diversidade étnica (BRASIL, 2007). No mesmo ano também foi criado o “Brasil Sem Homofobia: Programa de

combate à Violência e à Discriminação Contra GLBT e Promoção da Cidadania Homossexual”, voltado para o embate à homofobia e à defesa das identidades de gênero (VIANNA, 2015).

Ademais, existiram eventos-chave para compreender a construção do medo da “ideologia de gênero” no Brasil. O primeiro evento que acionou o grande alarme do “pânico moral” foi o reconhecimento por lei das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, em 2011 (MISKOLCI, 2018).

Em torno de uma semana depois, do STF reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ocorreu o segundo evento: Jair Bolsonaro, até então deputado, comandou um movimento contra um material didático específico, e logo recebeu apoio da bancada evangélica, de congressistas católicos e conservadores agnósticos (MISKOLCI, 2018).

O material era oriundo do “Projeto Escola sem Homofobia”, articulado com o “Programa Brasil Sem Homofobia”, que apoiava a produção de materiais educativos para o combate à homofobia. O *kit* foi elaborado por Organizações Não-Governamentais (ONGs), como a *Pathfinder* do Brasil, a Comunicação em Sexualidade (ECOS), a Soluções Inovadoras em Saúde Sexual e Reprodutiva (Reprolatina), a *Global Alliance for LGBT Education* (GALE), e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), com o acompanhamento do MEC (VIANNA, 2015).

O *kit* era composto por: um caderno com atividades para as professoras e professores em sala de aula, seis boletins para debate com os alunos e três audiovisuais, cada qual com guia, cartaz e cartas de apresentação para as educadoras e gestoras, assim como estava inclusa a capacitação de docentes e técnicos (VIANNA, 2015).

Tal material foi denominado pelo deputado e seus apoiadores de *kit gay*, de forma pejorativa e, supostamente, teria o objetivo de estimular a homossexualidade e a promiscuidade entre alunos dos 7 aos 12 anos, segundo a fala do próprio deputado em sessão na Câmara (BOLSONARO ALERTA AOS PAIS..., 2010).

Um grande apoiador desse “terror” foi o movimento “Escola Sem Partido” (ESP), atuante desde 2004, com o objetivo de barrar o “uso das escolas e universidades para fins de propaganda ideológica, política e partidária”. (ESCOLA SEM PARTIDO, 2019). O movimento afirma,

em seu *site* oficial, que a maioria dos educadores e autoridades ignora culposamente ou promove a suposta doutrinação, bem como acusa a escola de não ser um local neutro e aberto às diversas perspectivas de investigação, enquanto, na verdade, haveria uma visão unilateral, preconceituosa ou tendenciosa das questões políticas e sociais (ESCOLA SEM PARTIDO, 2019).

No ano de 2010 houve uma guinada no debate público, dos discursos escancaradamente conservadores, o que permitiu o ganho de visibilidade do movimento “Escola Sem Partido”, que foi idealizador de vários projetos de lei, e amplamente difundido pela direita brasileira.

Contudo, foi somente quando o movimento levantou a bandeira contra a “ideologia de gênero” que houve uma vertiginosa escalada do seu discurso, no âmbito nacional, dando a ele um impacto popular muito mais rápido e amplo (MIGUEL, 2016, p. 595). Não foi à toa, ainda no ano de 2011, que o governo da época - de Dilma Rousseff -, vetou o material mencionado anteriormente, alegando inadequação, de acordo com o MEC, dos três vídeos (VIANNA, 2015).

Nesse mesmo contexto, já em 2013, a presidenta da República concedeu a transferência da presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara para o pastor Marco Feliciano, bem como o deputado Anderson Ferreira (integrante, pelo estado do Pernambuco, do então PR, Partido da República, que atualmente corresponde ao Partido Liberal), apresentou o PL nº 6.583, em Brasil (2013b), propondo o Estatuto da Família. Assim, o terror causado pelo movimento “Escola Sem Partido” propagou-se nas discussões sobre o até então novo PNE, em 2014, e alastrou-se também sobre as discussões acerca dos planos de educação estaduais e municipais ocorridas em 2015 (MISKOLCI, 2018).

Discursos conservadores, como esses que temem a “ideologia de gênero”, costumam defender políticas que concebem gênero como fator meramente biológico, o que está intrinsecamente relacionado ao fato de a sexualidade ser cercada por amarras sociais excessivamente punitivas, cujo controle é feito formalmente e informalmente nas sociedades ocidentais (RUBIN, 2012). Não é por outra razão que o *kit gay* refletia, nas entrelinhas, um temor pela sexualidade livre.

Todos esses agentes da construção do terror sobre a “ideologia de gênero” são “empreendedores morais”, que têm diversos interesses, inclusive que vão além do suposto combate a esta “ideologia”, mas que se alinharam para impedir a propagação de direitos sexuais, principalmente em relação à luta contra a homofobia no ambiente escolar e ao reconhecimento da diversidade de gênero, realizando, assim, uma verdadeira “cruzada moral”. (MISKOLCI, 2018). Buscam, assim, afastar os movimentos feministas e LGBTQIA+ das políticas públicas que os possam abraçar, isto é, negam boa parte de sua cidadania, bem como endossam o Estado como espaço masculino e heterossexual (MISKOLCI; CAMPANA, 2017).

Vale ressaltar que estes “empreendedores morais” são agentes diversificados que formam um espaço político-moral coabitado, mais ou menos, por católicos, neopentecostais e outros grupos e indivíduos que se identificam com a causa, até mesmo por partidários e/ou insatisfeitos com a política, em razão das crises econômicas e das denúncias de corrupção em vários países latino-americanos nos últimos anos, e por isso não haveria apenas agentes politicamente de direita (MISKOLCI; CAMPANA, 2017).

Essa cruzada moral usa como artimanha uma histeria erótica - já que supostamente há um estímulo à homossexualidade e à promiscuidade -, que é extremamente eficaz quando tem como argumento a “proteção das crianças”, pois recebe um apoio massivo (RUBIN, 2012). A preocupação obsessiva dos conservadores religiosos com a proteção da educação das crianças é justificada pela suposta maior vulnerabilidade à “ideologia de gênero” que elas têm, pois esta impediria a cimentação da identidade masculina ou feminina (MIGUEL, 2016).

A histeria erótica que apela à suposta proteção das crianças é uma forma de pânico moral, o qual corresponde a uma condição, episódio, pessoa ou grupo que surge como uma ameaça a valores ou interesses da sociedade, além de ser apresentado de forma estereotipada pela mídia de massa: um “demônio do povo” (COHEN, 2011). O aparato moral, para estancar o alastramento desse “demônio”, é composto por editores, bispos, políticos e toda pessoa que “pensa certo”, que surgem como especialistas socialmente credenciados para apontar seus diagnósticos e soluções.

O que é apontado pejorativamente de “ideologia de gênero”, na verdade, é o estudo sobre gênero, sexualidade, diversidade cultural e étnico-racial (MAIA; ROCHA, 2017). Tratar sobre gênero na sala de aula é desconstruir papéis estereotipados, naturais e obrigatórios de mulheres e homens na sociedade (MIGUEL, 2016).

Em suma, a educação sobre gênero é educar para a reflexão acerca das desigualdades e violências conservadas pela sociedade patriarcal e cisheteronormativa; é desmontar preconceitos; é investir na inclusão social e na igualdade, respeitando individualidades e identidades (PEREIRA; NORMANTON; STEMPLIUK, 2018). É importante ressaltar que os recortes étnicos-raciais e socioeconômicos aprofundam ainda mais as desigualdades de gênero, o que também deve ser abordado em sala de aula.

3. DADOS DOS PROJETOS DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS RELATIVOS À EDUCAÇÃO SOBRE GÊNERO

Este tópico analisará os PLs que tramitam na Câmara dos Deputados e transpassam o tema “ideologia de gênero”, seja incentivando ou seja proibindo, mas nem sempre se limitando ao ambiente escolar. Na coleta dos PLs, foram utilizadas as seguintes expressões-chave no *site* da Câmara dos Deputados: “ideologia de gênero”, “orientação de diversidade sexual”, “educação sexual”, “doutrinação política e ideológica”, “questões de gênero”, “identidade e/ou expressão de gênero”, “igualdade entre homens e mulheres como princípio do ensino”, “conteúdos com o qual não estejam de acordo os pais ou responsáveis”, “liberdade para aprender e ensinar”, “livre manifestação do pensamento na atividade docente”, “ambiente de ensino livre de apologias e ideologias” e “identidade de gênero e orientação sexual”. O objetivo era vasculhar todos os PLs relacionados à “ideologia de gênero” em sua acepção mais ampla.

No total são 26² e todos foram originados na Câmara dos Deputados. Com exceção do PL nº 9.948 (BRASIL, 2018a), em regime de prio-

2 Esse número corresponde à quantidade de PLs em tramitação, após as exclusões de repetições, de acordo com o *site* da Câmara dos Deputados, em 21 de outubro de 2019.

ridade, os demais tramitam em regime ordinário. Nenhum dos projetos tem parecer da Comissão de Constitucionalidade, Justiça e Cidadania, salvo o PL n° 3.492/2019, (BRASIL, 2019a), que tem parecer favorável do relator, mas ainda não foi votado pela Comissão.

Esses PLs serão divididos em dois grupos: um grupo³ que não está apensado ao PL n° 7.180, cuja redação foi manifestadamente inspirada no chamado movimento “Escola Sem Partido” (BRASIL, 2014b), sendo 6 (seis) ao todo, e um grupo⁴ que está apensando a ele, um total de 20. Essa divisão tem o intuito de melhor organizar o presente estudo, além do mais, o movimento “Escola Sem Partido” foi um divisor de águas na educação brasileira, o qual sinalizou o temor pela “ideologia de gênero” em sala de aula.

Somando os dados dos dois grupos há algumas conclusões possíveis. No tópico anterior foram mencionadas as leis e documentos normativos que orientam a educação escolar no ensino fundamental: a LDB (Lei n° 9.394/1996), o PNE (Lei n° 13.005/2014), a BNCC, o ECA (Lei n° 8.069/1990) e as DCNs. Dentre esses documentos, a LDB é o maior alvo de mudanças entre os PLs, ou seja, é o campo de maior disputa, visto que há 11 propostas para alterá-la, e uma proposta para alterá-la em conjunto com o PNE.

No total, são 15 projetos com alterações diretas em parte das leis e documentos citados acima, incluindo os PCNs (Parâmetros Curriculares Nacionais que é um documento de caráter não obrigatório, cujo objetivo é a orientação dos currículos escolares, nos níveis fundamental e médio)

Os projetos apresentados após essa data não serão considerados neste estudo. Quanto à data de atualização do trâmite desses 26 PLs, a última visualização no *site* da Câmara ocorreu em 1° de setembro de 2020.

3 São eles os não apensados: n° 3.492 (BRASIL, 2019a), n° 3.664 (BRASIL, 2019b), n° 1.239 (BRASIL, 2019c), n° 9.948 (BRASIL, 2018a), n° 3.235 (BRASIL, 2015a) e n° 523 (BRASIL, 2019d).

4 São eles os apensados: n° 7.180 (BRASIL, 2014b), n° 7.181 (BRASIL, 2014c), n° 867 (BRASIL, 2015b), n° 1.859 (BRASIL, 2015c), n° 5.487 (BRASIL, 2016a), n° 6.005 (BRASIL, 2016b), n° 8.933 (BRASIL, 2017b), n° 9.957 (BRASIL, 2018b), n° 10.577 (BRASIL, 2018c), n° 10.659 (BRASIL, 2018d), n° 10.997 (BRASIL, 2018e), n° 246 (BRASIL, 2019e), n° 258 (BRASIL, 2019f), n° 375 (BRASIL, 2019g), n° 502 (BRASIL, 2019h), n° 1.189 (BRASIL, 2019i), n° 3.674 (BRASIL, 2019j), n° 3.741 (BRASIL, 2019k), n° 4.961 (BRASIL, 2019l) e n° 5.039 (BRASIL, 2019m).

que são também relevantes para a educação básica. Enquanto isso, os outros 11 projetos não sugerem mudanças diretas nas leis e documentos normativos acima, isto é, são propostas paralelas em que a maior parte é a favor da educação sobre gênero (PLs nº 6.005/16, 10.997/18, 502/19, 1.189/19, 3.741/19 e 5.039/19) e a outra parte é contra (PLs nº 5.487/2016, 246/2019, 1.239/19, 3.492/19 e nº 3.664/19). As propostas paralelas a favor reforçam ou até mesmo repetem os princípios já existentes nas leis e documentos normativos que orientam a educação básica.

Quanto à menção a “gênero”, uma parte menciona “ideologia de gênero” (34,6%), textualmente, e outra parte utiliza somente expressões semelhantes, como “identidade e/ou expressão de gênero” e “questões de gênero” (26,9%), totalizando 61,5% dos PLs. Contudo, ainda é expressiva a parcela de propostas que tratam da educação sobre gênero sem mencionar expressamente o termo: 38,5%.

Isso sinaliza que “gênero” e seus desdobramentos são tabus para a Câmara dos Deputados, pois não são nem nomeados literalmente, ainda que sejam PLs que dizem respeito aos temas, além de sugerir também uma tentativa de tolher a educação sobre gênero de forma mascarada e sorrateira.

Além do mais, a expressão “ideologia de gênero”, quando utilizada literalmente, em 34,6% dos casos, foi sempre em uma perspectiva depreciativa (PL nº 3.492/2019, nº 3.664/2019, nº 1.239/2019, nº 258/2019, nº 9.948/2018, nº 10.577/2018, nº 10.659/2018, nº 3.235/2015 e nº 1.859/2015), o que corrobora com a origem do termo, conforme demonstrado no tópico anterior.

No que diz respeito aos PLs e o espectro⁵ político dos partidos que os propuseram, há um traço claro entre os projetos propostos por parti-

5 Em 25 de dezembro de 2019, Vinícius Passarelli e Paulo Beraldo, do O Estado de S.Paulo (Estadão), publicaram reportagem cujo teor era a autodefinição dos 33 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre a orientação ideológica. Ao longo dessa pesquisa, ficou evidente que quase todos os partidos não determinam em seus estatutos e sites sua orientação dentro do espectro político “convencional”: direita, centro-direita, centro, centro-esquerda e esquerda. Contudo, sem esse recorte claro, de qual o posicionamento político de cada partido, a análise deste estudo ficaria turva, pois faltaria um referencial para classificar com precisão os partidos. Então, para melhor analisar a orientação política de cada partido foi utilizada essa coleta de dados

dos de esquerda, em face dos partidos de direita, centro-direita e centro, principalmente. Todos os projetos propostos por partidos de esquerda (23,1%) são a favor da educação sobre gênero, enquanto, por outro lado, todos os projetos propostos por partidos de direita (15,4%), centro-direita (23,1%) e centro (15,4%) são contra a educação sobre gênero. Sendo assim, fica evidente que a “ideologia de gênero” é um termo utilizado predominantemente por partidos de direita, de centro-direita e centro no espectro político, com o intuito de depreciar e gerar aversão ao tema, principalmente na pauta da educação escolar.

Apesar desse resultado demonstrar que a esquerda tentou proteger a educação sobre gênero entre 2014 e 2019, é discutível a associação automática entre esquerda e a pauta dos direitos sexuais e reprodutivos, posto que mesmo em governos de esquerda chefiados por mulheres na América Latina, como no caso de Dilma Rousseff, não houve um amparo ferrenho as demandas feministas e LGBTQIA+, conforme analisa Miskolci (2021).

Ainda segundo o autor, as demandas relativas a igualdade jurídica do grupo LGBTQIA+ continua sendo adiada no Congresso Nacional, como consequência há um protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo (2011) e igualou essas uniões ao casamento (2013) coincidentemente durante o governo Rousseff e não por protagonismo do Executivo sob a presidência do PT.

do Estadão, até porque se trata de um levantamento recente e de definição do próprio partido. Sendo assim, o espectro político dos partidos que propuseram os projetos de lei analisados neste estudo são: PSL (Partido Social Liberal) de direita; PRB (Partido Republicano Brasileiro, que depois vem a ser Republicanos), PSC (Partido Social Cristão) e PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) de centro-direita; Avante, PROS (Partido Republicano da Ordem Social), PMDB (Movimento Democrático Brasileiro), PHS (Partido Humanista da Solidariedade, que depois vem a ser o Podemos) e PATRI (Patriotas) de centro; PV (Partido Verde), PSB (Partido Socialista Brasileiro) e PDT (Partido Democrático Trabalhista) de centro-esquerda; PCdoB (Partido Comunista do Brasil), PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) e PT (Partido dos Trabalhadores) como esquerda; por fim, há alguns partidos que não se definem conforme o espectro tradicional, pois o PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) declara se encaixar no “liberalismo social”, o NOVO (Partido Novo) no “puramente liberal” e o DEM (Democratas) no “democrata liberal”.

Vale relembrar que em 2011 Rousseff cedeu às pressões conservadoras quanto ao suposto “*kit gay*” e vetou o material, bem como em 2013 concedeu a transferência da presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara para o pastor Marco Feliciano, notório empreendedor moral que propagava a fantasiosa ameaça da “ideologia de gênero” em sala de aula.

Quanto aos partidos de centro-esquerda, em 7,7% dos projetos houve propositura por eles e em uma perspectiva favorável à educação sobre gênero. Contudo, dentre os 2 (dois) PLs propostos por múltiplos partidos de diversos espectros políticos (7,7%), em 1 (um) deles (PL nº 1.859/2015) houve a participação de 2 (dois) partidos de centro-esquerda (PV e PSB) a partir de uma perspectiva desfavorável à educação sobre gênero.

Já os partidos que não se definem no espectro político tradicional, mas sim como variantes do termo “liberal” – são eles: “democrata liberal” (DEM), “liberalismo social” (PSDB) e “puramente liberal” (NOVO) – oscilam ligeiramente, pois o DEM tem duas propostas: uma a favor da educação sobre gênero (PL nº 5.039/2019), em proposição autônoma, e uma contra (PL nº 246/2019), em conjunto com outros partidos.

Os demais partidos da variação liberal, classificados como “liberalismo social” e “puramente liberal”, propuseram somente contra a educação sobre gênero, nos PLs nº 867/2015, nº 1.859/2015 e nº 246/2019. Sendo assim, há um indício de que pendem mais para uma inclinação conservadora, no que diz respeito a esse tema em sala de aula.

Quanto à quantidade de projetos por partido, o PSC e o PSL lideraram cada um com 16,7%, sendo assim, somam 33,4% das proposições, o que indica uma liderança curvada à direita, visto que o PSC é de centro-direita e o PSL é de direita. Curiosamente, o atual Presidente da República foi filiado a ambos os partidos: entre 2016 e 2018 no PSC e entre 2018 e 2019 no PSL (BRASIL, 2021). Além disso, é um grande empreendedor moral do tema.

No que se refere ao gênero preponderante na autoria de todos os projetos analisados, 73,1% foram propostos exclusivamente por homens. Enquanto 26,9% tiveram autoria por mulheres, unicamente, ou, pelo menos, em parte, quando dividiram com outros homens a autoria. Assim, totalizam 7 (sete) projetos de autoria delas. Nos projetos não

apensados ao PL nº 7.180, há 2 (dois) com autoras mulheres e 1 (um) deles é a favor do tema, ao passo que no grupo de projetos apensados ao PL nº 7.180 há 5 (cinco) projetos com deputadas autoras, dos quais 3 (três) são a favor. Quando há autoria feminina é evidente uma inclinação à defesa da educação sobre gênero, o que pode indicar o quanto esse tema é caro as mulheres.

A menção a “Deus” e à “família” é outro ponto relevante na análise. Em 42,3% das justificativas, ou dos artigos dos projetos, são utilizados um dos termos ou os dois ao mesmo tempo. Em todas essas citações, que ocorrem em 11 projetos, há aversão à educação sobre gênero (PL nº 1.239/2019, nº 9.948/2018, nº 3.235/2015, nº 7.180/2014, nº 7.181/2014, nº 867/2015, nº 1.859/2015, nº 8.933/2017, nº 9.957/2018, nº 10.577/2018 e nº 10.659/2018). É possível, então, depreender que esse tema seria incompatível com o que esses deputados compreendem como “Deus” e “família”. Além disso, o que é apresentado nos projetos como família e Deus é marcado por traços conservadores, pois a família protegida por esses projetos é patriarcal, cisgênero, heterossexual e com prole, assim como o Deus protegido é o exclusivo de uma vertente religiosa: a cristã.

Ao longo de 2019, 50% dos PLs estudados foram propostos, enquanto que 7,7% em 2014, 11,5% em 2015, 7,7% em 2016, 3,8% em 2017 e 19,2% em 2018. Cabe mencionar os Presidentes da República que estavam no poder entre 2014 e 2019: Dilma Rousseff (2014-2015), Michel Temer (2016-2018) e Jair Bolsonaro (2019).

Não parece ser coincidência que no ano que houve um boom de PLs sobre o tema em questão o PSL, um dos partidos com mais propostas contra a educação sobre gênero, ascendeu até a Presidência da República, por meio da posse do, até então deputado federal, Jair Messias Bolsonaro. Vale ressaltar que todas os projetos propostos naquele ano ocorreram após a posse do presidente, em 1º de janeiro.

Há claramente uma correlação entre tamanho aumento nas propostas e a eleição de Bolsonaro, tendo em vista que o atual Presidente foi um grande propagador da “ideologia de gênero” em sala de aula, inclusive utilizando essa bandeira em sua proposta de plano de governo de 2018. O plano afirmava que havia uma “educação aparelhada ideologicamente”, e que, por isso, deveria haver “mais matemática, ciências

e português, sem doutrinação e sexualização precoce”. (PLANO DE GOVERNO JAIR BOLSONARO, 2018). A alegação que existiria uma doutrinação e sexualização precoce no ambiente escolar é uma alusão a “ideologia de gênero”. Fica evidente, assim, que não só a “cruzada moral” sobre a “ideologia de gênero” foi uma bandeira política que angariou votos, como foi acolhida por parte da Câmara dos Deputados.

5. CONCLUSÃO

Sobretudo a partir dos anos 90, a palavra gênero tornou-se alvo de diversas controvérsias, seja em conferências da ONU e da Igreja Católica, ao redor do mundo, seja no Brasil, por meio do movimento “Escola Sem Partido”.

O pânico moral, por intermédio da histeria erótica, foi a armadilha utilizada para espalhar e convencer que havia o fantasma da “ideologia de gênero” assombrando as escolas públicas e privadas brasileiras.

Por isso, logo surgiu uma enxurrada de PLs disputando, em última análise, o que seriam e quais os limites dos direitos à liberdade de ensinar e de aprender. De um lado alguns poucos projetos defendendo a educação sobre gênero e, de outro, uma franca maioria execrando o assunto em sala de aula.

Diante desse cenário, foi questionado se os direitos à liberdade de ensinar e de aprender, previstos no art. 206, inciso II, da CF, coexistiriam harmonicamente com a “ideologia de gênero”, como parte do conteúdo escolar dos alunos do ensino fundamental nas escolas públicas e privadas do Brasil. A hipótese para esse questionamento teve como premissa o entendimento que a “ideologia de gênero” é um termo vago, sem uma definição científica e nem mesmo existe tal fenômeno nas salas de aula brasileiras.

O que existe é a educação sobre gênero, que é o estudo acerca das diversas desigualdades entre homens e mulheres ocasionadas por uma sociedade patriarcal, cisheteronormativa e racista, o que abarca também a educação sexual.

Logo, a educação sobre gênero, coerente com a faixa etária desses alunos, se afina com os direitos constitucionais à liberdade de ensinar do

professor e à liberdade de aprender do aluno, além de ter relação com as diretrizes e princípios do currículo escolar do ensino fundamental delineados pela LDB, o PNE, a BNCC e as DCNs. Então, o objetivo deste estudo foi identificar a possibilidade dos direitos à liberdade de ensinar e de aprender coexistirem harmonicamente com a educação sobre gênero para alunos do ensino fundamental, em escolas públicas e privadas do Brasil.

Para isso, primeiramente, foi demarcado o que são e quais os limites da liberdade de ensinar e da liberdade de aprender, bem como o que é a “ideologia de gênero”. Em seguida, foi desvendada a “ideologia de gênero”. Para isso, definiu-se um conceito de gênero, uma linha do tempo sobre a construção do pânico moral, o que é e qual a relevância da educação sobre gênero para o ensino fundamental.

Por si só, essa “ideologia” ecoa o conceito de gênero, pois este é como diversas sociedades lidam, de forma discrepante, com os corpos de homens e mulheres em relação às suas identidades, suas relações de trabalho, suas relações de poder e suas formas de expressar a sexualidade. A sociedade tende a dividir vigorosamente o que é do universo masculino e o que é do universo feminino: meninos vestem azul e meninas vestem rosa.

Em uma breve linha do tempo, foi possível atestar que a expressão “ideologia de gênero” foi fabricada por impulso principalmente da Igreja Católica com o intuito de repreender movimentos inclinados à igualdade entre gêneros. No Brasil, por sua vez, os maiores impulsionadores foram o movimento “Escola Sem Partido” e partidos de direita no espectro político.

Construiu-se, então, um fantasma como ferramenta de pânico moral, por meio da histeria sexual, que ganhou forte apoio por apontar a suposta existência de uma “sexualização” precoce das crianças, ao tratar sobre gênero em sala de aula. Os “caçadores” do fantasma “ideologia de gênero” teriam objetivos difusos, mas tem destaque, principalmente, uma agenda conservadora, que tenta atravancar o reconhecimento de direitos sexuais, o combate à homotransfobia e a igualdade entre gêneros.

O que há nas salas de aula, na verdade, é a educação sobre gênero, ou seja, o estudo acerca das diversas desigualdades (na identidade, no trabalho, no poder e na sexualidade), entre homens e mulheres, ocasionadas por uma sociedade patriarcal, cisheteronormativa e racista. O que abarca

também o estudo sobre sexualidade (diversidade sexual, educação sexual etc.), bem como o combate das violências conservadas por essa sociedade (abuso sexual infantil, homotransfobia etc.).

A segunda etapa do estudo analisou os 26 PLs, tramitando na Câmara dos Deputados, que tangenciam, expressamente, ou implicitamente, o tema “ideologia de gênero”, seja incentivando ou proibindo, e nem sempre se limitando ao ambiente escolar. Dois grupos de PLs foram divididos: um grupo daqueles que não estão apensados ao PL nº 7.180/2016, e aqueles que estão.

Dos dados extraídos dos dois grupos, foi possível realizar diversas conclusões. A LDB é o maior alvo de mudanças entre as leis e normas orientadoras da educação brasileira, mas há também várias propostas de alterações paralelas a essas leis e normas.

“Ideologia de gênero” foi utilizada sempre com um viés pejorativo, e como algo que deve ser exterminado. Há também uma parcela considerável de projetos que não mencionam “gênero”, ainda que fique evidente a tentativa de cerceamento da matéria, o que indica um esforço mascarado e sorrateiro para calar o assunto.

Fica clara a inclinação para acabar com a “ideologia de gênero”, sobretudo no ambiente escolar, por parte dos partidos de direita, centro-direita, centro e os partidos que não se definem no espectro político tradicional, mas sim como variantes do termo “liberal”. Por outro lado, os partidos de esquerda e centro-esquerda se empenharam para responder essa guinada conservadora, por meio da garantia da educação sobre gênero em sala de aula. Evidente também o protagonismo do PSL e do PSC na autoria dos projetos que caçam tal “ideologia”.

É perceptível que a pauta tem autores majoritariamente homens. Como os PLs têm ampla maioria aversão à educação sobre gênero, então são os deputados que mais são autores dos projetos contra. Ademais, o que é apresentado nos projetos como “família” e “Deus” é marcado por traços conservadores, pois a família protegida por esses projetos é patriarcal, cisgênero, heterossexual e com prole, assim como o Deus protegido é o exclusivo de uma vertente religiosa: a cristã.

Tem destaque a escalada vertiginosa no número de projetos em 2019, que foi o ano de ascensão do PSL à Presidência da República. A proposta

do plano de governo do até então candidato, tinha perfeita sintonia com a aversão criada pelo “pânico moral” da “ideologia de gênero”. O próprio Presidente, enquanto deputado federal, foi um dos maiores empreendedores morais, principalmente por meio da criação do mito do *leit gay*.

Tendo em vista todo o exposto, a hipótese do presente estudo se confirma, pois fica evidente que “ideologia de gênero” é um fenômeno sem qualquer fundamentação científica e inexistente nas salas de aula. E isso é proposital.

A patrulha que caça a “ideologia de gênero” nas escolas brasileiras procura um fantasma que não existe. Então, em vez de ocasionar uma busca sem resultados e finita, pois a realidade demonstraria não ter por que manter uma caça por “doutrinações” inexistentes, acaba criando o cenário oposto: a vigília tem resultados, supostamente, e é infinita. Afinal de contas, é uma vigilância pautada em uma premissa equivocada e até impossível: a educação deve ser neutra em valores.

A premissa é equivocada, porque não existe neutralidade axiológica na educação, isto é, não há educação sem valores. Tanto o ato de ensinar como de aprender são impregnados de juízos, porque tanto professores como alunos, ainda que tenham pouca idade, têm bagagens culturais, morais, religiosas, políticas etc.

O que é erroneamente denominado de “ideologia de gênero”, na verdade, é o estudo sobre gênero e seus consequentes desdobramentos. Em suma, é o estudo acerca das desigualdades e violências conservadas por uma sociedade patriarcal, cisheteronormativa e racista como a brasileira. Logo, é possível ensinar, desde o ensino fundamental, sobre o que é e como combater abusos sexuais na infância, homotransfobia, violência doméstica e familiar contra a mulher etc.

A liberdade de ensinar e de aprender, como direitos fundamentais e constitucionais que são, pressupõem conformação com todos os valores que permeiam a CF. Além do mais, são delineadas pelo que as leis restritivas da educação (a LDB, o PNE, a BNCC, as DCNs) demandam: pluralidade, inclusão, liberdade, autonomia e respeito.

Fica evidente que “ideologia de gênero” é uma ferramenta de pânico moral, cujo objetivo é silenciar a sala de aula e endossar valores opressores, sendo incompatível com a liberdade de ensinar e aprender.

Enquanto a educação sobre gênero, por sua vez, fomenta os mesmos valores democráticos de pluralidade, de inclusão, de liberdade, de autonomia e de respeito, determinados pela LDB, PNE, BNCC, DCNs, que direcionam as liberdades em análise. Em razão disso, as liberdades de ensinar e aprender coexistem harmonicamente com a educação sobre gênero, como parte do conteúdo escolar para o ensino fundamental em escolas públicas e privadas do Brasil.

REFERÊNCIAS

BOLSONARO ALERTA AOS PAIS: Governo Quer Transformar Seu Filho em Homossexual. [s.i.], (6 min.), son., color. **Canal do Youtube “Carlos Bolsonaro”**, 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0OqRRUFH6Rs>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Biografia Jair Bolsonaro**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/74847/biografia>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 10.577**. Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para proibir a disseminação da ideologia de gênero nas escolas do Brasil. Brasília, 2018c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2181575>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 10.659**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para vedar a doutrinação política, moral, religiosa ou ideologia de gênero nas escolas. Brasília, 2018d. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182388>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 10.997**. Institui a Política Nacional de Liberdade para Aprender e Ensinar. Brasília, 2018e. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2186762>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 1.189**. Institui o programa “Educação Democrática”. Brasília, 2019i. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193294>. Acesso em: 1 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 1.239**. Proíbe a aplicação de recursos públicos, bem como o uso das estruturas e instituições da Administração Pública Direta ou Indireta, das Fundações,

Autarquias e Empresas Públicas e Privadas prestadoras. Brasília, 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1715654&filename=PL+1239/2019. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 1.859.** Acrescenta Parágrafo único ao artigo 3º da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Brasília, 2015c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1302894>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 246.** Institui o “Programa Escola sem Partido”. Brasília, 2019e. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190752>. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 258.** Dispõe sobre o direito dos alunos de aprender sem ideologia político-partidária; sobre a conduta dos professores na transmissão dos conteúdos e acrescenta inciso XIV e parágrafo único ao art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996... Brasília, 2019f. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190772>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro teor Projeto de Lei 3.235.** Proíbe a aplicação de recursos públicos, bem como o uso das estruturas e instituições da Administração Pública Direta ou Indireta, das Fundações, Autarquias e Empresas Públicas e Privadas prestadoras Brasília, 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1397228&filename=PL+3235/a. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 375.** Acrescenta os § 3º e 4º ao art. 1º e os arts. 3-A e 80-A na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre a liberdade de opinião e pensamento e dá outras providências, denominado Projeto de Lei Escola Livre. Brasília, 2019g.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191016>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 3.492**. Altera os arts. 75, 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o homicídio e lesão corporal de criança e adolescente como circunstância qualificadora do crime de homicídio e da lesão corporal e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o homicídio contra criança e adolescente e para impor ideologia de gênero no rol dos crimes hediondos. Brasília, 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1763923&filename=PL+3492/2019 Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 3.664**. Institui a Semana do Direito, Ética e Cidadania na escola. Brasília, 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1767308&filename=PL+3664/2019. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 3.674**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para vedar apologias e ideologias dentro dos órgãos públicos e estabelecimentos de ensino. Brasília, 2019j. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2208921>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 3.741**. Cria o Programa Escola sem Discriminação de educação para o combate à violência contra LGBTs voltado a professores de instituições públicas e dá outras providências. Brasília, 2019k. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209589>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 4.961**. Acrescenta inciso ao art. 12 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para determinar que os estabelecimentos de ensino incluam, em seus regimentos e estatutos, normas de valori-

zação da diversidade cultural, social e de combate a qualquer forma de discriminação. Brasília, 2019l. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2219655>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 502.** Institui o programa “Escola Sem Mordaca” em todo o território nacional. Brasília, 2019h. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191271>. Acesso em: 9 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 5.039.** Dispõe a livre manifestação do pensamento na atividade docente em ambiente de ensino-aprendizagem, sendo vedado o registro em multimídia pelo discente, sem autorização do professor. Brasília, 2019m. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220059>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 523.** Acrescenta o inciso XIV ao art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e altera o inciso X do art. 2º da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014... Brasília, 2019d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708151&filename=PL+523/2019. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 5.487.** Institui a Política Nacional dos Serviços Ambientais, o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais, estabelece formas de controle e financiamento desse Programa, e dá outras providências. Brasília, 2016a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439941>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 6.005.** Institui o programa “Escola livre” em todo o território nacional. Brasília, 2016b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1484506&filename=PL+6005/2016. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 6.583.** Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, 2013b. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 7.180.** Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 2014b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BABCF0EA045BED8C58F7828A37D179B3.proposicoesWebExterno1?codteor=1230836&filename=PL+7180/2014. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 7.181.** Dispõe sobre a fixação de parâmetros curriculares nacionais em lei com vigência decenal. Brasília, 2014c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606723>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 867.** Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”. Brasília, 2015b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 8.933.** Altera a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, Lei de Base e Diretrizes da Educação Nacional, para dispor que o ensino sobre educação sexual somente será ministrado ao aluno mediante autorização dos pais ou responsáveis legais. Brasília, 2017b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2158370>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 9.948.** Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para dispor sobre classificação de programas com conteúdo que aborde ideologia de gênero.

Brasília, 2018a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170832>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor Projeto de Lei nº 9.957**. Acrescenta artigo à Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para coibir a doutrinação na escola. Brasília, 2018b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170886>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF., 2014a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**. Brasília, 2017a. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Conselho Nacional da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. **Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica**. Brasília, 2013a. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD). **Cadernos SECAD**. Proteger para educar: a escola articulada com as redes de proteção de crianças e de adolescentes. Brasília, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/>

secad/arquivos/pdf/escola_protege/cad_escolaqprotege.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CONNELL, R.; PEARSE, R. **Gênero: uma perspectiva global**. 3 ed. São Paulo: Nversos, 2015.

COHEN, S. **Folk devils and moral panics**. Routledge, 2011. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Stan+Cohen+Folk+devils+and+moral+panic&aq=cohen+. Acesso em: 03 jan. 2020.

EAGLETON, T. **Ideologia: uma introdução**. São Paulo: Editora Boitempo, 1997. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/285942/mod_resource/content/1/Aula%202.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

ESCOLA SEM PARTIDO. **Escola Sem Partido**. 2019. Disponível em: <http://escolasempartido.org/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MAIA, M. F. G.; ROCHA, D. Ideologia de gênero: tensões e desdobramentos na educação. **Revista Contemporânea de Educação**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 25, p. 402-419, set. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/207088514.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

MIGUEL, L. F. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordça no parlamento brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 15, p. 590-621, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25163/18213>. Acesso em: 06 jan. 2020.

MISKOLCI, R. **Batalhas morais: política identitária na esfera pública técnico-mediatizada**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

MISKOLCI, R. Exorcizando um fantasma: os interesses por trás do combate à “ideologia de gênero”. **Cadernos Pagu**, n. 53, p. 1-14, 11 jun. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332018000200402&script=sci_arttext. Acesso em: 10 nov. 2019.

MISKOLCI, R.; CAMPANA, M. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. **Revista Sociedade e Estado**, v. 32, n. 3, p. 725-748, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922017000300725&script=sci_art-text. Acesso em: 10 nov. 2019.

PEREIRA, A. C. T. A.; NORMANTON, A. C. M.; STEPLIUK, P. A. A inconstitucionalidade da proibição da educação sobre gênero. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 3, n. 8, p. 8-19, 2018. Disponível em: http://www.academia.edu/download/56893949/A_inconstitucionalidade_da_proibicao_do_ensino_sobre_genero.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

PINTO, M. Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública. **Análise Social**. v. xxviii, 1993. p. 753-74. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41010998>. Acesso em: 25 maio 2020.

PLANO DE GOVERNO JAIR BOLSONARO. O caminho da prosperidade - Proposta de Plano de Governo. **Projeto Fênix**, 2018. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517//proposta_1534284632231.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

RATZINGER, J. **O Sal da Terra**: O cristianismo e a igreja católica no século XXI. 2 ed. São Paulo: Imago, 1997.

RUBIN, G. **Pensando o sexo**. Notas para uma teoria radical da política da sexualidade, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1582>. Acesso em: 05 set. 2019.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

TRAVINCAS, A. C. T. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. 2016. 300 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifício Uni-

versidade Católica no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2017/Teses-Premiadas/Direito-Amanda-Costa-Thome-Travincas.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2019.

VIANNA, C. P. O movimento LGBT e as políticas de educação de gênero e diversidade sexual: perdas, ganhos e desafios. **Educação e Pesquisa**, v. 41, n. 3, p. 791-806, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/ep/article/view/105657/104352>. Acesso em: 10 jan. 2020.

O CONGELAMENTO SOCIAL DE ÓVULOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIOECONÔMICAS

THE SOCIAL EGG FREEZING: THE LEGAL AND SOCIOECONOMIC CONSEQUENCES

Clarice Corbella Castelo Branco¹

Data de Submissão: 26/02/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo possui por objetivo analisar as consequências jurídicas e socioeconômicas do congelamento social de óvulos, que decorre da escolha voluntária de uma mulher que, por razões interpessoais ou profissionais, congela os óvulos para uma eventual gravidez futura. Por isso, foram analisados o procedimento por meio do qual o congelamento de óvulos ocorre e o custo do procedimento no Brasil. Em seguida, foram exploradas as normas jurídicas e as decisões judiciais que possuem correlação com o congelamento de óvulos. Também foi realizada uma comparação com a realidade dos Estados e da Inglaterra, no que tange aos elementos destacados. A metodologia da pesquisa consistiu em um levantamento bibliográfico, o qual incluiu um exame normativo e um estudo comparativo entre países distintos. Os resultados alcançados denotaram que o congelamento social de óvulos representa uma perspectiva de avanço reprodutivo para diversas mulheres, mas o alto custo do procedimento constitui uma barreira financeira para as interessadas em congelar os óvulos, além de haver escassa regulamentação legislativa sobre a matéria.

Palavras-chave: Congelamento social de óvulos. Técnicas de reprodução assistida. Tecnologias reprodutivas.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisa elaborada na Iniciação Científica (Bolsa PIBIC/CNPq), sob orientação do Professor Doutor Marcelo de Araujo.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the legal and socioeconomic consequences of the social egg freezing, which results from the voluntary choice of a woman who freezes her eggs for a future pregnancy, for personal or professional reasons. For this reason, the procedure by which egg freezing occurs and the cost of the procedure in Brazil were analyzed. Afterwards, the legal rules that regulate the social egg freezing were explored, as well as judicial decisions on the topic. A comparison between these elements and the reality of the States and England was also made. The research methodology consisted of a bibliographic survey, which included a normative examination and a comparative study between different countries. The results achieved showed that the social egg freezing represents a perspective of reproductive progress for several women, but its high cost is a financial barrier for those interested in egg freezing, in addition to the lack of legislation on the subject.

Keywords: Social egg freezing. Assisted reproduction technology. Reproductive technologies.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), possui como cerne o congelamento social de óvulos. Esta técnica de reprodução medicamente assistida ocorre quando uma mulher decide, voluntariamente, congelar os óvulos, por razões profissionais ou pessoais. O congelamento, nesse sentido, não ocorre por razões médicas – como o risco de infertilidade advindo de doenças cujo tratamento pode deixar a mulher infértil, a exemplo do câncer –, ainda que envolva o receio da diminuição da fertilidade com o passar dos anos. O perfil das mulheres que optam pelo congelamento social de óvulos é composto por aquelas que dedicaram grande parte do período fértil a atividades acadêmicas e profissionais, e cujo estado civil majoritário é constituído por solteiras. Assim, o congelamento social de óvulos beneficia diversas mulheres que decidem adiar a maternidade, seja por visarem uma maior imersão na carreira e nos estudos durante o período fértil, seja por não terem encontrado um parceiro, ou mesmo por não se sentirem preparadas para serem mães (INHORN, 2017).

O artigo será dividido em duas seções principais: uma destacará o procedimento médico ao qual as interessadas no congelamento social de óvulos devem se submeter, bem como o preço do procedimento no Brasil. A seção seguinte elencará fatores relacionados às normas e às decisões judiciais brasileiras que possuem relação com o procedimento. Assim, poderão ser delineados os aspectos jurídicos e socioeconômicos que circundam o congelamento social de óvulos. Também será realizada uma comparação entre a realidade brasileira e a experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra, no que concerne aos elementos destacados. Por isso, o método utilizado na pesquisa corresponde a uma análise bibliográfica, a qual também incorpora um exame normativo sobre o congelamento social de óvulos e um estudo comparativo entre a realidade dos países selecionados.

O enfoque do artigo de forma específica nos aspectos jurídicos e socioeconômicos ocorreu por duas razões: primeiramente, a pesquisa foi realizada no âmbito da ciência jurídica, razão pela qual é relevante desta-

car os aspectos normativos do congelamento de óvulos, dentro dos quais está englobada a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), principal norma acerca da temática presente no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda razão se dá devido ao fato de que o custo do social congelamento de óvulos é destacado como o principal fator de desmotivação quanto à opção pela prática, conforme será pormenorizado no capítulo subsequente. Nada obstante esta escolha particular sobre a delimitação teórica do artigo, inúmeros outros desdobramentos advêm da temática do congelamento social de óvulos, como as consequências éticas, familiares e populacionais.

Apesar de a pesquisa ter sido realizada no âmbito de uma Faculdade de Direito, a temática do congelamento social de óvulos é multidisciplinar, e envolve diversas áreas do saber. Alguns campos acadêmicos que podem ser citados são a Medicina, devido ao caráter intrinsecamente médico do procedimento, e a Filosofia, devido às implicações éticas advindas das possibilidades e limitações que congelar os óvulos proporciona. Além disso, a bibliografia utilizada foi composta por fontes de distintos países, o que foi possibilitado pelo amplo acesso à informação da rede mundial de computadores, e pelo caráter internacional atribuído ao procedimento do congelamento de óvulos, que é estudado e debatido em diversos países, ainda que o enfoque da pesquisa tenha envolvido apenas o Brasil, os Estados Unidos e a Inglaterra. Nesse sentido, a pesquisa representou um compilado de diversos saberes, pois o estudo de apenas uma perspectiva sobre o congelamento social de óvulos seria insuficiente para a realização de uma investigação abrangente.

2. O PROCEDIMENTO MÉDICO E O CUSTO DO CONGELAMENTO SOCIAL DE ÓVULOS

As mulheres que optam pelo congelamento social de óvulos devem passar por um complexo procedimento médico e clínico para que os óvulos sejam efetivamente congelados. Este procedimento compreende uma mudança de rotina e certos desconfortos físicos. Na fase inicial, há necessidade de comparecer a diversas consultas médicas, além de realizar inúmeros exames, para que seja averiguado se há alguma contraindicação

ao uso de hormônios, os quais são utilizados por cerca de dez dias, mediante injeções disponibilizadas pelas clínicas. A aplicação das injeções ocorre por parte das próprias pacientes, no abdômen ou nas nádegas. Essas injeções têm por objetivo a estimulação dos ovários, que possibilita a produção de um maior número de óvulos, os quais, posteriormente, são extraídos por um procedimento cirúrgico. Assim, um apontamento que pode ser feito ao procedimento reside no fato de que requer uma grande quantidade de tempo e de esforços corporais por parte das mulheres, o que faz com que uma parcela delas possa enxergar a possibilidade de congelar os óvulos como uma prática desmotivadora (INHORN, 2017).

Após a retirada dos óvulos do corpo da mulher, estes são congelados por uma técnica conhecida como vitrificação, que permite o congelamento em uma velocidade rápida o bastante para que nenhuma célula seja danificada, e que nenhum cristal de gelo seja formado. Na fase seguinte, os óvulos são congelados em uma temperatura consideravelmente baixa, e armazenados em tanques com vedação a vácuo, cujo interior contém nitrogênio líquido. Os tanques possuem um alto custo de manutenção, e devem ser inspecionados diariamente por funcionários que trabalham em regime de plantão. Esse armazenamento é considerado seguro, uma vez que poucos casos de vazamento foram registrados (MOLTENI, 2018).

O primeiro nascimento humano decorrente do congelamento de óvulos ocorreu em 2010, o que denota que o procedimento é recente. Para mais, foi considerado como experimental até 2012 pela *American Society for Reproductive Medicine (ASRM)*, ano em que a organização decidiu que já podiam ser encontrados dados e pesquisas suficientes para assegurar a segurança e a eficácia do procedimento. A *ASRM* afirmou, ainda, que o congelamento de óvulos significa uma importante forma de exercício da autonomia reprodutiva por parte das mulheres, embora seja uma prática nova. Antes de 2012, a organização considerava que não havia precisão no que tange ao conjunto informativo referente ao congelamento de óvulos, bem como à efetividade e ao risco a ele inerentes (MOLTENI, 2018). Isso revela que, devido à contemporaneidade do procedimento, e aos avanços da Medicina e da Biomedicina, os parâ-

metros e os resultados que envolvem o congelamento de óvulos podem sofrer alterações nos próximos anos.

A maior parte das mulheres que realiza o congelamento de óvulos por fins sociais possui graduação universitária, e exerce, por exemplo, cargos de empresárias, médicas, professoras universitárias, ou advogadas. Este grupo de mulheres, além de possuir ensino superior, apresenta uma média etária entre trinta e quarenta anos de idade, detém boa condição financeira, e é composto, geralmente, por mulheres caucasianas – inobstante o número de mulheres negras, latinas, e orientais que recorreram ao procedimento tenha aumentado nos últimos anos. A graduação universitária e a capacitação profissional fizeram com que tais mulheres dedicassem grande parte do período fértil a atividades de estudo e de trabalho, e desconsiderassem a maternidade. À vista disso, o congelamento social de óvulos é capaz de concretizar a promessa de que não é tarde para ser mãe, o que permite uma priorização da carreira nos anos de maior fertilidade, e propicia o adiamento voluntário da gestação (INHORN, 2017).

Um aspecto que tangencia o congelamento social de óvulos é a definição de infertilidade adotada pela Organização Mundial de Saúde: a infertilidade pode ser definida como a enfermidade do sistema reprodutivo que inviabiliza a gravidez, o que é constatado após doze meses de relações sexuais sem preservativos (ZEGERS-HOCHSCHILD et al., 2009). Apesar de ser a definição clínica, esta pode ser considerada restritiva, razão pela qual Marcelo de Araujo (2019) destaca o conceito de “infertilidade social”, que é utilizado na bibliografia contemporânea. Este conceito inclui, além das pessoas que são propriamente inférteis, aquelas que, no contexto do relacionamento que possuem, não conseguem ter filhos. Os relacionamentos homoafetivos, por isso, estão inseridos na definição de “infertilidade social”, pelo fato de que, independentemente de ambos os companheiros serem férteis, não poderão ter filhos biológicos sem o auxílio de tecnologias reprodutivas.

Outro aspecto a ser destacado sobre o procedimento do congelamento de óvulos é que existe uma faixa etária ideal para as mulheres congelarem os óvulos, que vai até os trinta e cinco anos de idade. Após essa idade, as taxas de fertilidade passam por uma diminuição abrupta, o que reduz as possibilidades de lograr êxito no procedimento. Nada impe-

de que uma mulher com quarenta anos ou mais congele os óvulos, mas as chances de alcançar uma gravidez bem-sucedida diminuem de forma considerável. A média etária das mulheres que optam por congelar os óvulos é trinta e oito anos de idade. Entretanto, foi verificado que, se conhecessem a possibilidade de adiar a maternidade anteriormente, teriam congelado os óvulos em idade mais jovem. Por isso, seria recomendável que houvesse conscientização pública – tal como campanhas informativas – para que o procedimento seja realizado antes de as taxas de fertilidade sofrerem uma queda (MERTES; PENNING, 2011).

Apesar dos inúmeros exames, consultas médicas, medicalização, e esforços físicos para que os óvulos sejam congelados, a gestação decorrente do congelamento de óvulos não é uma garantia, e sim mera tentativa. De fato, a técnica reprodutiva pode representar baixas taxas de sucesso, a depender das peculiaridades da tentativa. Conforme já explicitado, as chances de uma gravidez bem-sucedida são maiores em uma paciente mais jovem. Uma pesquisa realizada pela *British Human Fertilization and Embryology Authority* denotou que apenas cerca de 14% dos procedimentos que utilizam óvulos congelados proporciona uma gravidez saudável (BHATIA; CAMPO-ELGELSTEIN, 2018). Entretanto, para que as mulheres realizem o congelamento de óvulos, é necessário que haja uma exposição detalhada dos riscos e potenciais insucessos aos quais estará submetida. A isto se dá o nome de consentimento informado.

O consentimento informado é direito do paciente, e dever do médico que o acompanha. O profissional de saúde possui a obrigação de informar o paciente acerca do tratamento a ser realizado, as alternativas oferecidas, os riscos – neles incluído o risco de morte ou de lesões corporais graves –, possíveis complicações, os resultados esperados, previsões sobre a recuperação, além de outros dados adicionais. Por isso, a escolha do paciente, para ser consciente e plena, necessariamente requer todas as informações pertinentes sobre a técnica à qual pretende se submeter (CHAVES; DANTAS, 2017). Dessa forma, a paciente que deseja congelar os óvulos deve estar ciente de que o procedimento não é infalível e não necessariamente resultará em uma gravidez bem-sucedida, e mesmo assim consentir, de forma informada, em recorrer ao congelamento.

Além disso, deve assinar um formulário específico que comprove a ciência de todos os dados relevantes para o procedimento.

O congelamento social de óvulos no Brasil, em regra, não é oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e nem coberto por planos e seguros privados de saúde. O preço é caro, o que faz com que apenas as optantes que possuam recursos financeiros possam congelar os óvulos, o que representa uma barreira econômica que separa as mulheres que não possuem alto poder aquisitivo da perspectiva de aderir ao procedimento. O preço, no país, é variável, e pode oscilar entre quinze mil reais e trinta mil reais para a integralidade do procedimento, que inclui os exames, as consultas médicas, a estimulação ovariana, a coleta, e o congelamento. Além disso, depois que os óvulos forem congelados e armazenados, é necessário que haja o pagamento de um valor anual para a manutenção dos óvulos congelados nas clínicas, fixado em torno de mil reais anuais (FADDUL, 2020).

O preço do procedimento, indubitavelmente, afasta a maioria das interessadas no procedimento, haja vista que grande parte da população brasileira utiliza unicamente os serviços do SUS, sem quaisquer complementações de saúde privada (PAIM, 2015). Na rede pública de saúde, há algumas opções de congelamento de óvulos, mas restritas ao aspecto médico do congelamento de óvulos. O Hospital Pérola Byington, localizado em São Paulo, por exemplo, possibilita o congelamento de óvulos para pacientes oncológicas, desde que atendidas as seguintes condições: o câncer não pode estar em estágio avançado, e a paciente deve ter até trinta e cinco anos de idade no momento da prática. Caso as condições sejam observadas, não há custo para o congelamento, e nem fila de espera (CONTE, 2019). Dessa forma, o congelamento social de óvulos, até o presente momento, não é contemplado no SUS.

Pesquisadores da cidade de Ribeirão Preto realizaram uma consulta entre as mulheres brasileiras em idade reprodutiva, e que não tivessem filhos, para questionar se congelariam os óvulos como forma de adiar a gravidez. O resultado mostrou que grande parte das consultadas – na porcentagem de 85.4% – consideraria a perspectiva do congelamento de óvulos para aumentar as chances de engravidar em uma idade mais tardia. A consulta foi realizada por meios eletrônicos, tanto por redes

sociais, quanto por listas de endereços eletrônicos, nas quais havia um convite para preencher a enquete virtual. O fator menos atrativo do congelamento de óvulos, para as participantes, foi o alto custo do procedimento. Assim, caso o preço venha a se tornar mais acessível futuramente, as mulheres terão a oportunidade concreta de realizar decisões sobre a própria fertilidade (FRANCO JR. et al., 2017).

À semelhança do custo do congelamento social de óvulos no Brasil, o preço do procedimento nos Estados Unidos é alto, visto que apenas é oferecido por clínicas privadas, sem a possibilidade de recorrer a planos ou seguros de saúde. A indústria que realiza os procedimentos relativos à reprodução medicamente assistida – a qual abrange o congelamento de óvulos –, nos Estados Unidos, é considerada a mais cara do mundo (INHORN, 2017). O objetivo primordial do procedimento, no país, é o lucro, e apenas as mulheres que podem arcar com o elevado custo da prática têm a possibilidade de congelar os óvulos. Apesar da barreira financeira, pode ser destacado que a procura pelo congelamento de óvulos, em terras norte-americanas, aumentou consideravelmente nos últimos tempos, assim como nos demais países do globo (BHATIA; CAMPO-ELGELSTEIN, 2018).

Dessa forma, a nomeada indústria do congelamento de óvulos é altamente lucrativa. No que diz respeito ao congelamento social de óvulos, as mulheres em idade fértil são o alvo principal das clínicas que realizam o procedimento. Além disso, nos Estados Unidos, empresas como Facebook e Apple permitem que as funcionárias congelem os óvulos, além de arcarem com todos os custos de congelamento e de conservação (GRUBEN, 2017). Essa possibilidade é relevante para que as mulheres que trabalham nas empresas citadas tenham escolhas quanto ao tempo ideal para exercerem a maternidade, se assim desejarem. Por outro lado, também corresponde aos interesses lucrativos das próprias companhias, já que as funcionárias em idade fértil podem adiar a maternidade e, assim, dedicar o período ao trabalho.

Já na Inglaterra, o custo varia entre duas mil e oitocentas libras e três mil e oitocentas libras – na conversão para reais, seria equivalente ao preço cobrado pelas clínicas brasileiras, pois revela uma média entre vinte mil reais e trinta mil reais. No entanto, cada clínica oferece particu-

laridades distintas: enquanto algumas incluem, por exemplo, o valor dos exames de sangue e da sedação, outras abarcam apenas o procedimento de retirada dos óvulos e o congelamento, caso em que as demais práticas devem ser pagas isoladamente. Foi constatado que há uma dificuldade em identificar, nos sítios eletrônicos das clínicas inglesas, quais procedimentos estão inclusos no preço, razão pela qual é necessário entrar em contato por telefone ou por correio eletrônico para sanar eventuais dúvidas. Após o contato com as clínicas, para obter esclarecimentos sobre o preço, este pode ser elevado para mais de quatro mil libras em determinadas clínicas, considerado o valor integral, que inclui todas as consultas, exames, e procedimentos. As clínicas cujo custo do congelamento de óvulos é o mais elevado do país, em regra, estão localizadas na cidade de Londres (GÜRTIN; TIEMANN, 2021).

Gürtin e Tiemann (2021) teceram críticas às clínicas que realizam o congelamento de óvulos na Inglaterra, e destacaram a insuficiência das informações contidas nos respectivos sítios eletrônicos, cujas omissões deixam margens para dúvidas. Além disso, algumas clínicas inglesas divulgam dados imprecisos sobre o congelamento de óvulos, sem nenhuma fonte confiável, o que pode gerar expectativas irreais nas mulheres, e revela uma falta de responsabilidade com as potenciais pacientes. As clínicas visam, antes de tudo, o lucro e a publicidade que permite a atração de novas pacientes, porque o congelamento de óvulos é realizado unicamente no setor privado na Inglaterra, o que ocasiona uma lógica de comércio. Por isso, seria preciso que as clínicas reformulassem suas estratégias, de forma a transmitir maior clareza e transparência nas informações divulgadas, bem como dados mais confiáveis.

Em suma, foi delineado que a prática do congelamento social de óvulos, procedimento bastante recente, é complexo, e envolve consultas médicas, exames, e injeções diárias. Além disso, o sucesso não é inerente ao procedimento, pois nem sempre resultará em uma gravidez saudável, o que deve ser de pleno conhecimento da paciente que pretende congelar os óvulos, mediante o consentimento informado. No Brasil, nos Estados Unidos e na Inglaterra, o congelamento social de óvulos não é oferecido pelo sistema público de saúde, e nem disponibilizado por planos e seguros de saúde, o que faz com que o procedimento seja inteiramente pago,

e apresente um custo elevado. Isso denota uma barreira econômica que impede que grande parte das mulheres congelem os óvulos, especialmente no Brasil, em que a parcela considerável população utiliza exclusivamente os serviços do SUS.

3. A LEGISLAÇÃO E AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O CONGELAMENTO DE ÓVULOS

A legislação brasileira que versa sobre o congelamento de óvulos – assim como outras formas de reprodução assistida, a exemplo da inseminação artificial – é inexistente. Por isso, a prática é regulamentada pela Resolução de número 2.168/2017 do CFM. Essa resolução é atualizada, em média, a cada dois anos, e a última foi publicada em 2017. Por ser provinda de uma autarquia, a norma não possui força de lei, e se destina aos médicos e aos demais profissionais de saúde. Ademais, no caso de eventual processo judicial que envolva o congelamento de óvulos, a norma não vincula o juiz e as partes envolvidas no litígio, mas nada impede que seja invocada como fundamentação (CHAVES; DANTAS, 2017). Assim, a ausência de uma lei específica sobre a matéria pode incorrer em insegurança jurídica, tanto para os médicos, quanto para as pacientes, por falta de parâmetros e limites associados com a prática.

Apesar de não possuir força vinculante, a Resolução nº 2.168/2017 do CFM trouxe inúmeros avanços para as mulheres que desejam congelar os óvulos. A resolução abrange tanto o congelamento de óvulos por fins médicos, quanto para fins sociais, visto que possibilita a prática para pacientes que sofram com doenças que podem ocasionar a infertilidade, assim como para aquelas que visam uma preservação social da fertilidade, conforme pode ser visto no inciso I.2. do documento, que assim preceitua: “As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). O preâmbulo da norma dispõe que há uma tendência contemporânea de adiamento da maternidade, associada com a diminuição da fertilidade causada pelo envelhecimento, e a possibilidade de utilizar conhecimentos científicos para solucionar questões reprodutivas.

A Resolução nº 2.168/2017 do CFM apresenta, na seção “I – Princípios Gerais”, que a faixa etária máxima que a interessada nas técnicas de reprodução assistida pode possuir no momento do procedimento é de cinquenta anos, mas esse prazo pode ser ampliado, desde que haja fundamentação médica. Além disso, são estritamente proibidas a fecundação das células germinativas para finalidades diversas da reprodução humana, o uso de procedimentos que objetivem reduzir os embriões, no caso de gravidez múltipla, e a utilização das técnicas de reprodução assistida com o fito de escolher o sexo ou outra característica biológica do futuro descendente. A primeira seção da resolução também traz a quantidade máxima de embriões que podem ser transferidos para o corpo da mulher da mulher: quanto maior a idade, mais embriões podem ser transmitidos – até o limite de quatro, situação em que a mulher possua quarenta anos ou mais. Em todos os casos, é obrigatório o consentimento informado da paciente, explicado no capítulo anterior. Esse consentimento, segundo a resolução, deve ser livre e esclarecido, precisa abranger a integralidade dos elementos da técnica reprodutiva, e se propõe a atingir informações de cunho biológico, jurídico e ético. Por fim, o consentimento informado deve ser reduzido a termo, após discussões bilaterais entre os envolvidos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Outro aspecto concernente à Resolução nº 2.168/2017 do CFM é que é uma norma inclusiva com relação aos casais homoafetivos e às pessoas solteiras. Na seção “II – Pacientes das técnicas de RA”, são asseguradas as técnicas de reprodução assistida a todas as pessoas capazes, desde que não haja contraindicação médica. Dessa forma, pessoas que estejam em casais homoafetivos e pessoas solteiras podem recorrer à reprodução assistida, caso desejem. Essa possibilidade abrange inúmeros modelos familiares, independentemente de estado civil ou orientação sexual. Inclusive, quanto aos pares homoafetivos femininos, a resolução prevê, no inciso II.3., um instituto denominado como gestação compartilhada, em que o embrião de uma mulher, após a fecundação, é transferido para o útero de sua parceira. Pela gestação compartilhada, as duas mulheres envolvidas na técnica reprodutiva têm papel na concepção: uma fornece a célula reprodutiva, e a outra é responsável pela gestação do futuro filho (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

A Constituição Federal nada dispõe sobre as formas de reprodução assistida, nelas inclusa o congelamento de óvulos, visto que, no capítulo que versa sobre a saúde – mais especificamente no § 4º do artigo 199 –, aponta que a lei deve dispor sobre a remoção de órgãos, tecidos e substâncias com a finalidade de haver transplante, pesquisa e tratamento, mas não dá maior pormenorização. Ademais, a Lei nº 11.105/2005, nomeada como Lei de Biossegurança, apenas regulamenta o uso de células-tronco embrionárias advindas de técnicas de reprodução de assistida, mas não as tecnologias reprodutivas em si. Para exemplificar, o artigo 5º, inciso II, *caput*, da aludida lei, autoriza o descarte de embriões congelados há três anos ou mais, ainda que estejam viáveis, para fins de pesquisa (CHAVES; DANTAS, 2017).

Os tribunais brasileiros já julgaram inúmeros litígios que versam sobre o congelamento de óvulos. Um exemplo relevante é o Recurso Especial de número 1.815.796/RJ, julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 26 de maio de 2020, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Nesse julgado, um plano de saúde foi condenado a arcar com o custo integral do congelamento de óvulos de uma paciente oncológica, até o fim do tratamento quimioterápico contra o câncer de mama a que teve que se submeter. O plano de saúde havia se recusado a arcar com o preço do congelamento, sob o argumento de que o procedimento não seria de cobertura obrigatória, conforme os ditames da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na Resolução Normativa de número 387/2016. Entretanto, o acórdão determinou que o plano cobrisse o congelamento de óvulos, por representar uma forma de prevenção da infertilidade da paciente, o que estaria incluso no artigo 35-F da Lei 9.656/1998, que versa sobre os planos e seguros de saúde, e prevê medidas de prevenção de doenças (BRASIL, 2020). O caso em questão propiciou a cobertura integral do congelamento de óvulos por fins médicos, o que não alcança o congelamento de óvulos por fins sociais.

Sob outra perspectiva, no ano anterior, em 04 de setembro de 2019, houve o julgamento do Agravo em Recurso Especial de número 1.545.747/MS no STJ, de relatoria do ministro Moura Ribeiro, cuja decisão foi diametralmente oposta à enunciada acima. O ministro relator preferiu decisão de modo harmônico com a jurisprudência do STJ, existente

até o momento do julgado, ao destacar a impossibilidade da cobertura de todo e qualquer procedimento que garanta o planejamento familiar, pois, caso houvesse essa obrigação, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ficaria comprometido, e haveria prejuízo para os planos de saúde e para os demais componentes do sistema privado de saúde como um todo (BRASIL, 2019). Nesse sentido, apesar de não ter relação com o congelamento social de óvulos, o acórdão do Recurso Especial 1.815.796/RJ representa uma importante mudança de orientação jurisprudencial, por ter sido um precedente inédito nos tribunais superiores quanto ao custeio integral do procedimento do congelamento de óvulos por parte de planos de saúde.

Na Inglaterra, há uma norma específica que regulamenta o congelamento de óvulos, o *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. O prazo máximo em que os embriões e gametas podem ficar congelados é de dez anos. Há críticas a essa norma, pois é considerada muito restritiva para a vida das mulheres, especialmente pois pode ensejar que os óvulos congelados sejam descartados enquanto ainda estejam em idade fértil. Por exemplo, se uma mulher congelar os óvulos aos vinte anos de idade, só terá até os trinta anos para utilizá-los, considerado o prazo de dez anos para o congelamento. A norma anterior, que havia sido editada em 1990, permitia que o prazo fosse ampliado caso os óvulos congelados fossem de uso próprio da mulher, cuja fertilidade tivesse sofrido reduções comprovadas mediante documentos médicos, e desde que tivesse até quarenta e cinco anos de idade na data do procedimento. Entretanto, a norma atual não permite essa extensão, razão pela qual é considerada um retrocesso para as mulheres que consideram o congelamento social de óvulos (JACKSON, 2016).

Devido ao prazo máximo de dez anos para o congelamento de óvulos na Inglaterra, no ano de 2019, uma paciente inglesa foi a primeira litigante em tribunais britânicos a discutir o direito de deixar os óvulos congelados por tempo acima do estabelecido em lei. A paciente, que possuía cinquenta e um anos de idade, congelou os óvulos em 2009, e, portanto, foram transcorridos os dez anos permitidos na legislação inglesa para o congelamento de óvulos, o que, segundo a lei, acarreta o descarte dos óvulos contra sua vontade. A paciente ingressou com a ação por

acreditar que o limite de tempo disposto em lei é arbitrário, além de não se basear em evidências científicas. Ao que a defesa técnica da paciente aduziu, o prazo máximo de congelamento estabelecido na Inglaterra é incompatível com os direitos humanos, além de violar o direito à família e à intimidade. Além de ter entrado com um processo judicial, a paciente inglesa propôs uma campanha na sociedade para estender o prazo em que os óvulos podem ficar congelados em terras inglesas (DEVLIN, 2019).

De forma similar à realidade brasileira, os Estados Unidos não possuem uma lei específica que regulamente o congelamento de óvulos, o que denota que há, no presente momento, uma carência legislativa quanto ao tema (BHATIA; CAMPO-ELGELSTEIN, 2018). Por isso, há críticas quanto à ausência de lei, visto que a regulamentação insuficiente impede a proteção e a consecução de direitos por parte das mulheres, além de também afetar os médicos que realizam o procedimento. Tanto os médicos quanto as pacientes possuem dúvidas e ressalvas quanto ao congelamento de óvulos, o que é inadequado, ao considerar que a técnica é capaz de afetar inúmeras estruturas familiares. Os profissionais de saúde, muitas vezes, não possuem paradigmas procedimentais ou informativos sobre como agir com uma paciente específica. Por isso, a edição de uma lei com a finalidade de regulamentar o congelamento de óvulos seria de utilidade das pacientes e dos médicos (GRUBEN, 2017).

Devido ao fato de os Estados Unidos não possuírem uma legislação própria quanto ao congelamento de óvulos, os casos concretos são, na maioria, decididos nos tribunais. O país, assim como a Inglaterra, adota o sistema do direito comum (*common law*), em que os precedentes judiciais e o direito não escrito possuem uma relevante importância. O Brasil, por outro lado, está inserido na tradição do direito legislado (*statute law*), que prioriza as leis positivadas, que seguiram o devido processo legislativo. Para os países do *common law*, as decisões judiciais não são hierarquicamente inferiores às leis, e sim com elas convivem de forma harmônica – no entanto, caso haja conflito entre o direito escrito e o não escrito, o escrito prevalecerá (DI PIETRO, 2017). Nesse sentido, as decisões judiciais sobre o congelamento de óvulos nos Estados Unidos e na Inglaterra constituem uma importância fonte jurídica para os países.

Nos Estados Unidos, um caso judicial que envolveu o congelamento de óvulos foi julgado pela Suprema Corte do Arizona. Ruby Torres, litigante norte-americana, decidiu congelar os óvulos no ano de 2014, ano em que foi diagnosticada com câncer de mama. Na época, pediu para que seu namorado doasse sêmen, para que fosse realizada a fertilização e, assim, os embriões fossem congelados. Após o aceite do namorado, o casal assinou um documento, na clínica de reprodução assistida, de modo a atestar que os embriões não poderiam ser utilizados sem o consentimento expresso de ambas as partes. No entanto, após a separação do casal, Torres decidiu utilizar os embriões para possibilitar a gravidez, e, para tanto, ingressou com uma demanda judicial, cuja decisão final foi proferida pela Suprema Corte do Arizona. O tribunal deliberou que os embriões não poderiam ser usados sem o consentimento do ex-parceiro, o que frustrou a pretensão de Torres (POLLETTA, 2020).

De maneira sintética, o Brasil não possui lei específica que regulamente o congelamento social de óvulos, apenas a Resolução nº 2.168/2017 do CFM, o que denota uma insegurança jurídica para as pacientes e para os médicos. Foi destacada uma jurisprudência do STJ, o Recurso Especial nº 1.815.796/RJ, cujo acórdão foi publicado no ano de 2020, em que um plano de saúde foi condenado a arcar com o custo integral do congelamento de óvulos, mas apenas para a paciente que sofria com uma enfermidade que pudesse ocasionar a infertilidade, qual seja, o câncer, o que não acolhe o congelamento de óvulos por fins sociais. Nos Estados Unidos, de maneira semelhante ao panorama brasileiro, não há lei específica que regulamente o congelamento de óvulos, ao contrário da Inglaterra, onde existe uma norma, mas é considerada restritiva. Na realidade anglo-americana, é muito comum que as disputas que envolvam o congelamento de óvulos sejam solucionadas nos tribunais, o que faz com que as decisões proferidas se tornem fontes jurídicas expressivas, já que o sistema jurídico dos países é o do direito comum.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o congelamento social de óvulos representa a escolha voluntária de uma mulher de congelar os óvulos, por razões de cunho profissional ou interpessoal, independentemente de ter sido acometida por infertilidade, ou por doença que possa deixá-la infértil. Nesse sentido, o congelamento de óvulos por fins sociais pode ter por motivação a priorização dos estudos e do trabalho durante o período fértil, a ausência de parceiro com o qual seja possível constituir família, ou a ausência de preparo psicológico para a maternidade. O procedimento médico necessário para congelar os óvulos é complexo, e pressupõe alterações corporais e de rotina. Além disso, o congelamento não necessariamente resultará em uma gravidez bem-sucedida. Por essa razão, é necessário que a paciente seja suficientemente informada acerca dos riscos e das eventuais complicações, bem como das demais particularidades da técnica reprodutiva, em decorrência do dever médico e direito da paciente a que se dá o nome de consentimento informado.

O custo de congelar os óvulos no Brasil não é módico, e simboliza uma barreira econômica que impede parcela considerável das mulheres de considerarem o procedimento, que, em geral, não é oferecido na rede pública, e nem mesmo por planos ou seguros privados de saúde. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a perspectiva de preço é semelhante à realidade brasileira, visto que apenas as mulheres que possuem recursos financeiros abundantes têm viabilidade de terem os óvulos congelados. Além disso, o preço do congelamento nos Estados Unidos é considerado o mais caro do mundo. As opções de congelamento por parte do SUS, ou oferecidas por planos de saúde – após determinação judicial –, são restritas às pacientes que possuam alguma doença capaz de causar infertilidade, e, assim, não abrangem o congelamento social de óvulos.

Quanto à regulamentação jurídica, o Brasil não possui uma legislação específica que verse sobre o congelamento de óvulos, apenas a Resolução nº 2.168/2017 do CFM. Esta resolução não possui força de lei, mas representa um importante papel para o congelamento social de óvulos, ao mencionar não apenas a conservação oncológica, mas também a preservação social da fertilidade, e preceituar que as ferramentas tecno-

lógicas servem como alicerce para a solução de problemas reprodutivos. A resolução prevê, ainda, que as tecnologias para a reprodução assistida podem ser utilizadas por quaisquer pessoas capazes, o que inclui casais homoafetivos e pessoas solteiras. Entretanto, a ausência de lei denota uma insegurança jurídica, tanto para as pacientes, quanto para os profissionais de saúde. Os Estados Unidos também carecem de uma legislação específica sobre a temática, e a Inglaterra possui uma norma específica, que é considerada muito restritiva, porque somente permite que os óvulos permaneçam congelados pelo prazo de dez anos.

O que se pode concluir da vasta temática do congelamento social de óvulos é que o procedimento é bastante recente, dado que pode significar uma mudança de paradigmas nas próximas décadas, devido a avanços científicos e tecnológicos. Apesar de o congelamento social de óvulos representar uma relevante possibilidade de escolha reprodutiva para as mulheres que desejam adiar a maternidade, o alto custo do procedimento e a escassa regulamentação jurídica caracterizam uma barreira que impede diversas mulheres de congelarem os óvulos. Para que a prática seja, de fato, disseminada na sociedade, de modo a abranger, futuramente, um grupo mais amplo de mulheres, seriam necessárias diversas mudanças de cunho sociojurídico e político, que envolveriam a edição de uma legislação pertinente, e a ampliação da oferta do procedimento nas redes pública e privada de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, M. de. **Novas tecnologias e dilemas morais**. São Paulo: KDP, 2019.

BHATIA, R.; CAMPO-ELGELSTEIN, L. The Biomedicalization of Social Egg Freezing: A Comparative Analysis of European and American Professional Ethics Opinions and US News and Popular Media. **Science, Technology & Human Values**, v. 43, n. 5, p. 864-887, set. 2018. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0162243918754322>>. Acesso em: 17 fev. 2021. DOI: <<https://doi.org/10.1177%2F0162243918754322>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Nº 1.815.796 – RJ. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: Simone Fabris Brito. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 mai. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 08 jun. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.815.796/RJ. Agravante: Anna Paula Rocha da Rosa. Agravado: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 06 set. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 set. 2019. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

CHAVES, M.; DANTAS, E. **Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 CFM. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U.

de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CONTE, J. Hospital de SP tem programa gratuito de congelamento de óvulos para pacientes com câncer. **Instituto Vencer o Câncer**, São Paulo, 21 jun. 2019. Disponível em: <<https://vencerocancer.org.br/dia-a-dia-do-paciente/efeitos-colaterais/hospital-de-sp-tem-programa-gratuito-de-congelamento-de-ovulos-para-pacientes-com-cancer/>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

DEVLIN, H. Woman in first legal challenge against UK's 10-year limit on egg-freezing. **The Guardian**, Londres, Inglaterra, 15 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2019/mar/15/legal-challenge-uk-10-year-limit-egg-freezing>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FADDUL, J. Congelamento de óvulos: entenda o que é, quem pode fazer e quanto custa. **CNN Brasil Business**, 12 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/12/12/congelamento-de-ovulos-entenda-o-que-e-e-o-quanto-pode-te-custar>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

FRANCO JR., J. G. et al. Social oocyte cryopreservation: a portrayal of Brazilian women. **JBRA Assisted Reproduction**, v. 21, n. 2, p. 101-104, jun. 2017. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28609276>>. Acesso em: 24 fev. 2021. DOI: <10.5935/1518-0557.20170024>.

GRUBEN, V. Freezing as Freedom? A Regulatory Approach to Elective Egg Freezing and Women's Reproductive Autonomy. **Alberta Law Review**, v. 54, n. 3, p. 753-774, mai. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319330275_Freezing_as_Freedom_A_Regulatory_Approach_to_Elective_Egg_Freezing_and_Women's_Reproductive_Autonomy>. Acesso em: 19 fev. 2021. DOI: <10.29173/alr773>.

GÜRTIN, Z.; TIEMANN, E. The marketing of elective egg freezing: A content, cost and quality analysis of UK fertility clinic websites. **Reproductive Biomedicine & Society Online**, v. 12, p. 56-68, mar. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/347626924_The_marketing_of_elective_egg_freezing_A_content_cost_and_quality_analysis_of_UK_fertility_clinic_websites>. Acesso em: 23 fev. 2021. DOI: <10.1016/j.rbms.2020.10.004>.

INHORN, M. C. The Egg Freezing Revolution? Gender, Technology, and Fertility Preservation in the Twenty-First Century. **Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences: An Interdisciplinary, Searchable, and Linkable Resource**, v. 15, p. 1-14. nov. 2017. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781118900772.etrds0428>>. Acesso em: 16 fev. 2021. DOI: <<https://doi.org/10.1002/9781118900772.etrds0428>>.

JACKSON, E. Social egg freezing and the UK's statutory storage time limits. **Journal of Medical Ethics**, v. 42, n. 11, p. 738-741, ago. 2016. Disponível online em: <http://eprints.lse.ac.uk/67405/1/Social%20egg%20freezing_2016.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021. DOI: <<http://doi.org/10.1136/medethics-2016-103704>>.

MERTES, H.; PENNINGGS, G. Social egg freezing: for better, not for worse. **Reproductive Bio Medicine Online**, v. 23, n. 7, p. 824-9, dez. 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/51735335_Social_egg_freezing_For_better_not_for_worse>. Acesso em: 17 fev. 2021. DOI: <10.1016/j.rbmo.2011.09.010>.

MOLTENI, M. What keeps egg-freezing operations from failing? **Wired**, Califórnia, Estados Unidos, 03 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/what-keeps-egg-freezing-operations-from-failing/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

PAIM, J. S. **O que é o SUS?** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. Disponível em: <<http://www.livrosinterativoseditora.fiocruz.br/sus/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

POLLETTA, M. Woman can't use fertilized embryos without ex-husband's consent, Arizona Supreme Court rules. **The Arizona Republic**, Arizona, Estados Unidos, 23 jan. 2020. Disponível em: < <https://www.azcentral.com/story/news/politics/arizona/2020/01/23/arizona-supreme-court-rules-fertilized-embryos-cant-used-without-consent-ru-by-torres/4550852002/>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. 'International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary of ART Terminology'. **Fertility and Sterility**, v. 92, n. 5, p. 1520–24, 2009. Disponível em: <<https://fertility.com.br/wp-content/uploads/2017/02/reuniao-fevereiro-17-assumpto.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2021. DOI: <<https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2009.09.009>>.

O presente trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

A IDEIA DE LIBERDADE NA OBRA LITERÁRIA “O CONTO DA AIA” E SEUS DESVIOS ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

THE IDEA OF FREEDOM IN THE LITERARY WORK “THE
HANDMAID’S TALE” AND ITS DEVIATIONS ABOUT
CONSTITUTIONAL LAW

Diêgo de Medeiros Santos¹
Ubirathan Rogerio Soares²

Data de Submissão: 26/12/2020

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O propósito deste artigo é apresentar um estudo de uma sociedade distópica que não possui a divisão essencial do direito proposto pela teoria Tridimensional do Direito no livro *Lições Preliminares de Direito*. O livro aponta que para a resolução de uma causa jurídica e social deve haver a atuação do *Formalismo Normativista*, *Sociologismo Jurídico* e *Moralismo Jurídico*. Na sociedade exposta na obra literária, *O Conto da Aia*, a escritora, Margaret Atwood, manifesta um estado teocrático, no qual as decisões são corrompidas pela heterogeneidade do julgamento, ou seja, conclusões deterministas geradas com base nas escrituras divinas sendo o documento que rege o estado. A analogia busca apresentar quais são as condições constitucionais do direito e qual o comportamento humano sem o acesso aos direitos básicos, como também a quebra do *tridimensionalismo* jurídico e seus impactos nas relações político-sociais.

Palavras-chave: Liberdade humana. Constitucionalismo. Totalitarismo. Distopia.

1 Bacharelado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). diegodemedeirosantos@gmail.com

2 Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica/RS (PUCRS), Rio Grande do Sul - Brasil; Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Coimbra - Portugal; pesquisador da área de sistemas punitivos, sistema carcerário e História das Penas. ursoares1@hotmail.com

Abstract: The purpose of this article is to present a study of a dystopian society that lacks the essential division of law proposed by the Three-dimensional Law theory in the book *Preliminary Lessons of Law*. The book points out that for the resolution of a legal and social cause, there must be the performance of *Normative Formalism*, *Legal Sociologism* and *Legal Moralism*. In the society exposed in the literary work, *The Handmaid's Tale*, the writer, Margaret Atwood, manifests a theocratic state, where decisions are corrupted by the heterogeneity of the judgment, that is, deterministic conclusions generated based on the divine scriptures, being the governing document the state. The analogy seeks to present what are the constitutional conditions of law and what human behavior without access to basic rights and the breakdown of *legal three-dimensionalism* and its impacts on political-social relations.

Keywords: Human freedom. Constitutionalism. Totalitarianism. Dystopia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Margaret Atwood retrata em seu livro *O Conto da Aia* uma sociedade caótica, privada de seus direitos em vista da instauração de um estado teocrático e totalitário em *Gilead*. O sistema é fixado em meio a grandes guerras radioativas fazendo com que os Direitos Humanos sejam esquecidos em vista de um problema maior, as condições de vida populacional, esta, em estado precário. Prontamente, a concretização do sistema traz malefícios, o principal é a instauração das sagradas escrituras como a Carta Magna da sociedade, na qual tais textos passam a sofrer interpretações equivocadas e seguidas, exatamente, como ditado nos dogmas. A história é narrada por meio da personagem *Offred*, submissa a ações desvirtuadas dos direitos humanos promovidas pelo estado, designada a servir de ‘templo’, ou seja, para gerar filhos para as famílias abastadas sendo sua casta social denominada de Aia. A personagem induz à conclusão que o estado é observador e ameaçador em casos de fuga aos dogmas sagrados. Segundo a descrição de *Offred*,

Acima de nós, eu sei, existem holofotes, presos aos postes telefônicos, para serem usados em emergências, e há homens com metralhadoras nos abrigos de cimento armado do alto de dois pilares dos dois lados da estrada (ATWOOD, 1985, p.30).

Diante do exposto, o estudo trará a análise do sistema constitucional e a tridimensionalidade do direito, os quais foram omissos dentro dessa sociedade, além de mostrar o impacto degradante nas relações humanas diante da exclusão das referenciadas bases teóricas de uma sociedade democrática e justa aos direitos humanos. A distopia apresenta a abdicação de direitos por parte do indivíduo para uma vivência em grupo levando à conclusão de que o direito natural é a liberdade, em que o indivíduo deve abdicar desse direito para a vivência em sociedade, a partir da perspectiva do direito civil que pondera as atitudes humanas sendo este processo o Contrato Social. O filósofo Jean-Jacques Rousseau, contratualista suíço, aponta que “As palavras, escravidão e direito, são contraditórias e mutuamente se excluem.” (O Contrato Social, 1762, p.30). Partindo

desse princípio, a distopia em questão anula o direito de sua sociedade deficitando todas as estruturas básicas para o manutenção não só do equilíbrio das relações coletivistas, mas também do indivíduo isolado o qual tentará manter sua dignidade humana diante de tantos obstáculos, econômicos, educacionais, de saúde e segurança. Mesmo com a luta individualizada por sua dignidade um indivíduo apenas não consegue patentear uma ação social, visto que é necessário o conjunto em consenso na busca da quebra do sistema totalitário, o que desfavorece a população, separada em castas sociais incomunicáveis entre si. Dessa forma, segundo Émile Durkheim, sociólogo francês que descreve o processo social como coletivista, as partes não formam o todo, mas sim o todo que cria as partes; logo, afirma que “uma crença ou uma prática social é suscetível de existir independente do modo como se exprime individualmente.” (O Suicídio, 1983, p.36). Em consonância, na modernidade ELIAS reafirma a coletividade nas ações em uma sociedade

Uma vez que esses grupos só conseguem conceber regularidades como sendo as regularidades das substâncias ou de forças substanciais, eles inconscientemente atribuem às regularidades que observam nas relações humanas uma substância própria que transcende os indivíduos. Fundamentando-se nessas regularidades sociais específicas, só conseguem conceber a sociedade como algo supra-individual. Inventam, como meio de sustentação dessas regularidades, uma “mentalidade coletiva” ou um “organismo coletivo”, ou ainda, conforme o caso, “forças” mentais e materiais supra-individuais, por analogia com as forças e substâncias naturais (ELIAS, 1987, p. 21).

Portanto, a natureza do indivíduo passará a sobressair em relação ao indivíduo socializado com suporte dos direitos básicos humanos, logo, o que resta ao ser posto a essas condições desumanizadoras é a entrega do moralismo e poder individual para o estado em que atuará como o único coerente e ditador das ações. No que diz respeito à doação do poder individual de cada cidadão, o estado totalitário realiza tal evento para que haja maior patenteamento do sistema e manipulação populacional. Este poder contido no indivíduo é denominado *virtù*, que significa o po-

der do homem de efetuar mudanças e controlar eventos (MAQUIAVEL, 1532). Em contrapartida, há o entendimento que a *virtù* seja a capacidade governamental de controlar os eventos e ações dentro de uma sociedade passiva a regimes absolutistas, sendo assim uma sistemática ideológica de controle grupal. Dentro deste parâmetro, ARNALT e BERNARDO relatam que

Maquiavel utilizou o conceito de *virtù* para se referir a todo o conjunto de qualidades e possibilidades, sejam elas quais forem, cuja aquisição o príncipe possa achar necessária a fim de ‘manter seu estado’ e realizar grandes feitos. O motivo central do humanismo renascentista, talvez seja de que a *virtù* servia para vencer o poder da fortuna no controle dos negócios (ARNALT e BERNARDO, 2002, p. 97).

Em vista da conjuntura, é notório o conflito acerca do entendimento do que viria a ser o conceito do termo *virtù*. Posto isso, a ótica da obra de Atwood retrata os dois segmentos descritos acima, sendo o *virtù* um poder de modificação de eventos não só dos indivíduos, mas também do Estado como um todo concretizando o ideal de que há uma doação de poder partindo da população para seus governantes. Dentro da distopia este poder não é cedido voluntariamente, mas sim roubado, seja por meio de torturas, seja pela pressão social. Portanto, o termo *virtù* é mutável diante das condições onde imerso atuando individualmente, como também em meio coletivo; intima-se, então, que mesmo com o intuito da escrita de Maquiavel ser visionária da atuação dominante do Príncipe o termo aplica-se também à população no geral apresentando-lhe o poder de modificar os eventos.

2. A AUSÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE

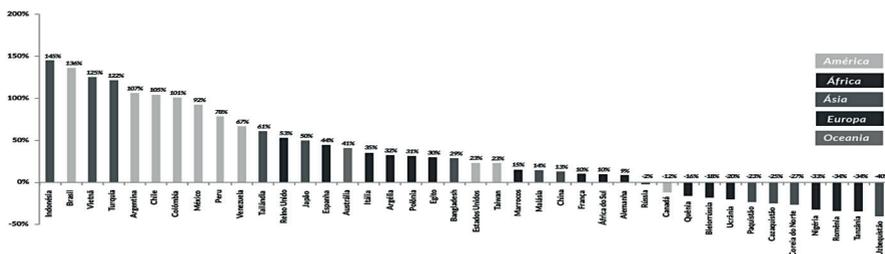
Com a inexistência de uma constituição, que esteja fundamentada nos direitos humanos, a sociedade distópica do conto porta-se alienada quanto às informações externas ao seu estado. Junto às camadas sociais havia atuantes do governo, denominados *Olhos*, os quais denunciavam

qualquer comunicação fora dos padrões sociais lá vigentes. Por consequência, havia o controle de toda e qualquer informação disseminada naquele grupo sendo não só as informações controladas, mas todo o comportamento da população. Com a omissão do direito de liberdade de expressão o sistema torna-se extremamente punitivo para qualquer atitude ilegal sendo elas, homossexualidade, movimento feminista, livre circulação nas ruas. Sendo assim, Aias são proibidas de encararem homens, pregarem qualquer outro tipo de fé ou ideologia, não usarem as vestimentas ditadas pelo estado, dentre outros fatores. Caso houvesse as citadas fugas à norma os indivíduos seriam encaminhados ao *Salvamento de Homens*. Como descreve Margaret,

Ao lado da entrada do portão principal há mais seis corpos pendurados pelo pescoço, com as mãos amarradas na frente, a cabeça enfiada em sacas brancas caídas para o lado do ombro. Deve ter havido o Salvamento de Homens hoje cedo de manhã (ATWOOD, 1985, p.44).

Com a configuração apresentada, é evidente que um estado sem uma constituição que garanta direitos humanos básicos é um sistema completamente desvirtuado da humanidade; em face do excesso de punições é declarada a necessidade de intimar o estado como malconduzido, pois de acordo com Jean-Jacques Rousseau, pouca punição há num Estado bem regido (O Contrato Social, 1762, p.47). Diante desses fatos, a sociedade brasileira comporta-se de maneira semelhante, visto que apesar da grandeza territorial o sistema jurídico não é proporcional a esta, posto que ainda há muitas ocorrências de aprisionamento sem a condenação devida. Segundo relatório divulgado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), no intervalo de tempo entre 1995 a 2010 a taxa de variação de aprisionamento no Brasil elevou-se 145% em relação à média global.

FIGURA 01 – Variação da taxa de aprisionamento entre os anos 1995 e 2010.³



Fonte: Internacional Center for Prison, 2014. Elaboração: INFOPEN

Nesse caminho, faz-se pertinente ressaltar que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), registram-se no Brasil pelo menos 812 mil de presos no sistema carcerário, sendo 41,5% privados de sua liberdade sem a ocorrência de uma condenação⁴. Prontamente, os dados do CNJ mostram que o Brasil não é apenas mal regido em seus julgamentos e aplicações punitivas, mas também no procedimento de fiscalização do sistema judiciário. Um estado bem encaminhado deve possuir uma constituição que garanta condições de vida adequadas, visto que quem constitui o sistema é a sociedade e sem ela nada pode ser feito. Com a limitação do *tridimensionalismo* do direito, proposto por Miguel Reale no ano de 1973, em apenas a norma positivada, *Gilead* passa a ser um estado com a anulação dos fatos apresentados na sociedade (*Sociologismo jurídico*), como também quebra toda a construção moralista (*Moralismo Jurídico*) fundamentada no que é certo ou errado diante de questões humanitárias.

3 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 01/05/2020.

4 BARBIÉRI, Luiz. *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. G1 GLOBO. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 23/04/2020.

Em contrapartida, apresenta o moralismo estatal com base em dogmas ditados por um deus. Sendo assim, apresenta as multifacetadas do jusnaturalismo, ou seja, a mutabilidade do jusnaturalismo por consequência de sua imersão em determinado meio. Segundo Rodrigo Duarte Gigante,

O jusnaturalismo é uma concepção do direito, segundo a qual os seus fundamentos estão além do ordenamento Estatal. Os jusnaturalistas entendem, em regra, que esse fundamento é o próprio ideal de Justiça, que seria satisfeito sempre que o direito positivo estivesse em conformidade com o direito natural. Este, por sua vez, origina-se, para os jusnaturalistas, a depender da corrente de pensamento, de Deus, da natureza das coisas ou da razão humana; ou, ainda, como ocorre no mais das vezes, de misturas variadas destes três fundamentos (GIGANTE, 2010, p.18).

Diante dos fatos elencados, o *jusnaturalismo* passa a ser a essência dos regimentos de Gilead apresentando os dogmas sagrados, ou seja, o moralismo que era mostrado como os valores ditados pelo deus. Prontamente, é apropriado a observação de que o *jusnaturalismo* usado nessa determinada situação passa a ser uma desvantagem às condições humanas, deixando de existir a tridimensionalidade do direito e afetando todo o proceder equilibrado da sociedade exposta na distopia.

O *transconstitucionalismo* é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais, supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Segundo MARCELO NEVES, em seu livro *Transconstitucionalismo*:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, trans-

nacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade (NEVES, 2009, p.208).

Ante o exposto, o *transconstitucionalismo* em *Gilead* é corrompido, visto que há uma centralização do poder de julgamento nas mãos de interpretadores dos dogmas sagrados, tornando a população vulnerável a ações negligentes no que tange aos direitos humanos básicos. Por se tratar de um estado totalitário, não há um poder maior que seu documento regente, sendo, pois, o *transconstitucionalismo* uma teoria e prática inexistente no ‘sistema’ jurídico configurado na distopia. As referenciadas ações determinam a omissão da carta maior, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na qual disserta-se já em seus artigos iniciais que,

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Artigo 4º Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos. Artigo 5º Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Não só esses artigos, mas todos os presentes no documento DUDH, proporcionam a comparação evidente diante da corruptela na distopia em questão, posto que em *Gilead* os cidadãos passaram a viver

sem direitos básicos. Como é bem expressado no trecho que trata sobre a liberdade dos indivíduos fadados a viverem em condições degradantes, Atwood afirma em sua obra que:

Existe mais de um tipo de liberdade, dizia tia Lydia. Liberdade para, a faculdade de fazer ou não fazer qualquer coisa, e liberdade que significa estar livre de alguma coisa. Nos tempos da anarquia, era liberdade para. Agora a vocês está sendo concedida a liberdade de. Não a subestime. (ATWOOD, 1985, p.36).

No trecho expõe-se nitidamente a distorção quanto aos direitos fundamentais, anulando a carta DUDH. Logo, permitindo que o sistema roube a vida de seus cidadãos e os ponha em condições degradantes. Destarte, o *transconstitucionalismo* serve para ponderar a atuação do sistema estatal, contudo, com sua ausência na distopia, os dogmas regem de forma desvirtuada dos direitos humanos que tornam precárias as condições de vida naquela região. De acordo com Rousseau, a lei pode estatuir que há de haver privilégios, e delimitar camadas sociais (ROUSSEAU, 1762, p.48). À vista disso, a república distópica apresenta classes sociais delimitadas de acordo com as escrituras divinas. As *Aias*, procriadoras; *Martas*, domésticas, *Olhos*, indivíduos que observavam a conduta social secretamente. Os *Anjos*, homens que têm o direito de ganhar uma Aia para casar-se; os *comandantes*, homens da alta sociedade que estupravam as Aias em busca de um filho para sua família. Por fim, os *guardiões*, que eram homens militares que defendiam a ideologia religiosa, política e econômica configurada naquela república.

Em seu livro *Vigiar e Punir*, o filósofo francês Michel Foucault, argumenta que a sociedade possui uma estrutura de poder disciplinador para que haja a docilização dos corpos dentro da sistemática social no estado. Assim, MICHEL FOUCAULT afirma que

[...] não há dúvida de que podemos reter o seguinte tema geral: nas nossas sociedades, os sistemas punitivos devem ser reinscritos numa certa «economia política» do corpo: embora não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam os métodos «suaves» de en-

clausuramento ou de correção, é sempre do corpo que se trata – do corpo e das suas forças, da sua utilidade e da sua docilidade, da sua repartição e da sua submissão. É certamente legítimo fazer uma história dos castigos a partir das ideias morais ou das estruturas jurídicas (FOUCAULT, 1975, p.26).

Principiando desse ato descritivo, a república de *Gilead* mostra-se completamente baseada na teoria da ação *disciplinadora*, proposta por Foucault. A manipulação dos corpos por meio de hierarquias de poder é evidente, como também o banimento de ações de caráter científico, visto que a educação passa a ser uma grande ameaçadora do sistema. Gera assim a submissão de comportamentos à manipulação e imposição das normas estatais. Logo o sistema punitivo da república passa a ser rigoroso quanto a casos de fuga aos princípios, promovendo assim o homicídio de pessoas que não aceitem a *docilização* de seus corpos, como aos estudiosos – antes da instauração do sistema – de grande potencial para a promoção de revoltas contra o totalitarismo, junto aos que proporcionam algum ato ilegal diante das normas – como um médico que realiza um aborto antes ou posterior à concretização da república puritana (sendo o puritanismo a concepção da fé cristã atuante, radicalmente, surgida na Inglaterra). Segundo a descrição da obra, cita-se que:

Os homens vestem jalecos brancos, como os que eram usados por médicos e cientistas. Médicos e cientistas não são os únicos, há homens de outras profissões, mas deve ter havido uma investida especial contra eles esta manhã. Cada um tem uma carta pendurado ao pescoço para mostrar por que foi executado: um desenho de um feto humano (ATWOOD, 1985, p.45).

O julgamento e a hierarquização de uns sobre os outros dentro da república teocrática de *Gilead* faz com que os indivíduos ativem em maior escala seu ID, que pode ser definida como parte inconsciente da personalidade, busca sempre o egocentrismo e possui sua realidade prejudicada (FREUD, 1974). Isto é, o narcisismo reina diante da sociedade fazendo com que uns julguem os outros e desfrutem das diferenças sociais, de seus privilégios em comparação à vida mais regrada e limitada

do outro. Portanto, o aclave do ID populacional sustenta o sistema de maneira inconscientemente das ações individualistas dos cidadãos, logo, o mal está no homem e não no estado, visto que o mesmo é apenas uma fundamentação teórica, e, fato que a massa cidadã possui a capacidade de derrubar o sistema, entretanto, a ambição de possuir vantagens uns sobre os outros limita as ações coletivistas que poderiam ser a solução para a derrubada de um sistema infrator diante dos direitos humanos. Na fala da personagem que cumpre o papel de educadora dos princípios na obra, *Tia Lydia* dita a inviabilidade dos olhares dentro daquela sociedade, em especial para as mulheres, sendo elas vulneráveis às ações masculinas, como Atwood relata no trecho: “[...] Modéstia é invisibilidade, dizia tia Lydia. Nunca se esqueçam disso. Ser vista é ser penetrada. O que vocês devem ser, meninas, é impenetráveis.” (ATWOOD, 1985, p.41).

Sendo assim, a população da república de *Gilead* passa a viver em um processo mental caótico de vivências degradantes, como abusos corporais em rivalidade constante com o esquecimento desses mesmos atos, pois sua mentalidade busca a salvação de seu bem-estar psicológico, às vezes, usamos nossa mente não para descobrir fatos, mas para acobertá-los ainda que nem sempre seja intencional (DAMÁSIO, 1996).

3. A TEORIA DA TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO

A teoria em tela apresenta a importância dos três aspectos que regem o sistema jurídico para que haja uma coerência social dentro de toda sistemática político-social. Em virtude dessa *tridimensionalidade* ser suprimida dentro da república de *Gilead*, faz-se necessário apontar os que estão contidos na *tridimensionalidade* proposta por Reale em análise de trechos da obra literária “O Conto da Aia”, que evidenciam a omissão do *Sociologismo Jurídico* (a consideração dos fatos sociais ante as decisões político-sociais), *Formalismo Normativista* (a positivação das normas) e o *Moralismo Jurídico* (construção com base em tradições, costumes e cultura), no que tange as condutas que favorecem o direito do bem-estar do indivíduo. Segundo REALE (1973, p.59):

Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinándolo ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Acerca dos eventos ditados acima, a distopia promove a fuga desses valores, fatos e normas, os quais são construídos dentro de uma sociedade que possui a liberdade de ir e vir em casualidades diversas. Na distopia, os fatos, ou seja, o comportamento dos cidadãos perante as obrigações de comportamento, crenças e ideologias são, completamente, limitadas à ditadura do regime. Logo, os indivíduos devem ser padronizados em busca de maior aceitação do governo. Essa padronização/estereotipação de um cidadão coerente não é apenas presente na ficção, mas também na realidade global. Em vista da situação, a população passa a sofrer de Paranoide, que pode ser descrito como a interpretação e distorção das informações, demonstrando desconfiança sistemática e excessiva (FIORELLI; MANGINI, p.108). A massa cidadã passa a aceitar,-por meio de desvirtuações nas interpretações das tomadas de decisões dentro da república olhando-as com um olhar mais alienado, o sistema totalitário em busca de aceitação não só do sistema abstrato, mas de toda sociedade que o compõe, deixando mais uma vez nítido que quem fortalece o sistema desvirtuado do constitucionalismo são os próprios fadados ao sofri-

mento dentro de suas experiências com aquela esquematização. No que se trata da normatização do sistema ditatorial, indivíduos extremamente afetados se submetem à aceitação do sistema totalitário, Atwood (1985, p. 78) em sua obra relata:

Minha nudez já é estranha para mim. Meu corpo parece fora de época. Será que realmente usei trajes de banho, na praia? Usei, sem pensar, entre homens, sem me importar que minhas pernas, meus braços, minhas coxas e costas estivessem à mostra, pudessem ser vistas. *Vergonhoso, impudico*. Evito olhar para baixo, para meu corpo, não tanto por ser vergonhoso ou impudico, mas porque não quero vê-lo. Não quero olhar para alguma coisa que me determine tão completamente.

No trecho acima, é possível ressaltar dois elementos importantes dentro dessa sociedade, o primeiro sendo a entrega do indivíduo ao totalitarismo, que aceita a ditadura de seus corpos, assim como apresentado anteriormente sobre a docilização dos corpos (FAUCAULT), vendo eles como algo irreconhecível se comparados a suas vidas antes da instauração e elevando o julgamento do outro sobre si. Por último, o determinismo, que seus gêneros, estilos de vida, fenótipos e qualificações profissionais proporcionam na ditadura, o seu encaminhamento para alguma camada social, sendo os mais promissores no que diz respeito à educação conduzidos à morte. Sugere-se então o questionamento de como as pessoas, antes livres, passam a aceitar um sistema tão aprisionador e degradante em suas vidas. Posto então, segundo Weinten (2002, p.207), distorções de lembranças são introduzidas durante a codificação ou armazenamento; à vista disso, o governo utiliza-se da manipulação dos lapsos de memórias temporais da população ao manipulá-la na crença de que o sistema é o melhor caminho para a vivência coerente com os dogmas divinos. Como George Orwell bem pontuou em seu livro *1984* com o lema do partido “Quem controla o passado controla o futuro; quem controla o presente controla o passado”, o *slogan* cria um elo com a distopia de Atwood, posto que o controle temporal dos fatos ocorridos em *Gilead* é de extrema relevância para o alcance da manipulação populacional por meio do esquecimento e controle dos períodos históricos.

Ante ao exposto, é clara a omissão do *Sociologismo Jurídico* e do *Moralismo Jurídico* ligado aos direitos humanos dentro da república de Gilead, prevalecendo o *Formalismo Normativista*, que são as sagradas escrituras junto ao *Moralismo Jurídico* violentado no que tange aos direitos humanos que concretiza a república como ditatorial, por meio de norma positivada (Bíblia puritana) em consenso com as tradições transmitidas por meio dos dogmas divinos interpretados a favor do sistema totalitário e de controle dos corpos. Portanto, a teoria da *Tridimensionalidade do Direito* é anulada naquela sociedade, sendo a essência do estudo científico supramencionado os três requisitos sociais para o bem geral; como é evidente, não há o bem de todos em *Gilead*, mas sim a atuação por conveniência política com o uso da manipulação por meio das obras “divinas”. Se para Aristóteles o homem é um animal político, na distopia, as elites são animais políticos e a população apenas um instrumento para concretização da configuração totalitária. Com a tática de dominação cultural, o sistema se instaura e modifica toda a sociedade de seres livres para seres regidos alienadamente. Ao tratar desta questão, FOUCAULT (1975, p. 117) disserta que: [...] o corpo é objeto de investimentos tão imperiosos e prementes; em qualquer sociedade, o corpo é alvo de poderes muito estritos, que lhe impõem condicionalismos, interdições ou obrigações.

4. SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas no ano de 1948, os direitos humanos básicos foram disseminados por vários países fornecendo parâmetros para uma vida populacional de melhor qualidade para indivíduos antes marginalizados pelas elites, as quais possuíam o capital, e o capital simbolizava direito. Um exemplo de incoerência naquela sociedade distópica foi o voto censitário, com o qual só se tinha o direito ao voto se o indivíduo possuísse o dinheiro necessário. No entanto, na distopia de Atwood, os direitos humanos são excluídos diante da sociedade destruindo assim a fundamentação de uma vivência coletiva de bem-estar social para indivíduos não elitizados. Na Constituição Federal de 1988, o documento brasileiro em seu título I (um) apresenta os princípios fundamen-

tais, dentre eles, a cidadania, dignidade humana, os valores do trabalho e livre iniciativa. Ao analisar-se essa conjuntura, a república de *Gilead* atua de maneira completamente contraditória a estes princípios. No que se refere à autonomia corporal, há relatos na obra sobre o julgamento de vítimas de agressões sexuais, como descrito por Atwood:

[...] contando como foi currada por uma gangue aos catorze anos e fez um aborto. [...] Mas de quem foi a culpa? diz Tia Helena, levantando um dedo roliço, dela, foi dela. Ela se seduziu. Para que Deus permitiu que uma coisa tão terrível acontecesse? Para que ensinar uma *lição*. (ATWOOD, 1985, p.88).

Diante dessas falas tão abomináveis nas sociedades modernas, em *Gilead* são tratadas como o regimento coerente interno, no qual mulheres têm seus corpos violados, porém não são tratadas como vítimas, mas sim indutoras dos atos de abusos sexuais, sendo assim anticonstitucionais.

Além de atos antecedentes ao totalitarismo serem julgados erroneamente em *Gilead*, também há um ritual em que as *Aias* são submetidas a uma espécie de estupro concedido, por meio da lei, com a finalidade de garantir um filho para as famílias abastadas. Assim, menciona-se a Cerimônia na qual o abuso é realizado seguido pela leitura de versos divinos,

Dá-me um filho, ou senão eu morro. Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto d teu ventre? E ela lbe disse: Eis aqui minha serva, Brilha; Entra nela para que tenha filbos sobre meu joelhos, e eu, assim receba filbos por ela. (ATWOOD, 1985, p.109).

Os versos são ditados pelas mulheres dos comandantes os quais estupram as *Aias*. Durante a cerimônia as *Aias* ficam deitadas sobre as pernas das esposas onde, ali, é realizado o abuso justificado por dogmas mal interpretados, visto que os mesmos regem o sistema. A essa situação soma-se o fato de as normas não permitirem a vaidade das *Aias*, sendo elas como máquinas de reprodução, não devem ser atraentes, como descreve Atwood (1985, p. 118):

Esfrego a manteiga sobre meu rosto, espalho na pele de minhas mãos. Não há mais nenhum tipo de loção ou creme fácil, não para nós. Essas coisas são consideradas vaidades. Somos receptáculos, somente as entranhas de nossos corpos é que são consideradas importantes. O exterior pode se tornar duro e enrugado, pouco lhes importa, como a casca de uma noz. Isso foi um decreto das Esposas, essa ausência de loção para as mãos. Não querem que sejamos atraentes. Para elas as coisas já estão bastante ruins como estão.

Como evidencia o trecho, as *Esposas dos comandantes* possuem o poder sobre as *Aias*, sendo assim um processo de escravidão, em que são ditadas as ações. Ao delimitar a cerimônia como um ato de estupro, tem-se uma visão extremamente limitada, visto que não é um ato sem o consentimento da Aia, além disso, há o envolvimento das normas, sendo elas os dogmas puritanos. Segundo Atwood (1985, p. 115):

[...] não digo fazendo amor, porque não é o que ele está fazendo. Copular também seria inadequado porque teria como pressuposto duas pessoas e apenas uma está envolvida. Tampouco estupro descreve o ato: nada está acontecendo aqui que eu não tenha concordado formalmente em fazer. Não havia muita escolha, mas havia alguma, e isso foi o que escolhi.

Torna-se então inviável o julgamento como abuso sexual diante da condição de que o ato é aceito formalmente pela exposta a tais execuções. Surge então o questionamento: é válido o juramento ou assinatura de contratos realizados em condições de ameaças? De acordo com o Código Civil brasileiro, o ato torna-se inválido ao portar-se nestas condições coercitivas, posto que a

Coação é um dos vícios dos consentimentos nos negócios jurídicos, caracteriza-se pelo constrangimento físico ou moral para alguém fazer algum ato sob o fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou a seus bens. (Art. 151 do CC).

Prontamente, se o procedimento de juramento dentro da distopia é julgado pelo Código Civil, será completamente negligente diante da lei, visto que não são validados contratos diante de pressões. Logo, o sistema totalitário apresentado na obra expõe mais uma fuga aos procedimentos normativos e moralistas que sustentam a dignidade humana em uma sociedade contemporânea. Visto isso, conclui-se que a cerimônia é uma das tradições que mais infringem a lei e viola os corpos do grupo social tornando-os seres vulneráveis a atitudes amorais advindas do totalitarismo.

A cidadania se define pelos princípios da democracia, significando necessariamente conquista e consolidação social e política (CHAUÍ, 2000). Ante esta preliminar, a cidadania consiste na atuação populacional na parcialidade do controle de direitos e deveres, quando fiscalizam o poder público e a eles mesmos no que diz respeito à corrupção, visando assim a permanência dos valores éticos e morais em determinada sociedade. Expresso os fatos, com a instauração do sistema teocrático, *Gilead* passa a ditar a conduta de valores e crenças dentro do grupo social, não havendo espaço para contestações, visto que ao questionar o sistema, ele cessa com sua vida. Nesse sentido, a anulação da cidadania na distopia é nítida, e é um dos tópicos a induzir a população a ações e omissões não previsíveis diante dos valores morais já construídos em sociedade, colocando-a em uma linha de via única que é não ser um cidadão, e sim um indivíduo manipulado pelo estado totalitário e teocrático.

Sobre o exposto, é *mister* ressaltar a conduta hierárquica de poder que a república de *Gilead* estrutura e por meio dela sustenta o sistema ditatorial e invasivo no que diz respeito à privacidade, haja vista induzir o indivíduo a observar o outro, julgá-lo, entregá-lo ao sistema e por fim usufruir de seus privilégios sobre os outros. Segundo CAMARGO, Orson “Conceito de Cidadania”,

A cidadania esteve e está em permanente construção. É um referencial de conquista da humanidade por meio daqueles que sempre buscam mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletiva e não se conformando frente às dominações, seja do próprio Estado, seja de outras instituições.

Nessa perspectiva, as elites utilizam-se da base da pirâmide hierárquica, para se manter ao topo, ao utilizar-se de variados segmentos os quais seus privilégios os proporcionam como poder sobre os indivíduos, ou seja, a escravização de pessoas para prestar serviços às elites, que vão de trabalhos domésticos ao uso para práticas sexuais. Incontinentemente, o art. 4. da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que ninguém será mantido em escravidão ou servidão. Desse modo, a desmoralização dos direitos humanos na distopia é claramente o que estrutura todas as problemáticas da sociedade, sejam elas coletivistas – o processo de hierarquização do poder e o procedimento de escravidão –, ou déficits individualistas como os problemas psicóticos e distorções psicológicas no que tange à interpretação e vivência em um cotidiano de tão desprestígio do ser e seus direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, infere-se que a sociedade de Gilead é completamente manipulada, pois que a população aceita os procedimentos desumanos para permanecer viva dentro do sistema ditatorial. Seguindo a lógica de Maquiavel (1532, p.174), “Em verdade, há tanta diferença na maneira como se vive do modo como se deveria viver que quem despreza o que se faz pelo que deveria ser feito, aprenderá a provocar sua própria ruína e não a sua preservação.”.

O autor, por meio do trecho, quis evidenciar que, para se manter no totalitarismo, é preciso viver conforme o ditado pelo estado, caso contrário o indivíduo estará criando sua própria ruína, ou seja, é notório que a república de *Gilead* encurla a população em busca da concretização de um sistema teocrático que utiliza-se das interpretações da Bíblia Sagrada, que provoca um grande caos na configuração dos direitos humanos básicos, no constitucionalismo e infringe a teoria Tridimensional do Direito, fazendo com que o grupo social perca total capacidade de manter um equilíbrio mútuo, sendo assim todos dependentes das normas ultrapassadas de um sistema teocrático e desvirtuado de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A pessoa não é um ser isolado, mas um membro ativo e reativo de grupos sociais (FONKERT,

2000), logo, a sociedade distópica em *O Conto da Aia* atua precisamente na reatividade entre os grupos, englobando-os em castas hierárquicas que distribuem poderes – sendo o poder a imposição da vontade de um indivíduo ou instituição sobre os indivíduos, de acordo com o sociólogo Max Weber, um sobre os outros sustentando assim o sistema mutuamente.

Diante das guerras e disseminação de radiação por todo o mundo, a população de *Gilead*, a princípio, aceita as medidas que passam a ser extremistas, gradativamente, contudo, a massa, ainda cidadã, acredita que a mudança de sistema é a opção mais viável ao analisar todo um mundo em um colapso neurótico. Porém, a ideologia já se mostra, mas nenhum indivíduo se prontifica a questionar e observá-la em vista da *Cegueira Branca* que se configura no ato de seguir a razão (JOSÉ SARA-MAGO, 1995). Prontamente, o sistema totalitário e teocrático se instaura em *Gilead* em vista da ignorância populacional.

Partindo dessa congruência, a análise da obra literária *O Conto da Aia* possui o intuito de relatar e comparar a sociedade contemporânea com a distópica apresentada no livro, trazendo todo um conjunto de conceitos modernos e falas clássicas para conduzir a um raciocínio de que o totalitarismo está presente em todos os estados e ele pode se instaurar com facilidade utilizando como suporte a insipiência da população. Casos claros dessa problemática, como o Nazismo na Alemanha, onde se configurou um estado totalitário e teocrático, matou milhões de humanos que foram julgados injustamente com base em suas escolhas de vida. O artigo busca informar ao leitor sobre a escolha de seus governantes e como eles se comportam sendo os possuidores do poder da massa; em geral, indicar a importância de exercer a cidadania para o mantimento do constitucionalismo, dos direitos humanos e do direito e sua tridimensionalidade.

Nesse raciocínio, conclui-se o artigo com o conhecimento de que o indivíduo não deve apenas olhar para o passado e analisar o futuro com a mesma visão, posto que o mundo contabiliza frequentes mudanças, as mazelas sociais de ontem não são as mesmas frequentes hoje, tais mutações devem ser observadas e julgadas não apenas nas relações econômicas e sociais, mas sim, em especial, nos procedimentos políticos para que os cidadãos não se tornem, mais uma vez, objetos manipulados

pelo estado como já ocorrido em variados períodos históricos. Infere-se que o proceder de vida dos indivíduos não é limitado como uma escolha individualista, mas sim o coletivo. A análise da distopia inquire o portal literário entre ficção e realidade social com um único intuito de informar ao leitor que toda distopia é construída com base em verdades previamente concretizadas nos variados períodos históricos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNALT, Cezar. **Virtù e Fortuna no pensamento político de Maquiavel**. Paraná: Departamento de Fundamentos da Educação, Universidade Estadual de Maringá. 2002. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/2414/1695>. Acesso em 22/04/2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02/04/2020.

ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia**. Rio de Janeiro, Editora Rocco LTDA, 2017.

BARBIÉRI, Luiz. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1 GLOBO. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 23/04/2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Biênio 2003-2004. Brasília: Senado Federal, 2004.

CAMARGO, Orson. “Conceito de Cidadania”; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cidadania-ou-estadania.htm>. Acesso em 23 de abril de 2020.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

DAMÁSIO, A. R. **O erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-re>

latorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf.
Acesso em 01/05/2020.

ELIAS, Nobert. **Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro, ZAHAR, ed. 1, 1994.

FIGLIOLI e MANGINI. **Psicologia Jurídica**. São Paulo, Editora Atlas AS, ed.6, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Lisboa, Edições 70, 2013.

FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1974. (Edição Standard Brasileira, v. 14.)

FONKERT, R. **Mediación padres-adolescente**: recurso alternativo a la terapia familiar em la resolución de conflictos en familias con adolescentes. In: SCHNITMAN, D. F.; in: SCHNITMAN, J. **Resolución de conflictos**: nuevos diseños, nuevos contextos. Buenos Aires: Granica, 2000.

GIGANTE, Rodrigo. **Do Jusnaturalismo ao Juspositivismo**: uma breve história do pensamento jurídico. Revista Intertemas, São Paulo, 1677-1281, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/2678>. Acesso em 08/03/2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo, Editora Martin Claret, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo, Editora Lua Nova, 2014.

ORWEEL, George. **1984**. São Paulo, Companhia de Letras, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Editora Saraiva, ed.27, 2014.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo, Editora Martin Claret, 2003.

SARAMAGO, José. **Ensaio Sobre a Cegueira**. São Paulo, Companhia das Letras, ed. 1, 1995.

O TRABALHO COMO FORMA DE REMIÇÃO PENAL E A PROGRESSÃO DE REGIME: OS EFEITOS DO COVID-19 NA FASE DE EXECUÇÃO DA PENA

THE WORK AS A FORM OF CRIMINAL REMISSION AND THE PROGRESSION OF REGIME: THE EFFECTS OF COVID-19 ON THE EXECUTION PHASE OF THE SENTENCE

Emerson da Silva Mendes¹

Thiago Trindade de Almeida²

Monalisa Santos Pereira³

Data de Submissão: 18/02/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a influência do quadro pandêmico, surgido em decorrência da proliferação do Novo Coronavírus (Covid-19), na estrutura funcional da fase de execução penal, mais especificamente na suspensão dos trabalhos dos presos, fixando tese no sentido de que a suspensão das atividades laborais e educativas nos estabelecimentos penais, sem a devida compensação, figura cerceamento de direito e caracteriza regressão de regime. Para tanto, recorreu-se à metodologia qualitativa, com análise bibliográfica e documental, procurando incidir sobre os efeitos da pandemia à pro-

1 Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal (UniAmérica), Especialista em Gênero e Sexualidade na Educação (UFBA, 2020), Bacharel em Humanidades (UFSB, 2018), Graduando no curso de Bacharelado em Direito (UFSB).

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Estado e Sociedade (PPGES - UFSB), Bacharelado em Direito (UFSB), Bacharel em Humanidades (UFSB, 2018). Membro do Grupo de Pesquisa Pluralismos Jurídicos e Usos Emancipatórios do Direito da UFSB/CNPq

3 Especialista em Direitos Humanos e Contemporaneidade (UFBA, 2020). Bacharel em Humanidades (UFSB, 2018). Graduanda no curso de Bacharelado em Direito (UFSB). Membro do Grupo de Pesquisa Pluralismos Jurídicos e Usos Emancipatórios do Direito da UFSB/CNPq.

gressão antecipada de pena e à possibilidade da remição ficta aos presos trabalhadores, utilizando-se da contribuição de autores como SANTOS (2014) e ROIG (2018). Assim, conclui-se que mesmo diante do contexto de calamidade pública, os direitos dos presos devem ser preservados, sem violações normativas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Trabalho. Covid-19. Remição. Progressão Antecipada da Pena.

Abstract: This paper aims to analyze the influence of the pandemic, as a result of the proliferation of the New Coronavirus (Covid-19), on the functional structure of the criminal execution phase, more specifically in suspending the work of the prisoners. In this case, the thesis was laid down in the sense that the suspension of work and educational activities in criminal establishment, without due compensation, sets up a retrenchment of rights and characterizes regime regression. Therefore, the qualitative methodology was used, with an documental and bibliographic analyse, addressing the effects of the pandemic on the anticipate progression of penalty and the possibility of remission ficta to the hard-working prisoners, using the contribution of authors such as SANTOS (2014) and ROIG (2018). Thus, we conclude that even in the context of public calamity, the rights of prisoners must be preserved, without normative and jurisprudential violations.

Keywords: Job. Covid-19. Remission. Early Progression of Penalty.

INTRODUÇÃO

O instituto da remição penal está previsto na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), com alterações da Lei nº 12.433/2011, e constitui como direito facultativo ao preso em remir, através do estudo e/ou do trabalho, sua pena, antecipando, com isso, a progressão de regime e o cumprimento total da mesma a qual fora condenado.

No entanto, com o advento do quadro epidêmico, decorrente do Novo Coronavírus, a situação dos presos, principalmente aqueles que cumprem pena em regimes semiaberto e aberto, ficou comprometida devido à suspensão dos trabalhos externos e internos à prisão, como consequência da necessidade do isolamento social. Diante do contexto fático, pretende-se analisar as implicações jurídicas provenientes das medidas de contingência ao novo Coronavírus adotadas pela Estado brasileiro no contexto penitenciário, sobretudo nos casos em que referidas medidas incidiram na continuidade das atividades laborais e, por consequência, na possibilidade da remição penal da pessoa presa.

Para tanto, entende-se que a suspensão das atividades laborais realizadas fora dos estabelecimentos penais (nesse período de excepcionalidade), sem a possibilidade de meio compensatório, prejudique o direito à remição da pena da pessoa presa trabalhadora; assim como a privação de liberdade, em penitenciárias, dos presos em regime semiaberto e aberto, adotada como forma de isolamento social, configura-se como clara violação à Súmula Vinculante nº 46 do Supremo Tribunal Federal (STF), sob uma hipótese de regressão ilegal de regime para o mais gravoso.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho instrumentaliza-se através do método dialético, fornecendo “[...] bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade” (GIL, 2008, p. 14 apud PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 35), sob o viés exploratório, visando uma maior familiaridade com o tema em questão e suas implicações jurídico-políticas. Utilizaram-se, também, os procedimentos de pesquisa bibliográfica, “concebida a partir de materiais já publicados”

(*Ibidem*, 2013, p. 128), e documental, com a análise de normativas nacionais, incluindo a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assim, fazendo algumas breves ponderações sobre a origem do trabalho nas prisões, bem como dos efeitos do Covid-19 na fase de execução da pena, ter-se-á um panorama das medidas alternativas adotadas à defesa dos direitos dos custodiados e, posteriormente, algumas considerações sobre a possibilidade da remição ficta excepcional como forma de manutenção ao direito dos presos trabalhadores.

ORIGEM DO TRABALHO NAS PRISÕES

Antes de qualquer digressão a respeito da origem e os fundamentos da inserção do trabalho na dinâmica prisional, é necessário realizar breves considerações a respeito do papel do cárcere na sociedade e sobre o indivíduo delinquente. Segundo Michel Foucault (2014), em *Vigiar e punir*, a prisão surgiu como forma de punição, através da supressão da liberdade individual, tendo ganhado arcaísmos humanitários a partir do final do século XVIII diante da ineficácia das penas corporais⁴ - tais como as torturas e os suplícios -, além das transformações socioeconômicas provenientes da Revolução Industrial⁵ e da

4 Segundo Oliveira (2012), no período da segunda metade do século XVIII é possível analisar uma redução das ideias e políticas de repressão ao crime voltados na execução da pena de morte. Além das mudanças no modelo econômico, o qual baseava-se na mão-de-obra, a pena de morte “[...] não conseguia conter o avanço da criminalidade e não alcançava os objetivos de segurança das classes dominantes” (OLIVEIRA, 2012, p. 31).

5 A Revolução Industrial teve importante papel na sociedade devido sua grande transformação socioeconômica, surgida na metade do século XVIII, e que persiste até nossos dias. Brevemente, a Revolução Industrial marcou a passagem do sistema de produção feudalista para o sistema de produção capitalista, acarretando numa mudança estrutural importantíssima: o sujeito hegemônico não era mais o senhor feudal mas sim o dono do capital e, com isso, dos bens de produção. Dessa forma, a relação de produção social passou a ter como base uma “ficção de igualdade de todos os homens” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015). Logo, o servo que possuía a proteção de seu senhor é obrigado a oferecer aquilo que detém para os novos donos do capital: a mão-de-obra. Nesse sentido, constrói-se uma realidade na qual não há uma real igualdade entre os homens, mas sim uma desigualdade entre os “[...] grupos dominantes e as es-

Revolução Francesa, proporcionando o fim dos espetáculos punitivos⁶ e uma maior discricão no sofrer.

Conforme Juliana Borges (2018), na segunda metade do século XVIII, ocorre um grande endosso no movimento de defesa ao fim dos suplícios, denunciando a crueldade presente em tal prática, além da sua característica marcante de tirania. O modo de punir, portanto, se reorganiza com base nas novas necessidades e nos interesses socioeconômicos do modelo de estrutura social, produzindo uma “metamorfose dos métodos punitivos” (FOUCAULT, 2014, p. 27) que se fundamentam numa função social complexa correlacionada com os novos processos de poder.

Com o surgimento das obras de Beccaria, Feuerbach e, principalmente, Bentham, a prisão ganhou o escopo de controle social, ou seja, uma instituição total (GOFFMAN, 1974) capaz de, primeiramente, punir o delinquente de forma humanizada e, concomitantemente, domesticá-lo, para, posteriormente, reinseri-lo na sociedade já moldado sob o prisma do capitalismo industrial. Logo, as prisões passaram a ter uma estreita ligação com o mundo do trabalho, tornando-se fábricas de disciplina (WACQUANT, 2003).

Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos (2014), às penitenciárias originam-se das chamadas *workhouses* ou *houses of correction* do século XVI e XVII, surgindo principalmente na Holanda e na Inglaterra, as quais constituíam como “casas de trabalho forçado de camponeses expropriados dos meios de subsistência material” (SANTOS, 2014, p. 470). A finalidade, portanto, das casas de trabalho era o controle das massas de desocupados urbanos, marcando, assim, a “transformação da prisão custódia em prisão-pena” (OLIVEIRA, 2012, p. 32).

Dessa maneira, segundo Zackseski (2002, p. 32), as prisões possuíam como objetivo “[...] atingir homens vadios, desordeiros, preguiçosos,

truturas marginalizantes” (*Ibidem*, 2015). Assim, surgem os olhares seletivistas às classes marginalizantes, especialmente sob aqueles que não se enquadram na ordem econômica e social baseada no trabalho. Desse modo, o cárcere passa a exercer o papel punitivo-educador de domesticação do sujeito.

6 Segundo Michel Foucault (2014), a punição passou a buscar sua eficácia na fatalidade, e não apenas na sua intensidade visível. Ou seja, passou-se a entender que “[...] a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro” (FOUCAULT, 2014, p. 13).

desonestos, semimoralizados e semiracionais como Bentham considerava os pobres em geral, criminosos ou não”. Nesse sentido, os sujeitos vistos como desocupados, de acordo com a visão de Nils Christie (1998), poderiam causar uma contradição com a moral oficial a qual consistia na dedicação integral ao trabalho.

Desse modo, as classes perigosas - compostas, em sua maioria, por pessoas desempregadas ou desocupadas - eram vistas como excessos populacionais que estavam fora da submissão do controle da atividade de produção e, conseqüentemente, deveriam ser educadas e corrigidas para incorporação à dinâmica social. Logo, os presos eram utilizados na dinâmica do novo ritmo mecânico do trabalho fabril e, também, “[...] eram colocados para trabalhar nas atividades menos desejadas pelos trabalhadores livres” (ZACKSESKI, 2002, p. 32).

Assim, as casas de trabalho (ou correção) passaram a ser um nova modalidade de segregação punitiva, dentro da sociedade, e aos moldes das necessidades e interesses que permeiam o desenvolvimento geral da sociedade capitalista (OLIVEIRA, 2012). As penas aparentemente mais humanitárias, portanto, encobririam os reais interesses da submissão da superpopulação relativa (trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho), utilizando o cárcere como controle social e instituição auxiliar da fábrica (SANTOS, 2014).

Posteriormente, surge a ideia do tratamento terapêutico aos delinquentes, sob uma perspectiva médica, os quais poderiam ser tratados e reinseridos na sociedade como novos sujeitos dentro da lógica moral e social vigente. Esse pensamento, proporcionou parâmetros à teoria preventiva especial positiva da pena, vinculando a execução penal ao trabalho do preso, consubstanciando nas políticas “re” (reinsere, reeducar, ressocializar, etc.) presentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Hodiernamente, de acordo com a Lei de Execuções Penais (LEP) (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), em seu artigo 41, inciso II, a atribuição de trabalho e sua remuneração constituem, entre outros, direitos dos presos. Não apenas presente na legislação infraconstitucional, também na Constituição de 1988, em seu artigo 6º, menciona o trabalho como um dos direitos sociais dos cidadãos (sem nenhuma distinção quanto aos presos). Assim, o Estado deve efetivar a sua manutenção,

não devendo a pena atingir outros direitos não alcançados pela sentença penal (art. 3º, da LEP).

Acentua-se, ainda, que o trabalho, assim como a educação, pode ser utilizado como parâmetro à remição de pena, conforme o artigo 126, *caput*, da LEP, conferindo um dia de pena remida a cada três dias de trabalho executados pelos presos em regimes fechados ou semiaberto. Além do mais, o trabalho pode ser utilizado como elemento catalisador à progressão⁷ precoce do regime de pena, possibilitando ao sujeito a flexibilização quanto sua privação total ou parcial de liberdade. No entanto, não são todos os presos que possuem a oportunidade de trabalho (e remuneração adequada).

A partir da possibilidade de ingresso do preso na oportunidade de trabalho no período determinado pelo art. 33 da Lei de Execuções Penais (LEP), o mesmo terá chances efetivas de reinserção social e, principalmente, de ingresso no mercado de trabalho após sua saída do sistema penitenciário. Todavia, a falta de oportunidade de trabalho durante a execução da pena pode acarretar em efeitos da prisionização no indivíduo, corroborando, em potencial, ao ingresso deste na clientela penal e na retroalimentação do ciclo criminal⁸. Logo, a oferta de trabalho ao con-

7 O Brasil adota o sistema de progressão de pena (como regra), baseado no sistema auburniano, surgido através da prisão de Auburn (1819), em Nova York. Esse sistema é caracterizado, principalmente, “pelo trabalho diurno em comum, porém em silêncio, apto a manter a ideia de isolamento moral e a reclusão noturna” (OLIVEIRA, 2012, p. 35). Segundo Bittencourt (2001), o sistema auburniano produz um estímulo à boa conduta e privilégios inerentes ao regime aplicado ao custodiado, o qual, entre outros benefícios, está a reincorporação do mesmo à sociedade antes do total cumprimento da pena.

8 Quanto à ressocialização, muito se tem debatido sobre o fracasso da prisão e a crise da ideologia do tratamento do preso. É notório, em todo mundo, que a taxa de reincidência delitiva é maior frente a taxa de ressocialização penal. Segundo Vera Malaguti Batista (in: WACQUANT, 2003), as altas taxas de reincidência são devidas às transformações ideológicas que mudaram a função das prisões no decorrer do tempo, proporcionando, atualmente, um *locus* voltado à exclusão e à marginalização social. Logo, deu-se início às políticas de contenção repressiva dos pobres e ao fenômeno da “criminalização da miséria” (WACQUANT, 2003), onde o Estado Penal torna-se a política adotada pelo governo consubstanciado num aumento do encarceramento em massa e da seletividade do sistema penal. Nos estudos de GOFFMAN (2017; 1974) já se detectava a inevitável deterioração psíquica dos sujeitos privados de liberdade, acarretando em técnicas de sobrevivências, pelos presos, que, *a posteriori*, seriam básica-

denado, entendido como dever social e condição de dignidade humana (art. 28, *caput*, da LEP), deve nortear a função declarada da pena de ressocialização, proporcionando capacidades técnicas que potencializam o ingresso futuro no mercado de trabalho.

No entanto, diante do quadro pandêmico vivido pela sociedade, desencadeou-se uma série de impasses processuais penais e executórios da pena que levaram às recomendações, pelo CNJ, e à adoção de medidas alternativas, pelos Tribunais, como forma de contenção do contágio e da propagação do Covid-19 no sistema prisional. Consequentemente, muitos presos tiveram seus trabalhos externos (para presos condenados) e internos (para presos provisórios e condenados) suspensos, em decorrência da necessidade do isolamento social, restringindo, assim, o direito de remição dos mesmos.

DAS MEDIDAS ADOTADAS À NÃO PROPAGAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS NO ÂMBITO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Elevado ao patamar de Pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, o Novo Coronavírus (Covid-19) já atingiu mais de 100 países em todo o globo e acometeu, até o dia 08 de junho de 2021, mais de 173.271.769 pessoas. Atualmente, o Brasil é o terceiro país com o maior número de casos confirmados da doença, com 16.947.062 casos de contaminação, permanecendo atrás dos Estados Unidos da América (EUA), com 33.042.622 casos confirmados e da Índia, com 28.996.473 casos.

Na população livre estima-se que cada pessoa infectada consegue transmitir o vírus para 2 a 3 pessoas. Segundo informações disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, em sua plataforma oficial⁹, o Brasil registra

mente irreversíveis, como a inserção em organizações criminosas para proteção interna (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

9 BRASIL. Coronavírus Brasil. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. acesso em 08 de jul. de 2021.

atualmente 474.414 óbitos acumulados, com índice de letalidade de 2,8% e 225,8 de mortalidade e 15.408.401 casos recuperados.

No contexto do sistema prisional, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Dezembro de 2019, o Brasil tem 748.009 mil (100%) de pessoas privadas de liberdade, estando estes respectivamente: 362.547 em regime fechado, 133.408 em regime semiaberto, 25.137 em regime aberto, 222.558 regime provisório, 250 em tratamento ambulatorial e 4.109 em cumprimento de medida de segurança.

Segundo dados do Boletim de 2 junho, de 2021, do monitoramento semanal dos casos de contágios e mortes por Covid-19 nos sistemas prisionais e socioeducativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil já registrou até o dia 31 de maio de 2021, cerca de 81.214 casos confirmados, sendo 59.055 de pessoas presas e 22.159 servidores acometidos pelo Covid-19, além de 449 óbitos registrados, sendo 211 de presos e 238 de servidores¹⁰.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) também tem monitorado casos suspeitos e detectados de Covid-19 nas Unidades Prisionais nos Estados, sendo os dados fornecidos pelas Unidades Federativas e atualizados na medida em que são recebidos. Segundo o painel de monitoramento do DEPEN, foram realizados até o dia 31 de maio de 2021, cerca de 319.482 testes, tendo sido identificados 57.162 detecções, 211 óbitos, 25.739 suspeitas, além de 55.313 recuperados¹¹.

Apesar da divergência de dados e o aumento no número de novos infectados em todo o território nacional, Alexandra Sanchez et al (2020) em pesquisa realizada, chama atenção à realidade e às condições das Unidades Prisionais do país, indicando que “[...] dadas as condições

10 Os dados apresentados foram extraídos do portal: Boletim de 2 junho, de 2021, Monitoramento semanal dos casos de contágios e mortes por Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualizados em 31/05/2021.

11 Os dados apresentados foram extraídos do portal: COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais, mantido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, atualizado em 31/05/2021.

de encarceramento nas prisões brasileiras, pode-se estimar que um caso contamine até 10 pessoas” (SANCHEZ et al, 2020, p. 01)

Desse modo, haja vista o reconhecido do estado de coisa inconstitucional¹² a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 374, que caracteriza o sistema prisional, visando a proteção da saúde das pessoas custodiadas, a redução do risco de contágio e fundamentada nas diretrizes científicas dos Órgãos Internacionais e Nacionais de Saúde, o CNJ tem, regularmente, emitido diversas normativas a fim de orientar os Tribunais na adoção de políticas de enfrentamento ao Covid-19 no contexto prisional.

No bojo dessas diretrizes encontra-se a Recomendação nº 62/2020, assinada pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Dias Toffoli, a qual recomenda aos Tribunais e aos magistrados a adoção de medidas preventivas à não propagação do Novo Coronavírus no âmbito do sistema de justiça penal, dentre as quais destacam-se aquelas que versam: acerca da necessária reavaliação das sanções privativas de liberdade, incidindo sobre as medidas socioeducativas, prisões provisórias, entre outras; à máxima cautela nas novas ordens de prisão preventiva; à concessão da saída antecipada de regimes; à aplicação de medidas diversas da prisão; entre outras.

Arelado às medidas preventivas, o DEPEN publicou no Diário Oficial da União a Portaria nº 5, de 16 de março de 2020, com a finalidade de regulamentar as visitas, os atendimentos de advogados e as atividades nas unidades prisionais com o objetivo de prevenir, controlar e conter os riscos, danos e agravos à saúde dos servidores, colaboradores e presos. Nesse sentido, a Portaria nº dispõe que:

Suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus. (BRASIL, DEPEN, 2020, s/p)

12 É uma terminologia que se origina nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, mediante a comprovação de uma sistemática de violações de direitos. Conforme apresentado na exordial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347),

Nessa mesma perspectiva de prevenção, os Estados também estabeleceram medidas para o funcionamento dos estabelecimentos prisionais. O Estado de Goiás, por meio da Diretoria-Geral da Administração Penitenciária (DGAP), publicou a Portaria nº 77/2020 a qual suspendeu visitas, atendimentos e atividades.

Suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas em todas às Unidades Prisionais pertencentes à Diretoria Geral de Administração Penitenciária - DGAP como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus. (BRASIL, DGAP/GO, 2020, s/p)

Os dados apresentados no painel interativo do DEPEN, acerca do monitoramento do Covid-19 nas Unidades Prisionais, permite também observar que todos os Estados Federais adotaram, cumulativa e/ou alternativamente, algumas medidas de prevenção à não disseminação do Covid-19 no ambiente prisional, entre elas: a suspensão total das visitas; a restrição das visitas; entre outras alternativas. Todavia, com a finalidade de restringir o contato social à não proliferação da doença, algumas medidas ocasionaram na supressão de alguns direitos dos presos, afetando, assim, alguns elementos da fase executória da pena.

OS EFEITOS DO COVID-19 NOS REGIMENTOS DE PROGRESSÃO DE PENA

A progressão de regime, estabelecida como direito do condenado no âmbito da execução penal, se associa largamente a uma forte conjuntura principiológica, que se articula e relaciona constantemente. Entre estes destaca-se o princípio da individualização da pena, que segundo Souza e Japiassú (2018), apresenta uma previsão constitucional, impondo que a pena não deve passar do indivíduo apenado, contendo as fases legislativa, judiciária e administrativa.

Antes de adentrarmos no regime de execução da pena, faz-se necessária uma breve explanação quanto à política penal brasileira vigente. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014), o Brasil adota, desde a reforma penal de 1984, o sistema dualista alternativo como medida repressiva quanto a punibilidade do agente infrator. Esse sistema está estruturado

no binômio pena/medida de segurança: 1) a pena proporcional à gravidade do injusto praticado fundada na culpabilidade do agente; 2) a medida de segurança fundada na periculosidade criminal do infrator inimputável (arts. 96 a 99 do Código Penal).

Quanto ao sistema de penas (direcionadas aos sujeitos penalmente imputáveis), o Código Penal (CP) adota uma divisão em três espécies: a) as penas privativas de liberdade; b) as penas restritivas de direitos; c) e a pena de multa (art. 32, incisos I, II e III do CP, respectivamente). Quanto ao sistema de medidas de segurança, este possui duas espécies: a) a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; b) e o tratamento ambulatorial (art. 96, incisos I e II, CP, respectivamente).

Feitas as devidas considerações, destaca-se que atualmente a pena privativa de liberdade “[...] é o centro de gravidade da política penal brasileira” (SANTOS, 2014, p. 482), onde a maioria das sentenças condenatórias transitadas em julgado suprimem a liberdade dos sujeitos praticantes de crimes mais graves e, desse modo, de maior reprovabilidade social.

Nesse viés, as penas privativas de liberdade são divididas nas formas de reclusão e de detenção, quanto à maneira de execução da pena. Aos crimes cuja pena prevista é a reclusão, o agente infrator tem a possibilidade de iniciar sua execução nos regimes fechado, semiaberto e aberto. Quanto à detenção, a execução da pena far-se-á nos regimes semiaberto e aberto, conforme expressa previsão legal (art. 33, *caput*, do CP). Desse modo, cabe frisar que, como visto, o regime fechado se constitui como uma “exceção determinada pela necessidade” (SANTOS, 2014, p. 483) da repressão penal, e não como regra.

O que determinará o regime de início do cumprimento de pena são os critérios de quantidade da mesma (o *quantum penal*) fixada na sentença condenatória e a condição de primariedade do sujeito. Segundo o art. 33, §2º, do Código Penal:

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado:

[...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalva-

- das as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
 - b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
 - c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (BRASIL, 1940, s/p).

Após a determinação da quantidade de pena suficiente e necessária para repressão e prevenção da criminalidade, na sentença condenatória será definido o regime inicial de cumprimento de pena, nos termos dos artigos 33, parágrafos 2º e 3º, CP . Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será expedida guia de recolhimento (nos termos do art. 105, da Lei de Execuções Penais - LEP), para que se efetue a prisão do condenado. Assim, como já visto, o regime de execução das penas privativas de liberdade é orientado pelos critérios de progressividade, como regra, ou de regressividade, como exceção. Logo, a progressão de regime tem como objetivo a humanização da pena, através da análise do mérito do condenado e o tempo de execução da mesma, constituindo numa “[...] passagem do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo” (SANTOS, 2014, p. 485) subsequente¹³.

Antes que seja efetuada a progressão, todavia, o sujeito deverá ter cumprido a porcentagem correspondente ao tipo de crime pelo qual foi condenado, segundo os valores percentuais previstos nos incisos I a VIII, do art. 112 da LEP (após reforma da Lei nº 13.964/2019), além do bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (art. 112, §1º, LEP) e a manifestação do Ministério Público e da Defesa (art. 112, §2º, LEP).¹⁴

13 A chamada progressão per saltum é inadmissível no sistema de cumprimento de regime de penas no Brasil, tendo posicionamento sumulado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Súmula nº 491).

14 Há algumas exceções quanto à progressividade do regime de cumprimento de pena quanto aos crimes contra a administração pública, *vide* art. 33, §4º, do Código Penal, bem como nos termos do art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/1990.

Quanto à regressão de regime¹⁵, configura-se como o retorno do preso a qualquer regime mais rigoroso¹⁶. Essa situação é ocasionada mediante duas hipóteses previstas no art. 118, incisos I e II e §§ 1º e 2º da LEP:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado (BRASIL, 1984, s/p).

Logo, vistos os critérios para a progressão e a regressão do regime de cumprimento de pena, assim como o sistema de medidas repressivas adotadas pelo sistema normativo penal, através da subdivisão nas três espécies de penas criminais e os fundamentos para determinação do regime de cumprimento de pena inicial, caminha-se à análise da atual conjuntura carcerária diante do contexto pandêmico e como esse momento excepcional influenciou na organização sistêmica.

É cediço que no Brasil há uma deficiência quanto a disponibilidade de vagas e estruturas de colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (para cumprimento de pena em regime semiaberto) e de casas de

15 Nesse aspecto da regressão do regime, a doutrina penal contemporânea se manifesta no sentido de que se para a progressão de regime do preso é necessário, além de outros elementos, a manifestação do Ministério Público e da Defesa e a decisão judicial motivada, para a regressão de regime também se faz imprescindível tais manifestações, sendo insuficiente a simples audiência para oitiva do condenado, como prevê o art. 118, §2º, da LEP.

16 Na jurisprudência atual dos Tribunais, a regressão *per saltum* é passível de ocorrer, diante da análise do *caput* do art. 118 da Lei de Execuções Penais. *Vide*: STJ - RECURSO ESPECIAL (REsp) 1.692.626 MS (2017/0215373-0), STJ - RECURSO ESPECIAL (REsp) nº 1.456.634 - MS (2014/0127399-8).

albergado ou estabelecimento adequado (para cumprimento de pena em regime aberto). Desse modo, os detentos cumprem suas penas em penitenciárias comuns, casas de albergados, e, em alguns casos, em regime de prisão domiciliar, seguindo as diretrizes previstas no artigo 115 da LEP, ou, até mesmo, de forma livre com o uso de tornozeleiras eletrônicas, sem a devida execução de cumprimento de pena nos estabelecimentos condizentes ao regime do preso.

Arelado ao regime de cumprimento de pena, o trabalho (como elemento de remição de pena e meio de reintegração social do sujeito) é facultado ao condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto (art. 126, *caput*, LEP), sendo reduzido um dia de pena para cada três dias de trabalho, conforme o inciso II, do §1º do mesmo dispositivo. Ao preso em regime aberto, o trabalho configura como elemento imprescindível ao ingresso no regime mais brando (art. 114, inciso I, da LEP), sendo dispensado apenas para aquelas pessoas descritas no artigo 117 da LEP (pessoas maiores de 70 anos, condenados com doenças graves, condenada gestante e condenada com filho menor de idade ou deficiente físico ou mental).

No entanto, algumas críticas são tecidas com relação ao trabalho/prisão e à possível “[...] simbiose fábrica/cárcere, em que a fábrica é construída sob a forma de cárcere, ou inversamente, o cárcere assume a forma da fábrica, configurando o ideal de exploração capitalista do trabalho humano” (SANTOS, 2014, p. 478).

Pensando nas perspectivas gerais do trabalho no cárcere, segundo Souza e Japiassú (2018), a atividade laboral se coloca enquanto instrumento fundamental na reintegração social do indivíduo apenado, porém, inspirada também na ótica do trabalho como um novo sofrimento dentro do castigo. Ainda assim, muitas são as possibilidades críticas em relação a essa questão, a exemplo, à não submissão desta forma de trabalho ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas sim, à LEP (segundo está previsto no art. 28, §2º)¹⁷, a qual prevê uma

17 Segundo o doutrinador Rodrigo Roig (2018), o preso que desempenha atividade laborativa não está submetido ao regime da CLT, mas sim cabendo à Justiça Comum julgar as respectivas causas, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial (REsp) 1124152/DF. No entanto, “o fato de não se aplicar a CLT

remuneração¹⁸, mediante prévia tabela, de valor não inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo vigente (art. 29)¹⁹.

A LEP prevê que o ganho salarial advindo do trabalho prisional deve seguir uma espécie de ordem acerca da forma na qual será utilizado. Conforme explica Souza e Japiassú (2018), primeiramente será aplicado na forma de indenização aos danos causados pelo crime (desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios, segundo art. 29, §1º, alínea a, da LEP). Em seguida, será utilizado à assistência familiar e às pequenas despesas pessoais e, por fim, como forma de ressarcimento ao Estado em relação aos gastos atribuídos ao indivíduo condenado²⁰.

Destarte, é controverso pensar em uma relação de trabalho que não seja regulada por meio da CLT e que tenha uma obrigatoriedade de

não significa que os presos estejam alijados de determinados direitos” (ROIG, 2018, p. 107). A interpretação do artigo 28, §2º, da LEP deve ser realizada de acordo com os parâmetros da Constituição Federal e diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, devido a estrutura hierarquizada das normas oriundas do entendimento de Hans Kelsen (1998). Nesse caso, deve-se aplicar aos presos trabalhadores os direitos preconizados no artigo 7º da Constituição Federal, já que a Carta Magna, destinou-os a todos os trabalhadores, rurais e urbanos, sem realizar nenhuma distinção quanto aos presos. Assim também segue a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu art. 23, estabelece o direito igual de remuneração por igual trabalho a toda pessoa, sem qualquer distinção. Assim, caberá aos presos os direitos como 13º salário, férias anuais remuneradas, aviso de dispensa, aumento da remuneração devido a atividades insalubres e/ou perigosas, entre outros positivados na Constituição, mediante a forma pecuniária ou através do cômputo da remição.

18 É importante salientar que, como previsto no artigo 30 da Lei de Execuções Penais, as tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não são remuneradas.

19 Segundo Roig (2018, p. 111), “o não pagamento (ou pagamento irregular) da remuneração devida é medida atentatória, além da humanidade, ao princípio da intranscendência (transcendência mínima) da pena, pois retira da família do condenado a possibilidade de receber assistência deste, além de prejudicar eventual ressarcimento ao Estado ou mesmo indenização dos danos causados pelo crime”. Além disso, a remuneração do preso trabalhador também possui caráter alimentar, visto as necessidades do mesmo e de sua família.

20 No artigo 29, §2º da Lei de Execuções Penais é positivada a possibilidade do pecúlio ao condenado. Ou seja, em caso de trabalho do apenado e ressalvadas as outras aplicações legais previstas no parágrafo anterior, a sobra da remuneração deste será colocada em Caderneta de Poupança, que será entregue ao contendo após o cumprimento total de sua pena e, conseqüentemente, a sua liberdade.

terminada por lei, acerca da destinação referente ao ganho salarial. Como apresenta Freire (2005), o direito constitucional da isonomia é violado em detrimento da privação de liberdade, marcando a vida dos indivíduos apenados pela incompletude de seus direitos sociais.

No entanto, com o advento do quadro pandêmico, ocasionado pela propagação em larga escala do Covid-19 na sociedade, os presos que estavam sob o direito de prestação de serviços laborais tiveram suas atividades suspensas. Essa suspensão ocasionou na perda da possibilidade de remição da pena e, em alguns casos, na regressão forçada de regime, visto a necessidade de colocar os presos em estado de quarentena e isolamento social como medida de prevenção à doença.

Diante desse fato, observa-se que:

No regime semiaberto há a possibilidade de trabalho ou de estudo durante o dia, dentro ou fora do estabelecimento prisional, devendo retornar à noite. No regime aberto a pena é cumprida na mesma sistemática, podendo exercer-se atividade laborativa durante o dia, retornando à noite, porém, não para um presídio, mas sim para as chamadas casas de albergado (ou compatível) (SAMPAIO, 2020, s/p).

Desse modo, os presos em regime semiaberto e aberto, que antes apenas pernoitavam no cárcere ou em casas de albergado, tiveram, além da liberdade totalmente suprimida, a impossibilidade de dar continuidade às atividades laborais, figurando uma clara regressão de regime intempestiva, ocasionada pelo novo coronavírus. Essa regressão, não arrolada nas hipóteses previstas do art. 118, da Lei de Execução Penal (LEP), configura-se, também, como uma violação à Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual dispõe: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2016).

É cediço que a punição deve ser a medida que se impõe ao criminoso pela prática delitiva a qual foi condenado. No entanto, adverte-se que o ordenamento jurídico, em matéria penal, deve buscar a proteção do preso frente ao poder coercitivo-punitivista do Estado. A segregação do preso, portanto, ao regime de maior gravosidade, mediante o quadro

epidêmico, configura-se, inegavelmente, como uma violação à garantia da progressividade de regime e do cumprimento de pena.

Foi nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça (STF) concedeu a liberdade a dois apenados do regime semiaberto de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, estendendo os efeitos da decisão aos demais presos situados nos regimes semiaberto e aberto do município mineiro, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 575.495/MG, de propositura da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DP/MG).

Essa decisão encontra-se em harmonia com a Recomendação nº 62/2020, expedida pelo CNJ, que orienta os Tribunais e magistrados quanto à adoção de medidas alternativas e preventivas na luta contra a infecção da massa carcerária pelo novo Coronavírus. Todavia, almeja-se, também, outras alternativas à defesa dos direitos dos presos, incluindo a remição ficta daqueles que tiveram seus trabalhos suspensos pela pandemia, bem como a progressão antecipada de regime dos custodiados pertencentes aos grupos de risco da doença. Desse modo, a impossibilidade da continuidade do trabalho em razão da suspensão imposta descaracteriza o regime de cumprimento de pena, agravando a condição do custodiado.

ALTERNATIVAS À DEFESA DOS DIREITOS DOS SUJEITOS CUSTODIADOS FRENTE AOS EFEITOS DO COVID-19

Diante da atual situação de pandemia mundial, torna-se importante destacar as novas possibilidades apresentadas pelo Poder Judiciário para o cumprimento de direitos e garantias fundamentais, conforme assegurado na Constituição Federal, definindo alternativas à defesa dos direitos dos custodiados frente aos efeitos do COVID-19.

Para tal, é fulcral evidenciar elementos referentes à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²¹ nº 347 (ADPF), que trata

21 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação de competência originária do STF, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, que visa reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

da situação carcerária no Brasil, tendo por requerente o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, que defende a tese de que existe em nosso país um quadro extensivo de violação de direitos fundamentais, falhas estruturais e falência de políticas públicas, que foi julgada procedente pelo STF. (BRASIL, 2015).

Em março de 2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), ajuizou uma ação de Tutela Provisória Incidental²² na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, apresentando uma série de problemáticas relacionadas à pandemia do Covid-19 nos presídios brasileiros, e, oportunamente, solicitando soluções e apresentando sugestões, entre elas, a possibilidade de progressão de regime.

Também foi apresentado o Requerimento de Medida Cautelar Incidental no bojo da ADPF 347 por parte do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Defensoria Pública do Estado de São Paulo, representada pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos.

O documento aponta que, em março de 2020, por conta de uma decisão negativa do Corregedor Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suspendendo saídas temporárias às vésperas, ocorreram diversas rebeliões por todo Estado de São Paulo, principalmente nos estabelecimentos de progressão penitenciária, com evasão de vários indivíduos de modo desordenado.

Outro documento apresentado é o Habeas Corpus Coletivo, repressivo e preventivo impetrado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Defensoria Pública da União, por meio da Defensoria Regional de Direitos Humanos em São Paulo, e pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio do Núcleo Especializado de Situação Carcerária e de seu Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres.

22 A Tutela Provisória Incidental, ocorre considerando a existência de uma ação em curso, e preenchidos os requisitos que autorizam a concessão da tutela provisória cautelar ou antecipada, a parte simplesmente protocola petição ao juiz da causa, que é acostada aos autos do processo único, ou seja, não acarreta a formação de um novo processo, permitindo a apreciação do pedido através de decisão de natureza interlocutória. (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Em seu rol de pedidos, solicita, em caráter liminar, que todas as pessoas que cumprem pena em regime semiaberto (ou ao menos os que estão em situação mais adversa por conta da superlotação carcerária) possam gozar de antecipação do direito à progressão de regime, regime domiciliar, livramento condicional, ou mesmo, saída temporária com monitoramento eletrônico, por conta da pandemia do Covid-19.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Especial (RE) 641.320/RS, determina em sua ementa, que, por conta de déficit de vagas, a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, de modo que deve ser determinada a saída antecipada da pessoa presa, evitando, assim, constrangimento ilegal.

A proposta acerca da Progressão Penitenciária também é apresentada como solução para que ocorra uma melhor distribuição dos apenados que estão em cumprimento de regime fechado, que ocupariam as alas do semiaberto, evitando assim os desconsoles infringidos por conta da superlotação carcerária.

A IMPETRAÇÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO PARA PROGRESSÃO ANTECIPADA DE REGIME NO DISTRITO FEDERAL

Nesse contexto, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Distrito Federal (OAB-DFI) e a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), em conjunto com o Instituto de Garantias Penais (IGP), a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e a Associação Nacional dos Advogados Criminalistas (ANACRIM), impetraram um *Habeas Corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, ao Excelentíssimo Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em favor de todos os encarcerados do Sistema Penitenciário do Distrito Federal que teriam o requisito temporal para progressão ao regime aberto alcançados nos próximos 120 dias, contando-se da data de 23 de março de 2020.

Esse remédio heróico, com fundamento nos artigos 5º, incisos LVI e LXVIII da CF, e nos art. 647 e seguintes do Código de Processo Pe-

nal, possui como motivo a não aceitação do Juízo da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal das Recomendações do CNJ. Logo, a DPDF pleiteou, dentre outros pedidos, a progressão antecipada de regime dos presos que viriam a atingir o requisito objetivo da progressão de pena nos próximos 120 dias, como forma de minimizar os impactos e efeitos do isolamento social e da possibilidade de contágio epidêmico oriundos do estado de calamidade nacional em decorrência do covid-19.

Dentre os fundamentos para o pleito, salientou-se sobre o contexto fático de precariedade das estruturas sanitárias no sistema carcerário nacional, bem como das estruturas inadequadas e insuficientes do sistema de saúde brasileiro, prevendo um pico epidêmico e altos índices de casos.

Além do mais, tratando-se da Recomendação do CNJ, previa-se a progressão de regime e saída antecipada dos presos em regimes fechado e semiaberto com respaldo jurídico na Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320/RS”, além da concessão de prisão domiciliar em relação às pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto.

Nota-se que pelas recomendações do CNJ não há um recorte temporal que estaria abarcado para a antecipação de regime, mas apenas a concessão de progressão de forma imediata. No entanto, utilizou-se o período de 120 dias como fundamento na análise técnica do então ex-Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, o qual estabelecia o prazo de 180 dias para o pico de contágio do Novo Coronavírus, com a redução dos casos a partir do mês de setembro de 2020.

Logo, o prazo de 120 dias motivou-se como um parâmetro temporal para que, os presos em regime aberto, não tivessem uma regressão ilegal do seu regime para o mais gravoso (violando assim a súmula vinculante), bem como a concessão da prisão domiciliar, como forma de acatar as recomendações da Organização Mundial da Saúde para o isolamento como forma de coibir a propagação do vírus. Assim, esse isolamento não deveria necessariamente ocorrer no ambiente carcerário (ainda mais

acentuado pela falta de estruturas das unidades prisionais e a atual superlotação), mas em ambiente domiciliar e com monitoramento eletrônico.

PELA MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA REMIÇÃO PENAL: A POSTULAÇÃO PELA REMIÇÃO FICTA AOS PRESOS TRABALHADORES CUJA ATIVIDADE LABORATIVA FOI SUSPENSA PELO QUADRO PANDÊMICO.

A remição da pena é, segundo o professor Juarez Cirino dos Santos (2014), o ato de “[...] redução da pena privativa de liberdade, pelo trabalho prisional (Art. 126 e §§, LEP), na proporção de 3 dias de trabalho por 1 dia de pena” (ibidem, 2014, p. 492). Logo, o trabalho deve ser entendido como direito do preso inerente ao “dever social e condição de dignidade humana, nos termos da definição legal (art. 28, *caput*, LEP)” (ibidem, 2014, p. 493), não podendo ser vedado a este o privilégio de remir e diminuir seu cumprimento de pena, atrelando-se a antecipação da progressão de regime.

No entanto, com o surgimento do estado pandêmico acarretado pela propagação do Novo Coronavírus, os trabalhos externos e internos dos presos tiveram que ser suspensos, devido a necessidade do isolamento social. Com isso, a possibilidade de remição do preso, na lógica de 3 dias de trabalho para 1 remido, foi suplantada pela total privação de liberdade do mesmo.

Postula-se, portanto, como alternativa à manutenção do direito executório da pena, a remição ficta dos presos que estavam trabalhando anteriormente a instauração do quadro pandêmico, sob a interpretação extensiva do artigo 126, §4º da LEP, o qual dispõe da seguinte redação:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

[...]

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição (BRASIL, 1984, s/p).

Nessa vertente, entende-se que a única possibilidade aceita pela jurisprudência nacional sobre a remição ficta do preso está ocasionada pela impossibilidade do mesmo por acidente, momentâneo ou permanente, proveniente de caso fortuito (acidente). Logo, fazendo um rápido enquadramento hipotético, excluída a causa impeditiva, o agente estaria apto ao trabalho e, desta forma, tendo seus dias remidos.

É, portanto, através desse entendimento que pretende-se defender a remição ficta do trabalhador que tem sua atividade laboral suspensa devido ao Novo Coronavírus. Utilizando-se do mesmo quadro hipotético, se não houvesse motivos para isolamento social devido a gripe o custodiado continuaria em sua atividade e, com isso, teria direito à remição da pena. Desse modo, utiliza-se de uma analogia *in bonam partem* para a continuação da garantia do direito de remição de pena ao preso que foi obrigado a suspender seu trabalho devido a causa de força maior.

Atualmente, a corrente doutrinária majoritária e as jurisprudências dos Tribunais não admitem a remição penal ficta, oriunda da hipótese do preso querer beneficiar-se do privilégio de remir a sua pena através do trabalho devido a absoluta falha do Estado em garantir tal direito. Alegam que ao equiparar o preso trabalhador ao que não trabalha acabaria ferindo o princípio da isonomia.

No entanto, cabe ressaltar que neste espectro não há tentativa de equiparação do preso sem trabalho ao preso trabalhador (devido a impossibilidade e oportunidade de atividade), mas sim a analogia do acidente (exposto no dispositivo normativo citado acima) e o quadro de isolamento social, que configura como causa impeditiva proveniente de caso fortuito ou de força maior (longe da vontade subjetiva do preso). Nesse caso, o entendimento firmado nesta tese defensiva rege-se pela eficácia deste instituto apenas aos presos que exerciam, à época das suspensões das atividades laborativas e educacionais, alguma atividade com o propósito ressocializador e de remir a pena, sem ferir, dessa forma, o princípio da isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as questões discutidas no decorrer deste trabalho, defendemos ser de extrema relevância pensar no sistema carcerário brasileiro, sob uma ótica que leve em consideração a seriedade e sensibilidade necessárias para tratar dessa problemática, tendo em vista que naquele espaço se desenvolvem diversos elementos diretamente ligados a nossa forte cultura de sanha punitivista.

Destarte, demonstra-se que, historicamente, o trabalho nas prisões está associado ao modelo de estrutura econômica surgida no final do século XVIII e início do século XIX, bem como se constitui meio de controle social e tratamento do sujeito perigoso aos moldes morais voltados ao trabalho e ao modelo de gestão capitalista.

Inerente a essa perspectiva, nascem as políticas preventivas da pena, dentro da teoria da pena, voltadas à ressocialização e reintegração do preso à sociedade, punindo-o pela infração cometida e, concomitantemente, reeducando aos moldes da estrutura social. Essa visão preventiva da pena passa a alcançar, portanto, os ordenamentos jurídicos das nações e volta-se como garantia de uma pena humanitária às pessoas presas.

Atualmente, no Brasil, o trabalho configura-se como um dos direitos da pessoa presa, além de ser utilizado como hipótese de remição da pena, antecipando a progressão de regime e o cumprimento total da mesma. Todavia, com o advento da pandemia do Novo Coronavírus, as atividades laborais foram suspensas e os presos mantidos em isolamento, incidindo na restrição de liberdade e na regressão de regime, especialmente aos custodiados dos regimes semiaberto e aberto. Logo, verifica-se uma violação à Súmula Vinculante nº 56 do STF, assim como a supressão do direito de remir a pena, em decorrência de uma causalidade de força maior.

Com isso, algumas medidas foram apresentadas com base no ordenamento jurídico brasileiro, entre elas, destacamos a atuação vigorosa da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública de vários estados brasileiros, associados a outras instituições que há anos defendem direitos e garantias individuais dos presos brasileiros. Essas atuações são fulcrais na tessitura de uma nova perspectiva do direito, visando contrariar o conservadorismo e engessamento que muitas vezes se perpetua na área.

De outro modo, citamos a proposta editada pelo Conselho Nacional de Justiça, apresentando diretrizes aos Tribunais e magistrados acerca de medidas alternativas à defesa dos direitos dos presos e à não proliferação do vírus na população carcerária e nos servidores que trabalham no sistema de vigilância prisional. Apesar da grande importância da proposta, é viável realizar a crítica acerca do seu caráter de mera recomendação, ou seja, de não possuir caráter obrigacional.

Similarmente postulou-se pela progressão antecipada de regime de pena aos presos pertencentes ao grupo de risco da doença, assim como a concessão, pelo magistrado competente da Vara de Execuções Penais, da prisão domiciliar aos presos que se encontram em situação de risco. Outra alternativa admissível em nosso ordenamento jurídico, bastante louvável, é a possibilidade da remição ficta aos presos que tiveram suas atividades laborativas suspensas, como forma de garantia de um direito que foi suprimido por uma ocasião fortuita.

Por fim, conclui-se que, mesmo diante de uma calamidade pública, os direitos dos presos devem ser garantidos de forma a não violar o próprio ordenamento jurídico nacional e as normativas de execução penal, permitindo a adoção de alternativas que vão em consonância com as recomendações das entidades nacionais e internacionais no âmbito da saúde, para contenção do vírus, bem como no cumprimento de pena dos presos em conformidade com a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAZIONE ANTIGONE. Antigone Per i diritti e le garanzie nel sistema penale. Disponível em: <<https://www.antigone.it/index.php>>. Acesso em: 05 jul. de 2020.

BITTENCOURT, C. R. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

BRASIL. Painel Coronavírus. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. acesso em 08 de jul. de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. acesso em: 15 de jul. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, **COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Dezembro de 2019**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria nº 5 de 16 de Março de 2020**. Publicado em: 24/03/2020 | Edição: 57 | Seção: 1 | Página: 78. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-5-de-16-de-marco-de-2020-249490711>>. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Monitoramento semanal dos casos de contágios e mortes por Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>>. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Diretoria-Geral da Administração Penitenciária/GO. **Portaria nº 77/2020 - DGAP**. Disponível em:<https://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=000012216095&codigo_crc=0BFAE1B7&hash_download=822ef98b5f9773d085dedf9c5c3c24f5b67bee825ac3459116d1eb4365e56e3b0276f42f8934751ce62adf1be53cb76560a8b72596cb5887c-

20b6eab5a20b6aa&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=1>. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 07 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF** - Distrito Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante nº 56, de 08 de agosto de 2016**. Jurisprudência. Aplicação de Súmulas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Especial (RE) 641.320**. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Ministro Relator(a): Gilmar Mendes, Julgamento: 11/05/2016, Publicação: 01/08/2016. Brasília, Distrito Federal (DF). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 1124152/DF - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 172881 - TO (2020/0140728-2). Brasília, Distrito Federal (DF). Publicado em: 01 de fevereiro de 2021. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 491**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012). Brasília, Distrito Federal. Acesso em 14 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial (REsp) nº 1.692.626 - MS (2017/0215373-0)**. Ministra Relatora. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, Distrito Federal (DF). Data da publicação 22 de setembro de 2017. Acesso em 18 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp nº 1456634 / MS (2014/0127399-8)**. Ministro Relator. Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, Distrito Federal (DF). Data da publicação 12 de maio de 2017.

BORGES, J. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

CHRISTIE, N. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 2014.

FREIRE, C. R. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 35). Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/monografia/35-Monografia-no-35-A-Violencia-do-Sistema-Penitenciario-Brasileiro-Contemporaneo-O-Caso-RDD-Regime-Disciplinar-Diferenciado>>. Acesso em: 01 de fev. de 2020.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva. 1974.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 1881-1973. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTENEGRO FILHO, M. **Novo Código de Processo Civil comentado**. – 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, C. B. F. **Para além das celas de aula: a educação escolar no contexto prisional à luz das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia- Minas Gerais**. 2012. Dissertação [Mestrado]. 138 p. Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais: Uberlândia, 2012.

ROIG, R. D. E.. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/291348/mod_resource/content/3/2.1-E-book-Metodologia-do-Trabalho-Cientifico-2.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

SAMPAIO, K. **O STJ e a concessão de prisão domiciliar para presos em Minas Gerais**. Canal Ciências Criminais. 06 de julho de 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-stj-e-a-concessao-de-prisao-domiciliar-para-presos-em-minas-gerais/>>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

SANCHEZ, A.; SIMAS, L; DIUANA, V.; LAROUZE, B. **Covid-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública?**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 36, n. 5, e00083520, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000500502&lng=en&nrm=iso>. Acesso em Jul. 2020.

SANTOS, J. C. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014.

SOUZA, A. B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Direito penal: volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** - Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

WACQUANT, L.. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZACKSESKI, C. **Relações de Trabalho nos Presídios**. Revista do Ministério Público do Trabalho, REV. MPT. Brasília, ANO XII, nº

23, 2002. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/2717/Revista%20MPT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%2023.pdf>>. Acesso em: 06 de jul. 2020.

ZAFFARONI. E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11.ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A SINDEMIA GLOBAL DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE VULNERABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

THE GLOBAL SYNDemic OF COVID-19: AN ANALYSIS ON SOCIAL VULNERABILITY AND PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Gabrielle Pereira Santos¹
Shelda Colpani Vitório²

Data de Submissão: 05/04/2021
Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o fenômeno da sindemia global causada pelo novo coronavírus e sua influência quanto ao que tange aspectos da vulnerabilidade social e a necessidade de aplicação de políticas públicas no território brasileiro. O debate o qual permeia a temática elencada procura listar aspectos, cuja principal influência perpassa pela herança histórica e estrutural das desigualdades sociais no país, ainda mais evidenciadas em tempos de pandemia global, categorizando os grupos mais afetados, bem como abordando os diferentes mecanismos de proteção social capazes de amparar os grupos mais vulneráveis frente a uma sindemia. Anota-se, ainda que o presente estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, sendo realizada através da utilização de metadados e ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, em órgãos públicos, bem como em doutrinas, os quais serão referenciadas ao final. Através do exposto, os resultados obtidos foram os de que a COVID-19 não é apenas uma pandemia, mas uma sindemia, haja vista que seus efeitos negativos são potencializados pelas profundas desigualdades existentes

1 Graduada em Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG; e-mail: gabriellesantos475@gmail.com

2 Graduada em Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG; e-mail: sheldacoolpani@hotmail.com

no país, sendo necessário um tratamento amplo, levando em consideração as vulnerabilidades da população, a fim de que possa ser contido, sem maiores prejuízos.

Palavras-chave: Desigualdade, pandemia, sindemia, vulnerabilidade, políticas públicas.

Abstract: This study aims to analyze the phenomenon of the global syndemic caused by the new coronavirus and its influence on aspects of social vulnerability and the need to implement public policies in Brazilian territory. The debate about the subject-matter seeks to list aspects, whose main influence pervade the historical and structural inheritance of social inequalities in the country, which are even more evident during a global pandemic, categorizing the most affected groups, as well as addressing the different protection mechanisms capable of supporting the most vulnerable groups in view of a syndemic. It is noted, even though the present study consists of a bibliographic and documentary research, being carried out through the use of metadata and research tools available on the world wide web, in public agencies, as well as in doctrines, which will be referenced at the end. Through the foregoing, the results obtained were that COVID-19 is not just a pandemic, but a syndemic, given that its negative effects are enhanced by the deep inequalities that exist in the country, requiring a broad treatment, taking into account the vulnerabilities of the population, in order to that it can be contained without further damage.

Keywords: Inequality, pandemic, syndemic, vulnerability, public policies.

1. INTRODUÇÃO

No início de dezembro de 2019 foram registrados em Wuhan, capital da província de Hubei, na China, casos de pneumonia de origem desconhecida. Já no final do mês, foi descoberto que se tratava de uma doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, pertencente a uma longa linhagem de coronavírus. A Covid-19, doença causada pelo patógeno SARS-CoV-2, pode se manifestar de forma leve, com sintomas parecidos com um resfriado, ou de forma mais grave, podendo causar até mesmo a morte. Alguns dos sintomas mais comuns são: febre, tosse, coriza e dor de garganta (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). A principal forma de transmissão do novo coronavírus é pelo contato com as gotículas que são expelidas quando uma pessoa infectada tosse ou espirra.

A Covid-19 não é a primeira epidemia causada por um coronavírus. Entre 2002 e 2003, também na China, foi identificada a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), causada pelo vírus Sars-CoV. A SARS foi registrada em vinte e seis países e foi responsável pela infecção de 8098 pessoas e 774 mortes. (WILDER-SMITH; CHIEW; LEE, 2020). Foi controlada e posteriormente erradicada com a adoção de medidas de isolamento e distanciamento social. Já em abril de 2012, foi registrado na Arábia Saudita o primeiro caso de infecção humana pelo coronavírus MERS-CoV, que causa a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). De 2012 a junho de 2018, foram registrados 2.229 casos e 791 mortes distribuídos entre 27 países (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018). Até 2020, a Covid-19 tinha registrado uma taxa de mortalidade menor do que a SARS e a MERS, porém o novo coronavírus é altamente transmissível.

Desde os primeiros registros do novo coronavírus em 2019, o número de infectados vem crescendo exponencialmente. Em 24 de fevereiro de 2020, quase dois meses após os primeiros registros da Covid-19, 16 países já estavam em alerta para casos suspeitos da doença (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). E em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a Covid-19 como uma pandemia. Conquanto qualquer pessoa possa ser infectada pelo novo coronavírus, há uma parcela da população que tem maior chance de desenvolver a forma grave

da Covid-19, são os chamados grupos de risco. A maior da parte das infecções pelo novo coronavírus apresentam sintomas leves, mas quando associado com outras doenças não transmissíveis, tais como, diabetes, obesidade e asma, a chance de evoluir para um quadro grave da doença aumenta drasticamente.

O presente estudo se propõe a analisar o caráter sindêmico da Covid-19, para tanto, o artigo foi estruturado em quatro partes. A primeira parte apresenta uma breve explicação do termo sindemia e as implicações dessa nova classificação. A segunda parte enfoca a correlação entre a desigualdade socioeconômica e o risco de infecção e óbito pelo novo coronavírus, a partir de uma análise da incidência de infecção e óbitos pelo vírus e do índice de desigualdade das diferentes regiões do Brasil. O conceito de desigualdade econômica abordado neste trabalho parte da premissa do estudo elaborado por Corrado Gini (1912). O índice ou coeficiente de Gini, elaborado pelo estatístico italiano, estipula uma fórmula em que o coeficiente varia de 0 a 1, sendo 0 a condição perfeita (não existindo desigualdade social), e 1 corresponde ao maior índice possível de desigualdade, levando em consideração, para tanto, as condições de renda. Ressalva-se que há outros fatores que também podem ser utilizados para mensurar a desigualdade, como o acesso a moradia, a saneamento básico e demais serviços públicos essenciais, sobretudo porque a precariedade desses elementos dificulta o cumprimento das medidas de prevenção propostas pela OMS (2020), quais sejam: lavar as mãos frequentemente com água e sabão ou álcool em gel, cobrir a boca com o antebraço quando tossir ou espirrar e manter distância de pelo menos 1 metro das outras pessoas. À face do exposto, mostra-se necessário abordar também outros aspectos além da renda para mensurar as desigualdades do Brasil. A terceira parte aborda os direitos fundamentais e o papel do Estado na efetivação desses direitos, analisa-se a atuação estatal no combate às desigualdades e à vulnerabilidade social através das políticas públicas. Por fim, a quarta parte examina os reflexos da desigualdade que nunca foi efetivamente combatida nas estratégias de enfrentamento ao novo coronavírus.

2. A NATUREZA SINDÊMICA DA COVID-19

O termo sindemia é um neologismo criado a partir da combinação das palavras sinergia e pandemia, a expressão foi utilizada pela primeira vez pelo antropólogo e médico Merrill Singer por volta de 1990, quando fazia uma pesquisa sobre o consumo de drogas em comunidades de baixa renda dos Estados Unidos. A partir dessa pesquisa, concluiu que quando uma interação entre doenças era associada a um contexto de profunda desigualdade socioeconômica, seus efeitos negativos eram potencializados. Essa interação biológica e social foi denominada de sindemia. Para Singer et.al (2017), o caráter sindêmico de uma doença implica em uma abordagem ampla, considerando o seu contexto biossocial, uma vez que a interação com outros fatores pré-existentes, tais como, a pobreza e a existência de outras doenças, podem potencializar seu efeito. Portanto, não se trata apenas de uma mudança de nomenclatura, pois considerar uma doença como sendo uma sindemia consiste em tratá-la de forma integrada, considerando os fatores sociais e econômicos da população afetada.

Atualmente, uma parcela dos especialistas defende o caráter sindêmico da Covid-19, visto que essa moléstia interage com as Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) e tem atingido com mais intensidade países com maiores desigualdades socioeconômicas. Segundo Horton (2020, p. 237 tradução nossa) “A natureza sindêmica da ameaça que enfrentamos significa que uma abordagem mais diversificada é necessária se quisermos proteger a saúde de nossas comunidades”. Diante do cenário atual, que já são registrados mais de 107 milhões de casos de infecção e mais de 2 milhões de mortes pelo novo coronavírus no mundo todo, é fundamental a adoção de uma abordagem menos restrita, que vá além do corte das linhas de transmissão do vírus (HORTON, 2020).

Abordar o COVID-19 como uma sindemia irá convidar a uma visão mais ampla, abrangendo educação, emprego, habitação, alimentação e meio ambiente. Ver COVID-19 apenas como uma pandemia exclui esse prospecto mais amplo, mas necessário. A crise econômica que se aproxima de nós não será resolvida com um medicamento ou uma vacina. (HORTON, 2020, p.1 tradução nossa).

3. DESIGUALDADES E COVID-19: A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO FATOR AGRAVANTE DA DOENÇA NO BRASIL

Visualiza-se, desde muito, que a desigualdade socioeconômica é uma questão a qual assola a população mundial, haja vista que o tema perpassa por assuntos que vão além da distribuição de renda e carências relacionadas à adoção de políticas públicas, convergindo diretamente para tópicos elencados a estruturação das comunidades em um dado espaço e tempo. Esse problema mostrou-se muito mais complexo do que previam os filósofos do século XIX, que acreditavam que com a democratização as desigualdades seriam eliminadas.

A desigualdade econômica presente no Brasil pode ser atribuída principalmente à forma de colonização adotada pelos europeus, que implantaram no país o tipo “colônia de exploração”. Os povos nativos não somente trabalhavam para os colonos, como constituíam sua mercadoria de exportação (FURTADO, 2005). Nessa época, “a renda que se gerava na colônia estava fortemente concentrada em mãos da classe de proprietários de engenho.” (FURTADO, 2005, p. 52). Essa distribuição desigual de renda perdura até os dias atuais, o Brasil ocupa o 2º lugar no *ranking* dos países com a maior concentração de renda, segundo os dados de 2019 da Organização das Nações Unidas (ONU), ficando atrás apenas para Catar. O 1% mais rico do país concentra 28,3% da renda total brasileira.

Outro fato histórico que contribuiu consideravelmente para a desigualdade econômica nacional, sobretudo entre as regiões Nordeste e Sudeste, foi a exportação de produtos, que ocorreu de forma diferente em cada região. Segundo Leff (1972, p. 5), a disparidade econômica entre as regiões já era notória no século XIX devido ao aumento da exportação do café, produzido principalmente no Sudeste, e a queda da exportação do algodão e do açúcar, que eram produzidos no Nordeste. Em 1821, o algodão (25,8%) e o açúcar (23,1%), juntos, representavam quase 50% da receita brasileira de exportação, enquanto a participação do café na receita era de apenas 18,7%. Contudo, em 1871 a participação do algodão e do açúcar na receita brasileira de exportação já havia caído consideravelmente, enquanto a participação do café só aumentava. E em 1912, o café

já correspondia a mais de 60% da receita total de exportação, enquanto a soma da participação do algodão (2,9%) e do açúcar (0,3%) não chegava a 10% da receita.

O ritmo díspar de crescimento das exportações associava-se de fato a significativas diferenças no desenvolvimento industrial e na urbanização das duas regiões. Com o crescimento da renda regional e um mercado doméstico baseado nas exportações de café, a industrialização do Brasil que se iniciou após 1850 também concentrava-se nas províncias do Rio de Janeiro e São Paulo. Em reflexo do maior crescimento nas atividades secundárias e terciárias, a urbanização prosseguiu em ritmo mais rápido no Sudeste. (LEFF, 1972, p. 8).

Leff ainda destaca a omissão do governo frente a disparidade econômica entre as duas regiões, que não prestou um auxílio eficaz para restaurar a economia nordestina. Deve-se salientar que os acontecimentos históricos mencionados não são os únicos responsáveis pela profunda desigualdade econômica do Brasil, que é complexa e envolve múltiplos fatores. As desigualdades persistentes são um ciclo difícil de romper, especialmente pela forma como a desigualdade de rendimentos evoluiu conjuntamente com a desigualdade de representatividade política.

Alçando olhares para a atual dinâmica da sociedade brasileira, frente a síndrome global da Covid-19, contempla-se um conglomerado de aspectos que influem de maneira concreta na magnitude em que o vírus impacta cada região, sendo notória as disparidades existentes entre Norte e Sul. Os estados com a maior desigualdade econômica, de acordo com o coeficiente de Gini, são Amazonas (0,6664), Roraima (0,6394) e Acre (0,6394), enquanto os estados com o menor índice de desigualdade são Santa Catarina (0,4942), Paraná (0,5416) e Rio Grande do Sul (0,5472) (DEMENECH et. al, 2020). Em relação aos números de casos e óbitos pela Covid-19, os estados da região Norte estão entre o que apresentaram os piores resultados na incidência por 100 mil habitantes. Nessa região, Pará foi o único estado que registrou uma taxa de casos abaixo da taxa de incidência nacional. Por outro lado, na região Sudeste, apenas o Espírito Santo apresentou uma incidência de casos maior que a taxa de

incidência nacional. No que tange ao número de óbitos, Amazonas foi o estado que registrou a maior taxa de mortalidade por 100 mil habitantes (282,5), seguido por Roraima (209,5) e Rio de Janeiro (201,0). Conquanto a região Sul apresente uma incidência de casos maior que a região Norte, a incidência de mortalidade desta é bem maior que a da região Sul. Diante disso, nota-se que a desigualdade econômica potencializa os efeitos negativos da Covid-19, que atinge de forma desigual a população de um país, na medida de suas vulnerabilidades. Essa diferença no número de casos de infecção e óbitos entre as regiões pode ser explicada principalmente pelas disparidades no acesso a serviços básicos. A desigualdade segrega e marginaliza aqueles que não possuem recursos financeiros para residir em áreas com moradias planejadas, com esgotamento sanitário adequado e assistência médica e que acabam se instalando em conglomerados habitacionais de difícil acesso, de precária higienização e de infraestrutura inadequada.

[...] a repartição injusta e desigual da renda nacional entre as classes sociais são responsáveis pela instituição de um processo excludente, gerador e reprodutor da pobreza, entendida enquanto fenômeno estrutural, complexo, de natureza multidimensional, relativo, não podendo ser considerada como mera insuficiência de renda. É também desigualdade na distribuição da riqueza socialmente produzida; é não acesso a serviços básicos; à informação; ao trabalho e a uma renda digna; é não participação social e política. (SILVA, 2010, p. 157).

Em uma pesquisa realizada pelo IBGE (2019) sobre Aglomerados Subnormais, isto é, moradia em locais de ocupação irregular “caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas que apresentam restrições à ocupação”, foram registrados 13. 151 aglomerados, distribuídos entre todos os estados brasileiros e o Distrito Federal. Assim como a incidência de casos e óbitos pelo novo coronavírus, o percentual de domicílios ocupados em Aglomerados Subnormais em relação ao total de domicílios ocupados é bem maior nos estados da região Norte e Nordeste. Dos cinco estados com o maior percentual de aglomerados,

três são da região Norte: Amazonas (34,59%), Amapá (21,58%) e Pará (19,68%). Os outros estados são o Espírito Santo (26,1%), que registrou a maior incidência de casos por 100 mil habitantes do Sudeste, e o Rio de Janeiro (12,63%), que registrou a terceira maior taxa de mortalidade por Covid-19 do país. Ao todo são 5.127.747 domicílios com precariedade nos serviços de coleta de lixo, abastecimento de água, destino de esgoto e fornecimento de energia elétrica. A falta de acesso a serviços públicos essenciais nessas áreas facilita a disseminação do novo coronavírus, uma vez que “a maior parte das medidas pensadas para barrar o avanço do vírus são baseadas no isolamento e medidas sanitárias, as quais a população dessas áreas não tem acesso” (OLIVEIRA et. al, 2020 p.63).

É importante salientar ainda que a Covid-19 não é a única doença que tem seus efeitos potencializados pela desigualdade. As Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT), que são fatores de risco para a Covid-19, foram responsáveis por 63% dos óbitos ocorridos no mundo em 2008, sendo que 80% dos óbitos são de pessoas de países de baixa ou média renda. Ademais, aproximadamente 57,4 milhões de brasileiros possuem pelo menos uma DCNT e, 72% dos óbitos ocorridos no Brasil tem relação com essas doenças. “Para o bilhão de pessoas mais pobres do mundo hoje, as DCNTs representam mais de um terço de sua carga de doenças” (HORTON, 2020, p. 874, tradução nossa).

4. POSITIVAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez elencados os fatores os quais incidem diretamente na disseminação do vírus, potencializando os desdobramentos da pandemia e comprometendo as ações adotadas pelos órgãos sanitários, questiona-se acerca da existência e eficácia de dispositivos legais capazes de protegerem os indivíduos, os quais se encontram no rol de vulnerabilidade social. Em meio a esta condição caótica, emergem os direitos fundamentais, ou seja, as prerrogativas inerentes ao ser humano, cujo objetivo é o respeito à dignidade destes.

O surgimento de uma corrente com princípios de caráter protecionista teve início com o apogeu dos ideais revolucionários do século XIII, os quais acompanharam a Revolução Francesa, tendo como expoentes a liberdade, a igualdade e a fraternidade, evoluindo, posteriormente, para uma triangulação dos direitos humanos, defendida por Karel Vasak (1979). Para os autores Guilherme de Assis Almeida e Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi Apolinário (2009), a aquisição dos direitos humanos, pautou-se em uma conquista histórica:

No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo, os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais. (ALMEIDA, Guilherme de Assis. APOLINÁRIO, Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi, 2009. p.58)

Neste contexto, há uma transferência direta de responsabilização para o Estado quanto ao que tange à efetivação de tais direitos. Deste modo, considerando que a evolução dos direitos fundamentais seguiu uma sequência temporal, é possível afirmar que houve uma adequação de tais prerrogativas conforme os acontecimentos mundiais históricos, acometendo a distinção dos direitos individuais e coletivos. Destarte, tem-se que a primeira geração interposta na triangulação descrita por Vasak é aquela relacionada às liberdades de caráter individual, como por exemplo, a liberdade de expressão, religiosa, de circulação, consciência e, também, ao direito a propriedade e inviolabilidade de domicílio, tendo início em meados do século XIX, caracterizando uma pretensão abstrata e universalista. Ressalva-se, ainda, que tal geração tem correspondência com os direitos civis e políticos dos indivíduos, recebendo, no Brasil, a designação de liberdades públicas e estas já havia sido institucionalizada com a Constituição de 1215 do Rei João Sem Terra.

Por contemplar a manutenção da integridade física e moral, bem como os direitos à personalidade do indivíduo, tem-se que ao Estado cabe o dever de criar instrumentos, a fim de tutelarem tais interesses:

[...] bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um [...] O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo. (SAM-PAIO, José Adércio Leite, 2010).

Enquanto isso, a Segunda Geração atenta para aspectos relacionados à industrialização e os delicados impasses socioeconômicos enfrentados pela sociedade ocidental entre os séculos XIX e XX, com respaldo nas más condições dos trabalhadores fabris e, na busca desta mão de obra por melhores condições sociais. Enquanto direitos a igualdade em sentido *latu sensu*, são considerados pragmáticos, haja vista que não são amparados pelas garantias processuais protecionistas da primeira geração, tratando, para tanto de direitos relacionados a coletividade, de interesses gerais, podendo ser elencados a educação, a saúde, o direito à greve, participação política e o direito a reunião, sendo a maior exemplificação deste período a criação da Constituição de 1891, no Brasil.

Já a Terceira Geração de direitos foi responsável por caracterizar uma fase de intrínsecas mudanças nos sistemas sociais, emergentes do fenômeno da globalização, afetando áreas relacionadas à tecnologia, robótica e ampliando o desenvolvimento de meios correlatos à internet, bem como o homem passou a valorizar mais o meio ambiente, potencializando o conceito de solidariedade. Contemplando o que permeia o assunto, tem-se que pensadores como Paulo Bonavides (2016), entendem o episódio como uma única categorização, qual seja, aquela relacionada ao desenvolvimento, cujo principal objetivo é o de promover uma ordem internacional mais justa:

“Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da

igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, Paulo, 2016).

Não obstante, um outro viés de pensamento, o qual inclui pensadores como Antonio Carlos Wolkmer (2013) e Valerio Mazzuoli compreende a Terceira Geração de direitos como sendo uma exteriorização da coletividade; logo, não estariam voltados para a centralização do homem, mas sim visariam os interesses da coletividade, amparando aspectos comuns à humanidade.

Acompanhando o prisma de que é papel do Estado garantir a efetivação dos direitos dos homens, principalmente diante de uma crise, e alçando olhares para o cenário caótico atual, tem-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos esclarece que em situações epidêmicas há a possibilidade de supressão de alguns direitos, como aqueles que dizem respeito à liberdade de ir e vir ou quanto a direitos econômicos, jamais podendo serem colocados em xeque os direitos à vida e à saúde, uma vez que estes são tidos como absolutos e inderrogáveis. Posto isto, o Brasil, mediante a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º e 6º, ratificou a existência de direitos inerentes ao ser humano, chamados de fundamentais, não podendo; pois, em qualquer situação serem negados pelo Estado Democrático de Direito, devendo, ainda, serem promovidos de forma igualitária e gratuita a todos os cidadãos (art. 196 da CF/88, BRASIL, 1990). A Carta Magna estabelece que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º). Contudo, essa regra não é absoluta, uma vez que alguns direitos elencados precisam de uma ação positiva do Estado ou do legislador para ter plena eficácia. Parte dos direitos sociais, por exemplo, necessitam de uma complementação legislativa ou de uma ação estatal, por meio de políticas públicas, para ter plena eficácia (MASSON, 2020, p. 250).

4.1 As políticas públicas enquanto categoria jurídica

O papel desempenhado pelo Estado na sociedade sofreu inúmeras transformações, acompanhando acontecimentos marcantes durante a história. Entre os séculos XVIII e XIX, por exemplo, seu objetivo primordial perpassava pela segurança pública e pela defesa externa em caso de ataque inimigo. Contudo, com a expansão da influência capitalista, as responsabilidades destinadas ao Estado se diversificaram, sendo comum, na atualidade, a assertiva de que compete à máquina estatal a promoção do bem-estar da população em todos os aspectos da vida social, necessitando, para tanto, da adoção de ações positivas, com o fim de solucionar os problemas de uma comunidade, as quais são chamadas de políticas públicas.

Inobstante, para que seja possível a conceituação do termo “políticas públicas”, incide uma necessidade imediata da contemplação da relação existente entre as três arestas: governo, política e direito, sendo a política a base substancial, refletida pelas ações dos governantes e institucionalizadas por meio da positivação expressa pelo direito. Assim, tem-se a análise de que:

“(…) costuma-se pensar o campo das políticas públicas unicamente caracterizado como administrativo ou técnico, e assim livre, portanto do aspecto ‘político’ propriamente dito, que é mais evidenciado na atividade partidária eleitoral. Este é uma meia verdade, dado que apesar de se tratar de uma área técnico-administrativa, a esfera das políticas públicas também possui uma dimensão política uma vez que está relacionado ao processo decisório”. (Fernandes, 2007: 203).

Partindo do pressuposto de que as políticas públicas estão imbuídas no rol de ações governamentais, cujo impulso compreende a movimentação da máquina estatal, por meio de um arranjo institucional que busca a afirmação de determinadas iniciativas, amparadas por dispositivos jurídicos diversos, esta deve ser entendida como uma categoria jurídica. Segundo o conceito de Ronald Dworkin, acerca das políticas públicas enquanto análise no âmbito da Teoria do Direito, visualiza-se que estas são entendidas como “(…) aquele tipo de padrão que estabelece um obje-

tivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Outras concepções a respeito da temática resvalam pela categoria da normatividade e das regras e princípios. Uma vez entendidas as políticas públicas como um mecanismo de objetivos estabelecidos, elas atuariam em um sentido complementar, preenchendo as lacunas jurídicas e concretizando os preceitos, como também entende Ronald Dworkin, “princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (*policies*) são proposições que descrevem objetivos”.

De tal modo, visando garantir o bem-estar da sociedade por meio de ações, as quais buscam solucionar os problemas que assolam a comunidade em geral, os governos, sejam eles nacionais, municipais ou estaduais agem em prol da concretização dos anseios sociais, buscando efetivar os chamados direitos fundamentais e conferindo aos cidadãos possibilidades reais de terem suas dignidades preservadas enquanto sujeitos de direitos. Sobre o tema, Gianpaolo Poggio Smanio acrescenta:

“As Políticas Públicas são instrumentos importantes para a concretização dos Direitos Fundamentais. Exigem atuação da Administração Pública, dos órgãos e Poderes do Estado na sua consecução. O arcabouço normativo que constitui as Políticas Públicas deve trazer a sua legitimação e eficiência. (...) as Políticas Públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio, p. 12).

A fim de que o Estado cumpra com o seu papel constitucional e garanta a efetivação de tais direitos, é importante que haja a teorização do aspecto jurídico quanto ao que diz respeito às políticas públicas, haja vista que é sobre o direito que se estrutura a comunicação entre o Poder Legislativo, o governo e a Administração Pública, o que é responsável por justificar o aspecto coletivo de tais políticas. A partir da Lei Federal 7.347/1985 e do Código de Defesa do Consumidor, ambos amparados pela Constituição Federal, a tutela de direitos superou a concepção individualista, conferindo proteção aos direitos entendidos como difusos, individuais homogêneos e coletivos, sendo capaz de abranger uma gama

de indivíduos que se encontram na mesma situação, mesmo tratando de um mecanismo específico.

Para melhor entendimento dos tópicos, os quais abrangem a temática, é imprescindível o entendimento do que vem a ser os “atores”, ou seja, os cidadãos os quais integram o sistema público e participam ativamente, por meio de ações e reivindicações, de temas que se tornarão, posteriormente, políticas públicas. Referente ao processo de execução e discussão das dadas políticas, duas são as categorias de atores existentes, aquela chamada de “estatais”, relacionadas ao Governo e ao Estado (tripartição de poderes) e aquela nomeada “privados”, oriundos da sociedade civil, ou seja, sem vínculo direto com a estrutura administrativa do Estado. Diante disso, tem-se que o funcionalismo público integra um fator essencial para o bom funcionamento das diretrizes aplicadas pelo Governo.

Uma vez estabelecidas as possibilidades de implementação das políticas públicas, faz-se necessário sua distinção e, para melhor compreensão, cumpre salientar uma divisão sistêmica chamada de ciclos (fases ou estágios) das políticas públicas. Na prática, cinco são as fases, estando todas elas interligadas entre si, quais sejam: Formação da Agenda (Seleção das Prioridades), Formulação de Políticas (Apresentação de Soluções ou Alternativas), Processo de Tomada de Decisão (Escolha das Ações), Implementação (ou Execução das Ações) e Avaliação.

Em um primeiro momento, dispõe-se que os atores públicos por si só são incapazes de catalogar e solucionar todos os problemas da sociedade, dada a complexidade destes e a escassez de recursos, por conseguinte, o processo o qual é responsável por listar os principais problemas e possíveis soluções é chamada de “formação de agenda”. Tal processo de distinção implica em urgência, por isso acomete a primeira fase, colidindo em questões de cunho orçamentário e, para que dada matéria seja incluída na agenda Governamental, há algumas características a serem observadas, a título ilustrativo, como por exemplo, a existência de indicadores; acontecimentos simbólicos (de repercussão social), os resultados obtidos em implementações anteriores (feedback). Ademais, a rotina administrativa e as regras do sistema político também interferem na inclusão de temáticas à agenda. Em um segundo momento, contempla-se a “formulação de políticas”. Após a situação ser entendida com problema,

surge a necessidade de traçar linhas de ações capazes de prover solução, marcada por embates de cunho político. Nessa monção, cabe aos atores definirem qual o objetivo da política, devendo ser levado em conta o posicionamento dos grupos interessados, bem como a opinião do corpo técnico da administração pública. Destaca-se, ainda, que para um bom processo de elaboração de políticas públicas, cabe analisar os seguintes passos: a conversão de estatísticas em informação relevante para o problema; análise das preferências dos atores e; ação baseada no conhecimento adquirido.

A terceira fase, chamada de “tomada de decisões”, contempla o momento no qual são feitas as vicissitudes em relação as problemáticas elencadas na agenda, sendo expressas em leis, decretos, resoluções, normas, dentre outros atos da administração pública. Para tanto, cabe um pré-estabelecimento de como serão as dinâmicas estruturais das dadas tomadas, existindo diversas vertentes, as quais englobam a temática. Após a instalação das decisões, há o penúltimo ciclo, a “implementação”, onde os planejamentos são transformados em atos por meio do corpo administrativo, podendo as medidas sofrerem modificações drásticas a depender da composição desse órgão. Há dois modelos de implementação: o de cima para baixo (que é a aplicação descendente - do governo para a população) e o de baixo para cima (que é a aplicação ascendente - da população para o governo). Em ambos os casos, é possível a observância de fatores, os quais podem comprometer a eficácia das políticas como a disputa de poderes entre as organizações, preparação formal e treinamento do quadro administrativo.

Por fim, na última etapa, vislumbra-se a “avaliação”, que, muito embora enquadre-se na última posição pode ser utilizada em qualquer parte de análise da criação de políticas públicas, maximizando os resultados obtidos com os recursos destinados. Assim, de modo geral, tal processo leva em consideração os impactos e as funções cumpridas, permitindo à administração gerar informações profícuas para as novas políticas, prevenir e corrigir falhas, identificar os fatores que comprometem o sucesso do programa e promover o diálogo entre os diferentes atores. O diagnóstico acerca da eficiência e eficácia depende da resposta positiva a alguns questionamentos como por exemplo, se os programas foram

gerados em tempo hábil, se o custo dos produtos utilizados foram os menores possíveis e se eles atenderam aos objetivos da política, determinando; pois, a relevância do investimento. Segundo Agum, Ricardo e Menezes (2015, p. 30), “a avaliação da política pública é um indicador para saber como vem se comportando a política em curso. Ela deveria ser capaz de construir um quadro avaliativo que levaria à continuação, reestruturação ou mesmo extinção da política.”.

Governos de todos os países do globo se valem da criação de políticas públicas como acessório de controle. Uma vez direcionadas à resolução de problemas públicos, atuam como objetos protecionistas, conferindo a administração do setor público e privado a possibilidade de vislumbrarem a positivação, com a regulamentação em Lei.

4.2 Uma análise da eficácia das políticas públicas na efetivação de direitos

Tendo em vista que o fator de preponderância das políticas públicas aplicadas em determinado país, visa, em sua completude, a otimização das necessidades básicas dos cidadãos, sobretudo, daqueles que se encontram a margem da sociedade, torna-se essencial o investimento nestas, a fim de que se possa amparar o maior número de pessoas possíveis. Não obstante, devido a diversos fatores, tais como a disposição territorial do Brasil e, principalmente, a discrepância social, há uma dificuldade extrema em conseguir efetivar as políticas, o que propõe desafios os quais merecem atenção, em especial, durante uma pandemia global.

Prepondera-se que, uma das políticas públicas, de caráter operacional e pragmático, já imbuídas em termos de Brasil é o Sistema Único de Saúde – SUS. Instituído pela Constituição Federal de 1988, a fim de atender ao mandamento jurídico, o qual categoriza a saúde como um direito de todos e dever do Estado, regulamentado pela Lei nº. 8.080/1990, proporcionou a todos os cidadãos brasileiros o direito a saúde gratuita, subsidiada por recursos provenientes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em consonância ao artigo 195 da CF/88. Este mesmo dispositivo determina cinco princípios básicos norteadores em termos jurídicos, presentes nos artigos 196 e 198, quais sejam: universa-

lidade, integralidade, equidade, descentralização e participação social. De acordo com dados divulgados pelo Portal da Saúde do Governo Federal em 2013, 152 milhões de pessoas dependem exclusivamente do SUS para ter acesso aos serviços de saúde, o que corresponde a 80% do total da população brasileira. Justamente por compreender uma extensa gama de beneficiados e dependentes, o programa enfrenta diversos desafios como aqueles relacionados ao gerenciamento e financiamento.

O SUS apresenta um jaez descentralizador, uma vez que aspira conceder aos entes federados mais autonomia. A questão em que esbarra essa assertiva é a de que os recursos não acompanharam tal descentralização, sendo a distribuição desproporcional, isto significa que na prática, estados e municípios possuem grande comprometimento com os atendimentos em seus respectivos territórios, mas os recursos recebidos são insuficientes. Logo, o Sistema único de Saúde é subfinanciado, pois não recebe os subsídios necessários para amparar todos os cidadãos como prevê a Constituição Federal. Somado a falta de engenhos há, ainda, o expoente do envelhecimento da população, uma pesquisa realizada pelo IBGE concluiu que no ano de 2016, 26 milhões de habitantes tinham mais de 60 anos. Além disso, é fundamental a ressalva de que são discrepantes as disparidades regionais, sendo as regiões Norte e Nordeste as mais afetadas, com insuficiência no recebimento de insumos e serviços.

É válida, ainda, a ressalva de que a criação de um Sistema universalizado de saúde não partiu dos profissionais interessados, mas sim da sociedade civil, a qual clamava por soluções, uma vez que o sangue era uma mercadoria comum que poderia ser comercializada por qualquer pessoa. Sem as devidas intervenções do Estado, grande parte das pessoas, as quais recebiam transfusões eram contaminadas com doenças transmitidas pelo sangue, como hepatites. Ademais, os números de correspondência às décadas de sessenta e setenta são aterrorizantes: em São Paulo, no ano de 1973, 90 crianças morreram a cada grupo de mil nascidas vivas; em 1961, foram registrados 60 óbitos por mil nascidos vivos e, em todo o território, 1.417.500 crianças morreram por causas evitáveis, associadas à desnutrição e à falta de saneamento. Tais dados, elucidam a importância inequívoca do SUS, sobretudo em meio a uma

síndrome, sem este, os resultados em termos de Brasil seriam ainda mais catastróficos.

Outra política pública, agora, decisiva frente a crise sanitária atual corresponde a Lei Federal nº 11.445, de 2007 – Política Nacional de Saneamento. Sua existência é essencial para a manutenção da qualidade de vida das comunidades, posto que compreende um conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas, o que impede a proliferação de vetores, contribuindo para a redução e controle de doenças. Malgrado, sejam observados avanços em relação ao abastecimento urbano, principalmente, mais de 100 milhões de brasileiros não têm acesso a este serviço. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012), em 2010, aproximadamente 1.915.292 domicílios do país ainda não dispunham de abastecimento de água adequado. Cerca de 1.514.992 domicílios não possuíam banheiros ou sanitários e 7.218.079 lançavam seus resíduos sólidos diretamente no ambiente de forma inadequada. Uma desconhecida parcela do esgoto ainda é lançada diretamente nos corpos d'água sem receber o devido tratamento, causando não somente prejuízos à saúde de quem entra em contato com essa água, como também suscitando danos irreversíveis ao meio ambiente.

Dada esta situação preocupante, foi estabelecido pela Lei Federal nº 14.026, de 2020 o marco legal, contando com uma atualização em relação as diretrizes de Saneamento Básico. O avanço objetivou a universalização e a qualificação da prestação de serviços no setor, prevendo que serviços públicos de saneamento deverão garantir a 99% da população água potável e a 90% da população coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033. No entanto, atualmente 35 milhões de brasileiros ainda não têm acesso a água tratada e 48% não possui coleta de esgoto. Em 2017, 289 mil pessoas foram internadas por diarreia e outras doenças ligadas à falta de saneamento básico (SENADO, 2019).

Tem-se, portanto, que as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) frente as questões de contágio vão de encontro com a realidade vivenciada por grande parte da população brasileira, a qual, diante das disparidades socioeconômicas são privadas da possibilidade de

se prevenirem e realizarem as ações básicas de cuidado e higiene pessoal, como lavar as mãos, elevando a posição da contaminação pelo novo Coronavírus a nível de problemática sanitária.

Seguindo este raciocínio, dentre as medidas aplicadas, especificamente para a contenção dos efeitos sociais causados pela COVID-19, em meio as políticas de enfrentamento pautadas no distanciamento social e em outras ações restritivas, destaca-se a aderência do Auxílio Emergencial, instituído pela Lei nº 13.982, de 2020. Em seu anúncio oficial, o alcance desta política se destinava aos trabalhadores informais, todavia, muitas são as categorias de trabalhadores contempladas pela contemporaneidade, não sendo trivial a designação do público-alvo. Assim, houve a necessidade de se estender a categorização, incluindo neste rol os chamados “trabalhos autônomos”, bem como cidadãos que apresentam algum registro administrativo, provindo de sua ligação com programas de governo, ou seja, microempreendedores individuais (MEI); contribuintes individuais da Previdência Social; cidadãos inscritos no CadÚnico; e aqueles não enquadrados nas hipóteses anteriores, mediante autodeclaração.

Sabe-se que a implementação da medida de urgência só foi possível, pois emerge de um contexto mais abrangente de políticas sociais gerenciadas pelo MC, como o CadÚnico e o PBF. O primeiro, criado em 2001, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.135, de 2007 e caracteriza uma das maiores ações do Governo Federal, isso porque, possibilitou a identificação e a geração de informações socioeconômicas dos cidadãos. Atualmente, é uma importante ferramenta, pois além de conter dados de 74 milhões de cidadãos, conta com duas características decisivas, quais sejam, a abrangência censitária e a natureza cadastral. Já o PBF, foi instituído em 2003 pela Medida Provisória nº 132, convertida na Lei nº 10.836, de 2004 e possui como objetivo, propiciar a todos os cidadãos a contemplação de suas necessidades básicas, sendo a política que mais se assemelha à Renda Básica de Cidadania, distanciando-se apenas pelos requisitos de acesso.

O maior desafio, no entanto, perpassa pela dificuldade em promover a identificação daqueles cidadãos que, por razões adversas, estão invisíveis frente as políticas de proteção social, esbarrando, novamente, em questões referentes às desigualdades estruturais do país. A contemplação

do Auxílio Emergencial é claramente realizada pela burocracia de nível de sistema, uma vez que, exige uma análise prévia realizada por meios eletrônicos; de acordo com uma pesquisa realizada pelo Centro Regional e Estudos para Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic), 46 milhões de brasileiros, na atualidade, não possuem acesso à internet. Outrossim, outra lacuna a ser preenchida, desdobra-se pela falta de estrutura para a recepção e julgamento de recurso administrativo, como prevê o artigo 56 da Lei nº 9.784, de 1999, a fim de resolver as reclamações daqueles que, por algum motivo, deveriam e não foram contemplados com o auxílio, como por exemplo em casos do Cadastro Único não estar atualizado, além da postura negacionista do Presidente da República, o qual permitiu que a ajuda econômica emergencial fosse suspensa por quase três meses, deixando milhares de famílias completamente desemparradas.

Frente ao exposto, tonar-se imprescindível a observância de aspectos relacionados a governança dos líderes políticos quanto as medidas adotadas em prol da comunidade. A prática ainda autoritária e centralizadora, o viés tecnicista de sua implementação, a corrupção, a fragilidade dos movimentos sociais, o patriotismo, a ação ilegal de lobistas, além dos desafios quanto ao exercício pleno da cidadania, são vertentes as quais interferem nas dinâmicas sociais de conquistas e efetivação de direitos.

5. DOS DESAFIOS DE SE COMBATER UMA EPIDEMIA EM UM CENÁRIO MARCADO PELA DESIGUALDADE

A estratégia de controle de transmissão do novo coronavírus pode ser dividida em quatro fases (WERNECK; CARVALHO, 2020):

Fase de contenção: trata-se primeira fase, é aplicada quando há o conhecimento da existência de uma doença altamente transmissível, mas ainda não há registros de casos no país ou em determinada em região. É nessa fase que os países começam a se preparar para enfrentar um possível surto epidêmico, seu principal objetivo é evitar ou retardar a transmissão comunitária, para isso, é feito um rastreamento ativo de todos os passageiros vindos de outros países. Fase da mitigação: essa segunda fase é aplicada quando já há registros de transmissão comunitária e não

é mais possível saber a origem da contaminação. Tem como objetivo apenas diminuir os níveis de transmissão, especialmente para os grupos de risco. Para tanto, é instituído o isolamento vertical (isolamento apenas dos grupos de risco) e o cancelamento de eventos, suspensão das aulas, fechamento do *shoppings* e teatros com a finalidade de “achatar a curva”. Para que a fase de contenção e mitigação dê certo, é fundamental o rastreamento e o isolamento das pessoas infectadas. Fase da supressão: essa terceira fase é instituída quando as outras medidas não foram suficientes para diminuir a transmissão do vírus. O objetivo dessa etapa é evitar o colapso do sistema de saúde. Para reduzir a transmissão, é implantado o isolamento horizontal (isolamento de toda a população). A adoção desse tipo de isolamento é bem controversa por causa de seus impactos econômicos, sociais e psicológicos. E, por último, é aplicada a fase de recuperação. Essa última fase é aplicada quando o número de infectados diminui drasticamente e a pandemia apresenta sinais de involução. Nessa etapa ocorre a reestruturação econômica e social do país através de medidas adotadas pelo Estado. A implantação dessas medidas deve ser sempre acompanhada de uma análise constante dos casos de infecção. Por ter uma alta taxa de transmissão, novos surtos podem acontecer mesmo quando as estratégias adotadas foram capazes de reduzir a transmissão do vírus.

Alguns países como Taiwan, Singapura e Hong Kong, embora estivessem próximos à China, conseguiram adotar medidas na fase de contenção que foram capazes de evitar um surto de casos. Após a epidemia da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), esses países aumentaram significativamente o número de leitos, além de criar mecanismos de controle de epidemias. Além disso, adotaram a restrição de entrada de passageiros em menos de dois meses após a descoberta do vírus; o rastreamento de casos foi feito de forma rigorosa, com a realização de exames e entrevistas dos passageiros vindos de outros países. Os testes em Singapura eram feitos gratuitamente, a quarentena foi feita de forma rigorosa, com aplicação de multa para quem descumprisse e indenizações diárias pagas pelo governo aos trabalhadores autônomos por dia de quarentena. Ademais, o uso de máscaras e os hábitos de higiene pessoal, como lavar

as mãos regularmente e não compartilhar talheres durante as refeições, foram constantemente reforçados em campanhas governamentais.

Já o Reino Unido havia adotado inicialmente as estratégias de mitigação e “imunização de rebanho”. Entretanto, após o aumento de casos de infecção e a divulgação de uma pesquisa realizada pelo *Imperial College* (2020), o Reino Unido optou pela aplicação de um isolamento mais rigoroso, típico da fase de supressão. Nesse estudo divulgado, os pesquisadores concluíram que as estratégias de mitigação podem diminuir em dois terços a demanda por assistência médica no pico de infecções, mas ainda causaria milhares de óbitos e sobrecarregaria o sistema de saúde, principalmente de unidades de terapia intensiva. Na Itália, as estratégias de mitigação também não foram suficientes para evitar a sobrecarga do sistema de saúde. Por conseguinte, no início de março de 2020, menos de dois meses após o registro do primeiro caso no país, a Itália decretou *lockdown*.

As primeiras medidas do Brasil começaram a ser tomadas no início do ano de 2020, com o acionamento no dia 22 de janeiro do Centro de Operações de Emergência (COE) para planejamento e monitoramento da situação epidemiológica no país, com a declaração de Emergência em Saúde Pública de Interesse Nacional pela portaria nº 188 no mês de fevereiro e com a promulgação da Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. Quase um mês após a confirmação do primeiro caso de Covid-19 do Brasil, ocorrido em 26 de fevereiro de 2020, foi reconhecida a transmissão comunitária do vírus e estratégias de mitigação foram adotadas. Entretanto, as medidas tomadas nesse período de epidemia não foram suficientes para reparar a desigualdade presente no país desde a época colonial e que nunca foi eliminada. O Ministério da Saúde orienta a população a lavar as mãos com água e sabão para evitar o contágio, mas 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada e residem em habitações precárias que dificultam as medidas de higiene pessoal, a população é orientada a ficar em casa, porém o direito à moradia é negado a 222 mil brasileiros. Com a ausência de recursos para adotar as medidas de prevenção, as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade acabam sendo infectadas e precisam ser hospitalizadas, mas também não

tem leitos. Por conseguinte, precisam recorrer à justiça para ter assegurado seu direito à saúde, mas o pedido é negado:

Trata-se de ação demanda ajuizada por [...] buscando, em sede de tutela de urgência, a realização de internação hospitalar em leito de UTI para tratamento de COVID-19. Referiu que o autor “aguarda vaga em UTI com suporte dialítico” e “corre risco de óbito se não conseguir transferência”. Atualmente, encontra-se com quadro de pneumonia e necessita com urgência de ventilação mecânica em virtude de “importante piora respiratória nas últimas 24h”. Disse que os demandado não estão efetuando a remoção necessária, diante da ausência de vagas na central de leitos. [...] em que pese o respeito à situação da parte agravante, indefiro em sede de plantão a antecipação a antecipação da tutela recursal, pois inviabiliza qualquer eficácia em sentido contrário frente à notória ausência de leitos em UTIs (art.1019, I, do CPC). (MIGALHAS PROCESSO Nº 5038768-65.2021.8.21.7000, 2021, p. 5).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, nota-se que as taxas de incidência e mortalidade pelo vírus SARS-CoV-2 estão intimamente ligadas às desigualdades presentes no território brasileiro. As disparidades dos casos de infecção e óbitos pela Covid-19 nas diferentes regiões brasileiras demonstra a correlação entre a Covid-19 e o Coeficiente de Gini, haja vista que as Unidades Federativas mais desiguais registraram os maiores índices de infecção e, sobretudo, de óbitos pelo novo coronavírus. Ademais, os estados com as maiores incidências de morbimortalidade são aqueles com o maior número de habitações precárias situadas em áreas privadas de serviços básicos.

À face de todo o exposto, verificou-se que para a prevenção de doenças, especialmente aquelas altamente transmissíveis como a Covid-19, é imprescindível o acesso a serviços públicos essenciais, tais como, saneamento básico, coleta de lixo e abastecimento de água. Entretanto, esses serviços não são assegurados a todos os brasileiros. A parcela mais pobre da população se instala em aglomerados, conhecido como favelas, que

são caracterizados pela precariedade desses serviços públicos e pela falta de acesso a outros fatores que também influem diretamente na saúde de uma população, como a alimentação, a moradia, o trabalho, a renda e a educação, que são elencados como fatores determinantes e condicionantes da saúde pela Lei 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde em âmbito nacional.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha se destacado pela ênfase que deu aos direitos e garantias fundamentais, a efetivação das prerrogativas constitucionais ainda constitui um grande desafio para o Brasil. A aplicação dos direitos constitucionais, sobretudo os direitos sociais, necessitam de uma atuação estatal, por meio de políticas públicas, para ter plena eficácia. No entanto, a análise das políticas públicas já implantadas no país revela que esses programas apenas diminuíram os índices de pobreza e desigualdade, mas não erradicaram esses problemas. O novo coronavírus, além de interagir com as DCNTs que acometem 57,4 milhões de brasileiros, está tendo seus efeitos potencializados pela desigualdade que nunca foi efetivamente combatida, causando um efeito catastrófico no Brasil. O caráter sindêmico dessa nova epidemia exige um tratamento amplo, porquanto é inconcebível que um indivíduo tenha seu direito à saúde assegurado se os fatores condicionantes e determinantes desse direito lhes são negados.

REFERÊNCIAS

ADAMY, P. **Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 1, p. 360-376, abr./2018.

AGUM, R.; RISCADO, P. ; MENEZES, M. **Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão.** Agenda Política, v. 3, n. 2, p. 12-42, dez./2015.

ALMEIDA, L. L. et al. **Categorias institucionais das políticas de saúde no Brasil (1990-2017).** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 6, n. 2, p. 78-94, jun./2017.

BRASIL DE FATO. **Quem são as pessoas que não têm acesso à internet no Brasil?** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil#:~:text=Hoje%2C%2046%20milh%C3%B5es%20de%20brasileiros,tamb%C3%A9m%20%C3%A9%20uma%20das%20raz%C3%B5es..> Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL.CONGRESSO. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL.CONGRESSO. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL.CONGRESSO. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes

e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 1. ed. [S.l.]: Saraiva, 2017. p. 37.

CARVALHAES, A. R. S. N. **Limites e aferição do controle judicial de políticas públicas**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 187, 2018.

CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DA FIOCRUZ. ‘Covid-19 não é pandemia, mas sindemia’: o que essa perspectiva científica muda no tratamento. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1264>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CLP LIDERANÇA PÚBLICA. **Entendendo os conceitos básicos de Políticas Públicas**. Disponível em: https://www.clp.org.br/entendendo-os-conceitos-basicos-mlg2-de-politicas-publicas-mlg2/?gclid=CjwKCAjwxuuCBhATEiwAIIIz0WmKDJCtHmQMajcQIy9N74vMNaXkNCiAwiAxmo2OVUrkmUkEYpcyxxoCCX0QAvD_BwE. Acesso em: 28 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE. **Reconhecer a importância do SUS é o primeiro passo contra a pandemia**. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/reconhecer-a-importancia-do-sus-e-o-primeiro-passo-contr-a-pandemia-de-fendaosus/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CORONAVÍRUS BRASIL. **Covid 19 Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

DEMENECH, L. M. et al. **Desigualdade econômica e risco de infecção e morte por COVID-19 no Brasil.** Revista brasileira de epidemiologia, Rio de Janeiro, v. 23, n. 200095, p. 1, out./2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100209. Acesso em: 22 fev. 2021.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP. **Políticas Públicas.** Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Desigualdade social e econômica em tempos de Covid-19.** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/desigualdade-social-e-economica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FURTADO, C. **Formação Econômica do Brasil.** 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. p. 7.

G1.GLOBO. **Como Taiwan, Singapura e Hong Kong conseguiram controlar o coronavírus sem medidas drásticas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/14/como-taiwan-singapura-e-hong-kong-conseguiram-controlar-o-coronavirus-sem-medidas-drasticas.ghtml>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. **Os principais desafios enfrentados pelo SUS Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <https://gestaodesaudepublica.com.br/os-principais-desafios-enfrentados-pelo-sus/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

HORTON, R. **Offline: COVID-19 is not a pandemic.** The Lancet, Reino Unido, v. 396, n. 10255, p. 874, set./2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)32000-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)32000-6/fulltext). Acesso em: 11 fev. 2021.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** 37. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Aglomerados Subnormais 2019:** Classificação preliminar e infor-

mações de saúde para o enfrentamento à COVID-19. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Análise Descritiva das Políticas Públicas de Inclusão Previdenciária dos Trabalhadores Autônomos: O Plano Simplificado de Previdência Social e o Microempreendedor Individual Comparada**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35458. Acesso em: 20 mar. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **População em situação de rua cresce e fica mais exposta à Covid-19**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35811. Acesso em: 30 mar. 2021.

INSTITUTO DE SAÚDE COLETIVA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Coronavírus: uma pandemia que explicita desigualdades sociais**. Disponível em: <http://www.isc.ufba.br/coronavirus-uma-pandemia-que-explicita-desigualdades-sociais/>. Acesso em: 7 mar. 2021.

LEFF, N. H. **Desenvolvimento econômico e desigualdade regional: origens do caso brasileiro**. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 3-21, jan./1972. Disponível em: <https://ideas.repec.org/a/fgv/epgrbe/v26y1972i1a69.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 237-275.

MIGALHAS. **Magistrado lamenta ao negar pedido de internação: “vivemos colapso”**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/341619/magistrado-lamenta-ao-negar-pedido-de-internacao--vivemos-colapso?fbclid=IwAR0TTau3wCs4E8tVLPUXRcLF-C5k4DLyhXwn1CAyfQLHB-lBbsRqXRt0nAs>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. **Informe Técnico - MERS-CoV (Novo Coronavírus)**. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/junho/10/Informe-Tecnico-para-Profissionais-da-Saude-sobre-MERS-CoV-09-06-2014.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

OLIVEIRA, R. L. et al. **Determinações sociais da saúde e os desafios na propagação e combate ao covid-19**. Rev. Simbio-Logias, , Botucatu, v. 12, n. 16, p. 56-70, 2020. Disponível em: https://www.ibb.unesp.br/Home/ensino/departamentos/educacao/determinacoes_sociais_da_saude_e_os_desafios.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

OLIVEIRA, W. K. D. et al. **Como o Brasil pode deter a COVID-19**. Epidemiologia e Serviços de Saúde, Brasília, v. 29, n. 2, p. 1-8, abr./2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-96222020000200200&script=sci_arttext. Acesso em: 27 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 9 mar. 2021.

PASTORINI, A. **A categoria “questão social” em debate**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

POLITIZE! **Desigualdade Social: um problema sistêmico e urgente**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/desigualdade-social/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. **SUS tem papel fundamental durante a pandemia**. Disponível em: <https://www.saude.se.gov.br/sus-tem-papel-fundamental-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SENADO. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/>

noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil. Acesso em: 30 mar. 2021.

SILVA, I. M. F. D. **Questão social e serviço social no Brasil: fundamentos sociohistóricos**. 1. ed. Cuiabá: EdUFMT, 2008.

SILVA, M. O. D. S. E. **A política pública de transferência de renda enquanto estratégia de enfrentamento à pobreza no Brasil**. Revista de Políticas Públicas, Maranhão, v. 7, n. 2, p. 233-253, 2003. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3746>. Acesso em: 17 mar. 2021.

SILVA, M. O. D. S. E. **Pobreza, desigualdade e políticas públicas: caracterizando e problematizando a realidade brasileira**. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 155-163, mar./2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802010000200002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 1 mar. 2021.

SINGER, M. et al. **Syndemics and the biosocial conception of health**. The Lancet, Reino Unido, v. 389, n. 10072, p. 941-950, mar./2017. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)30003-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)30003-X/fulltext). Acesso em: 22 fev. 2021.

SMANIO, G. P. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. 1. ed. [S.l.]: Atlas Jurídico, 2013. p. 12.

VÉRAS, M. P. B.; KOWARICK; L. ; SPOSATI, S. P. A. D. O. **Por uma sociologia da exclusão social: O debate com Serge Paugan**. 1. ed. São Paulo: EDUC, 1999. p. 126-138.

WERNECK, G. L. ; CARVALHO, M. S. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, p. 1-4, abr./2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1036/a-pandemia-de-covid-19-no-brasil-chronica-de-uma-crise-sanitaria-anunciada>. Acesso em: 7 mar. 2021.

WILDER-SMITH, A.; CHIEW, C. J.; LEE, V. J. **Can we contain the COVID-19 outbreak with the same measures as for SARS? The**

Lancet, Reino Unido, v. 20, n. 5, p. 102-107, mar./2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/journal/The-Lancet-Infectious-Diseases-1473-3099>. Acesso em: 11 mar. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO MERS global summary and assessment of risk**. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/326126>. Acesso em: 10 mar. 2021.

A IMPARCIALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: OS INSTITUTOS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUIZ E OS VIESES COGNITIVOS¹

IMPARTIALITY IN BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW: JUDICIAL DISQUALIFICATION AND COGNITIVE BIASES

Giovanna Almeida²

Lucas Orsi Rossi³

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo objetiva discutir a aplicação da regra de imparcialidade do julgador, por meio dos institutos de impedimento e suspeição, e os vieses cognitivos a que os juízes são tentados a incorrer no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). Dentro desse escopo, o artigo explora a imparcialidade como elemento indispensável ao devido processo legal e a contesta com cenários em que a interpretação do julgador possa estar enviesada, mesmo em sede de processos objetivos, nos quais não há partes nem interesses subjetivos. Para tanto, procedeu-se a uma consulta doutrinária, legislativa e jurisprudencial, analisando-se conceitos relativos ao tema e como estes se aplicariam a julgados do STF. A partir dessa pesquisa, concluiu-se pela necessidade de reflexão e de observância mais atenta dos institutos de impedimento e suspeição, mesmo em processos objetivos, bem como pela maior transparência em sua aplicação, que não deve se restringir aos processos subjetivos.

Palavras-chave: Devido processo legal. Imparcialidade. Impedimento e suspeição. Vieses cognitivos. Controle abstrato de constitucionalidade.

1 Os autores agradecem ao Professor Cássio Hildebrand pela disponibilidade e pelos comentários, críticas e sugestões a este artigo.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília.

3 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília.

Abstract: This paper aims at discussing the application of judges' impartiality rule through the criteria of judicial disqualification, and the cognitive biases that the judges are tempted to incur in the judicial review at the Brazilian Supreme Court. In order to do so, this article explores impartiality as an imperative requirement of due process of law and contests it with sceneries where judges' interpretation might be biased, even in the Brazilian system of judicial review, which combines features from both abstract and concrete review systems. Therefore, legal literature, legislation and doctrine, as well as concepts and how they are applied in Supreme Court judgments were analysed. Thus, this research deduced the need for a careful consideration over the application of judicial disqualifications rules, even in judicial review, as well as the need for greater transparency in its application, which should not be limited to subjective judicial proceedings.

Keywords: Due process of law. Impartiality. Judicial disqualification. Cognitive biases. Brazilian judicial review.

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal é indispensável ao sistema de justiça, sendo, em última instância, elemento essencial a uma democracia. Não é possível falar em devido processo legal sem se assegurar que, uma vez acionado o Poder Judiciário para a resolução de um conflito, um terceiro investido de jurisdição, competente e imparcial seja responsável por analisá-lo e julgá-lo. Nesse sentido, a imparcialidade do julgador é regra que precisa ser observada em todos os âmbitos de exercício do poder jurisdicional do Estado.

É justamente para tutelar essa garantia que o sistema processual define formas claras e objetivas a serem utilizadas para a garantia de um julgamento imparcial: as regras de impedimento e suspeição. Pela importância e pela função estrutural que exercem, a aplicação dos institutos de impedimento e suspeição deve ser analisada com atenção. A partir disso, questiona-se em específico sua (in)aplicabilidade no âmbito do controle abstrato de normas no Supremo Tribunal Federal (STF).

Em setembro de 2020, essa discussão foi retomada pelo STF, a partir de questão de ordem suscitada em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.362. Na oportunidade, se reafirmou a inaplicabilidade dos institutos de impedimento e suspeição no âmbito de controle abstrato de normas. Isso porque o Plenário da Suprema Corte entende que em tais situações se apreciam processos de cunho meramente objetivo, isto é, sem partes e sem interesses. Por isso, em reflexão superficial e pouco individualizada, os Ministros compreendem que os institutos aqui estudados devem ter sua aplicação restrita ao plano dos processos subjetivos, nos quais se discutem situações individuais e interesses concretos.

Contudo, faz-se necessário refletir com mais atenção sobre a aplicação destes institutos e, em especial, no que tange à hipótese específica suscitada. Qual é, de fato, a extensão e a profundidade dos institutos de impedimento e suspeição? Sua aplicação deve ser restrita aos processos de cunho subjetivo ou pode alcançar também o relacionamento do julgador com a norma em julgamento?

Para trazer tais questões à luz, o presente artigo apresenta uma digressão sobre os aspectos e finalidades desses institutos processuais como garantidores de um processo conduzido de maneira imparcial e adequada, com as seguintes análises: (i) em um primeiro momento, debate-se o processo judicial como ambiente adequado para a formação do convencimento por um julgador imparcial; (ii) em seguida, diferencia-se neutralidade e imparcialidade; (iii) posteriormente, trata-se da importância da imparcialidade para um processo justo; (iv) de quais são os instrumentos processuais que visam a garantir a imparcialidade do julgador; e (v) de quais são os aspectos subjetivos do julgador que podem, ainda que inconscientemente, influir nas decisões judiciais.

A partir disso, analisa-se a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma: (vi) questiona-se a (im)parcialidade no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; e, (vii) por último, trata-se da aplicação dos institutos do impedimento e suspeição no controle abstrato utilizando-se três blocos de hipóteses concretas. Em suma, o presente artigo busca chamar atenção à aplicação dos institutos de impedimento e suspeição no Supremo Tribunal Federal, de modo a garantir a imparcialidade do julgador.

2. O PROCESSO JUDICIAL COMO AMBIENTE ADEQUADO PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO POR UM JULGADOR IMPARCIAL

Não é mistério que o direito processual é meio, técnica, para a solução imperativa de conflitos (DINAMARCO, 2020, p. 40). Como ramo do direito público, o estudo do processo tem a finalidade precípua de regular o exercício do poder jurisdicional do Estado (THEODORO JR., 2015, p. 45) a partir de princípios e normas destinados a reger a solução dessas controvérsias. Assim, em outras palavras e em sentido amplo, o direito processual é o responsável pelo exercício da jurisdição, circunstância que faz com que seus fins se confundam até com os objetivos do próprio Estado (GRINOVER, 1999, p. 73-74).

Sendo, portanto, a jurisdição uma das funções assumidas pelo Estado para, imparcialmente, buscar a pacificação dos conflitos com justiça (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020), o direito processual precisa ser carregado de formalismo para definir regras claras a serem observadas na disposição da jurisdição e na defesa dos interesses das partes. Nesse escopo, considera-se formalismo a totalidade formal do processo, o que compreende não apenas sua forma ou suas formalidades, mas especialmente a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com o fito de que se atinja suas finalidades primordiais (DIDIER JR., 2001).

Desse modo, é a partir da regulamentação estrita das formas do procedimento que o formalismo inerente ao processo estabelece as regras do jogo para a adequada prestação da tutela jurisdicional – ou mesmo, do devido processo legal, carregando-o de segurança jurídica. Importa dizer, então, que o processo, além de regular o exercício da jurisdição, atua como técnica adequada para proteger os jurisdicionados do arbítrio dos julgadores. Nesse sentido, vale-se da ideia do processo estruturado a partir de um formalismo-valorativo, que também assume que as atividades cognitiva e executiva desenvolvidas no processo são voltadas para a reconstrução do direito positivo pelos intérpretes e aplicadores (MADUREIRA; ZANETI JR., 2017).

Por isso, o direito processual fornece as ferramentas e a previsibilidade de aplicação do direito em concreto, firmando regras prévias, públicas e que devem ser observadas pelo aplicador. Veja-se: é por meio do processo que se rege a aplicação de normas e se sintetiza a relação jurídica progressiva de fatos que determinam sua progressão (DINAMARCO, 2020).

Diante da função social do direito processual e do seu correto exercício, importa questionar o papel, em concreto, do aplicador da norma. Lembra-se que o escopo do processo judicial é alcançar a resolução dos conflitos. Assim, o juiz, em sua condição de terceiro que busca manter íntegro o ordenamento jurídico (GRINOVER, 1999, p. 73-74), deve, ao exercer a jurisdição estatal, zelar pela técnica adequada e reconstruir o direito positivo. E justamente pela confiança que as partes entregam ao

Estado para dirimir suas lides é que aquele sujeito responsável pela aplicação da norma tem dever de imparcialidade.

Isso porque quem exerce a jurisdição é o Estado, malgrado quem a realize materialmente seja o juiz. Este, por sua vez, não é sujeito do processo em nome próprio, mas ocupa a posição daquele que pode se entender como o sujeito processual mais importante: o Estado. (DINAMARCO, 2020, p. 421). Dessa forma, fala-se em *impessoalidade*, posto que a atuação do juiz é orientada não por interesses próprios, pessoais, mas pelos motivos que levam o Estado a assumir a função jurisdicional, sob pena de *traição* às partes que a ele recorram para a solução de seus conflitos (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 92).

O cerne da questão é que o sujeito da relação processual é o Estado-juiz, e não a pessoa física juiz. Com efeito, o juiz, *super et inter partes* e *au dessus de la mêlée*, em razão de *representar* o Estado, enquanto mero ocupante passageiro de um cargo, não pode sobrepor seus (des)afetos ao interesse mor do Estado – titular da jurisdição –, qual seja, o de garantir imparcialmente a paz social. É neste ponto que reside a correlação entre o dever de imparcialidade e o necessário caráter impessoal do exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2020, p. 422).

Assim, há de se entender o dever de imparcialidade como componente indispensável à existência do devido processo legal. Este, que se justifica por sua legalidade e legitimidade, jamais comportaria em sua essência o julgamento por um juiz parcial, que decide a partir de seus próprios interesses ao arrepio da lei. A garantia do devido processo legal não se exaure na estrita observância da lei para a tramitação dos processos, mas compreende categorias fundamentais como a necessidade de um juiz natural e competente para julgar as demandas (THEODORO JR., 2015, p. 98).

Assim, é por intermédio da imparcialidade do julgador que se compreende o processo, enquanto devido processo legal, como meio apto para a composição justa da lide. Ainda que não se fantasie sobre a busca da verdade real dentro do processo, são a insistência por esta e a perseguição de uma verdade processual que atribuem confiança e legitimidade para o sistema jurisdicional. Uma decisão considerada justa deve ser orientada por uma condução processual que persiga a verdade dos fatos e

que aplique o direito positivo adequadamente, o que seria inatingível por um juiz parcial (THEODORO JR., 2015, p. 106-107).

Assim, constata-se que o processo é o instrumento apto para a adequada formação do convencimento do julgador, quem, investido do poder jurisdicional, deve analisar a questão controvertida adequadamente, dentro de um procedimento devidamente estruturado, a partir das provas apresentadas e do direito positivo posto. A inteligência do Código de Processo Civil, em seu art. 371,⁴ e.g., dispõe que é a partir dos critérios lógicos ali presentes (em outras palavras, das provas ali constantes) que se deve formar o convencimento fundamentado, e não a mera opinião do julgador, tampouco seus afetos e desafetos, como já mencionado.

Por essa razão, a imparcialidade do julgador – protegida no sistema processual vigente pelos instrumentos de impedimento e suspeição – deve ser analisada com muito zelo. Hoje pode se falar que se trata de um *dever*, o qual deve ser observado a fim de conferir legitimidade ao procedimento. É o que se investiga com mais atenção no presente artigo.

3. NEUTRALIDADE X IMPARCIALIDADE

Muitas vezes não se adota um rigor técnico em relação à distinção entre neutralidade e imparcialidade: até mesmo alguns dicionários as consideram como sinônimos.⁵ Nada obstante, ainda que tenuamente, os conceitos carregam consigo significados diferentes, os quais não podem passar em branco. Mas por que é importante o uso apropriado dos termos *neutralidade* e *imparcialidade*? Porque palavras têm impacto e importam. Nomear não é uma mera descrição, mas atuar, tomar uma posição, atribuir significado e sentido a algo. (PAIXÃO; CATTONI DE OLIVEIRA; CARVALHO NETTO, 2018). Dessa forma, para a plena compreensão desses conceitos, importa analisá-los a seguir.

4 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015).

5 Cf. FERREIRA, A. B. de H. *Novo Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

A noção de neutralidade é bastante associada à ciência enquanto discurso externo, no sentido de que o cientista seria o estrangeiro, isto é, observaria de fora, guardando distância do objeto observado, utilizando, para tanto, “câmeras atreladas a lunetas e microscópios, nunca a espelhos” (COSTA, A., 2008, p. 39). Sob essa óptica está a ideia de que o juiz seria a boca da lei,⁶ limitando-se a aplicar silogisticamente normas a fatos e nada mais, em uma tentativa de colocar sobre o direito o manto da ciência. Ou seja, a busca pela verdade dos fatos estaria dissociada de qualquer juízo valorativo e atrelada a uma explicação causal. A neutralidade, portanto, seria um postulado científico-metodológico para se chegar à razão científica (WARAT; PEPE, 1996, p. 14).

Essa perspectiva assaz positivista foi criticada e revista por Hans Kelsen, que entendia não ser possível se chegar a uma única interpretação correta de solução a cada caso. Isso porque os legisladores não poderiam prever todos os cenários possíveis de ocorrer, de modo que, conseqüentemente, toda norma possuiria um campo de indeterminação. Daí decorre que, apenas com base no texto da norma, não seria possível determinar exatamente sua aplicação ao caso específico: todo ato jurídico em que se aplica o direito, seja um ato de criação, seja um ato de execução, é tanto determinado quanto indeterminado pelo próprio direito. (KELSEN, 2009).

Com efeito, deveria haver certo grau de liberdade conferido aos juízes, consubstanciado na figura de uma moldura, para resolução dos casos concretos. Essa moldura seria preenchida metajuridicamente, sem qualquer critério científico. Com isso parece se chegar a um armistício, já que a ciência do direito, ainda que abrisse mão do preenchimento da moldura – atividade necessariamente volitivo-irracional –, seguiria competente para delimitar os seus limites. (COSTA, A., 2008, p. 304).

A partir disso, surge à tona a distinção entre as figuras do juiz e do cientista, as quais desempenham funções distintas: o que corresponderia à Teoria Pura – isto é, ao cientista, à interpretação jurídico-científica – seria a delimitação da moldura, ou seja, do campo de escolhas possíveis aos

6 A respeito da superação dessa visão, isto é, de que a decisão não é apenas um ato lógico, mas também um ato que implica valorações axiológicas, cf. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

aplicadores do direito – quais sejam, os juízes. Dessa forma, o juiz dispõe de uma moldura objetiva que oferece um leque de opções – as possíveis significações de uma norma –, dentre as quais ele pode escolher livremente, de maneira subjetiva. A aplicação das normas, portanto, é tanto cognitiva quanto volitiva. (KELSEN, 2009).

Em razão desse conteúdo valorativo – que, apesar de poder ser limitado e orientado por critérios científico-metodológicos, não pode ser apagado –, não há falar em neutralidade do juiz. Isso porque, ainda que se entenda que o juiz realiza sua leitura do direito por meio de “câmeras atreladas a lunetas e microscópios, nunca a espelhos”, ele não se manteria indiferente em face do conflito, uma vez que teria escolhido por qual lente analisar, se precisaria de um *zoom in* ou de um *zoom out* e até mesmo se e quando a trocaria.

Comparar um ato decisório do juiz com um jogo de xadrez pode ser útil para essa compreensão. Para fins dessa análise, considere que o juiz joga uma partida sozinho, e as peças brancas e pretas representam, cada qual, as partes. O xadrez é um jogo de estratégia, que envolve raciocínio lógico, com regras pré-definidas, ao mesmo tempo em que quem o joga são seres humanos, que escolhem quais peças mover arbitrariamente e discricionariamente, seja por um cálculo, seja por um instinto.

A movimentação nesse tabuleiro, portanto, se conduz tanto a partir de conceitos abstratos – *e.g.* as regras de movimentação de cada peça –, relacionados com premissas e consequências, quanto por vontades irracionais e intuitivas. Dessa forma, não é possível que o jogador escape totalmente do zigue-zague dos sentimentalismos e das impulsividades da partida e não o reproduza em sua jogada.⁷

É assim que, em um cenário de liberdade, no qual coexistem poder e impotência, conhecimento e ignorância, certeza e dúvida, o juiz está

7 Nas palavras de Calamandrei (1995, p. 175-176): “Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e consequências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?”.

imerso em um ambiente que o torna suscetível a influências. Daí se dizer que a independência do juiz é mais cara em tempos de liberdade do que em tempos de tirania (CALAMANDREI, 1995, p. 248). Isso porque, em períodos autocráticos, caso o juiz decida se curvar, só há uma posição a se seguir: a conviência. Em contrapartida, quando há pluralidade de correntes e de visões disponíveis para se adotar, mais amplas são a possibilidade e a probabilidade de o juiz tender para um lado. O que se pode fazer, portanto, é delimitar que a moldura afaste o juiz de influências externas, como a política, quando do exercício da atividade judicante. Todavia, deve-se admitir que, em se tratando de influências internas – tais como sua convicção e sua experiência de vida, sua primeira impressão sobre um assunto, o grupo a que pertence etc. – não apenas não podem ser afastadas, mas são indissociáveis de sua atuação. É por isso que, em face do mito da neutralidade, fala-se, então, em imparcialidade do juiz.

4. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO GARANTIDORA DO ADEQUADO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Onde não pode haver imparcialidade, não pode haver jurisdição (LUCON, 2013, p. 660). É com essa assertiva que se propõe a esmiuçar este conceito. Para que se entenda com clareza o dever de imparcialidade do julgador, faz-se necessário compreender que o processo precisa ser meio idôneo para construção de uma verdade processual (GRINOVER, 1999, p. 74) – o que se dá ao longo do procedimento.

Não pode o julgador, portanto, estar comprometido com os interesses de um dos litigantes, mas deve manter-se em igual distância das partes no “duelo”, assegurando-lhes a paridade de armas. E é assim que se desenvolve o contraditório: um “duelo” que serve ao juiz para superar suas dúvidas – nele, a dúvida se personifica, e é como se as partes se combatessem para puxar o juiz para cada um de seus lados (CARNELUTTI, 2017, ebook).⁸

8 Carnelutti (2017, ebook) assim aduz: “Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o ‘contraditório’, e é, realmente, um duelo: o duelo serve

Nesse sentido, e na posição em que se encontra o órgão jurisdicional diante de uma lide, mais que a impessoalidade esperada e necessária ao exercício de função estatal, o órgão jurisdicional deve se alocar como terceiro diante da relação material controvertida. Nessa posição está o decisivo traço de diferenciação da jurisdição perante os demais órgãos da soberania estatal: a justiça se ocupa de relações materiais das quais a instituição judiciária não é parte, agindo, sempre, em ato *super partes* (THEODORO JR, 2015, p. 178).

Deve, portanto, o órgão jurisdicional ser “subjetivamente capaz” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 93), sem qualquer suspeita de sua parcialidade, vez que esta imparcialidade é pressuposto para o desenvolvimento válido da relação jurídica processual. Ressalte-se que a imparcialidade é dever do juiz, mas não das partes. Isso porque a parcialidade de uma das partes, com efeito, serve como impulso para um contraimpulso também parcial da outra parte. E é a partir dessa oscilação quase pendular – entre pontos de vista extremos –, que o juiz chegará ao ponto de equilíbrio no qual proferirá uma decisão tida como justa (CALAMANDREI, 1995, p. 126).

Importa esclarecer que não há uma expressa garantia de imparcialidade do juiz na Constituição Federal, nem nos Códigos de Processo, tanto Civil quanto Penal. Todavia, seria absolutamente ilegítimo se o Estado, ao concentrar a função de solucionar conflitos por meio de exercício de poder, permitisse que seus agentes fossem movidos por interesses próprios (DINAMARCO, 2020, p. 273).

A partir disso, entende-se que a imparcialidade do juiz – requisito necessário para o desenvolvimento do devido processo legal – é consequência lógica do princípio do juiz natural, princípio fundamental que carrega a substância da jurisdição (THEODORO JR., 2015, 180). O juiz natural é aquele competente na forma das regras gerais e abstratas previamente previstas, vez que as previsões constitucionais das quais se extrai o princípio

para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de duo. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente”.

(art. 5º, XXXVII e LIII, CF) determinam que ninguém será processado senão pela autoridade competente (DIDIER JR., 2019, p. 222).

Desse modo, a concepção do juiz natural informa que só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional e que é competente na forma da lei (DINAMARCO, 2020, p. 275), como garantia do devido processo legal, previsto no art. 5º, XXXVII, LIII e LIV, da Constituição Federal.⁹ Assim, juiz natural é uma garantia da ideia informadora de um processo justo, de modo a impedir intervenção de terceiro parcial e subjetivamente comprometido com a questão posta.

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos aplicadores da lei (DIDIER JR., 2019, p. 223), de modo que o que importa, além da competência – compreendida aqui como capacidade objetiva –, é a imparcialidade, ou seja, a capacidade subjetiva.

Além disso, por decorrer do princípio do juiz natural, há quem defenda que a imparcialidade é também um princípio.¹⁰ Com a devida vênia, tal visão não prospera. Ora, ou se é parcial, ou se é imparcial. É impossível haver um juiz “meio parcial”, pois, mínimo que fosse, haveria algum grau de parcialidade. Em razão disso, verifica-se que a imparcialidade não é um princípio, mas uma *regra*.

Isso porque a imparcialidade no exercício da jurisdição é um ponto *inflexível* e obedece a uma lógica absoluta de “tudo ou nada”. A regra deve ser aplicada mediante simples exame de correspondência entre a norma e os fatos. Se imparcial, há conformidade com o direito; se parcial, há contrariedade. (COSTA, E., 2016, p. 139)

No mesmo sentido, Humberto Ávila (2011, p. 414) trata da *regra* do juiz natural imparcial como prerrogativa derivada do princípio do devido processo legal procedimental. Esta regra é concebida como um *pressupos-*

9 Art. 5º. [...] XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

10 Cf. SOUZA, A. C. de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008; LUCON, P. H. dos S. Imparcialidade do árbitro e do juiz na teoria geral do processo. In.: ZUFFELATO, C.; YARSHELL, F. L. (Coord.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 647-676.

to *subjetivo de validade do processo*, que enseja as exceções formais de impedimento e de suspeição, previstas no Código de Processo Civil nos arts. 144 e 145, a seguir analisados.

5. O IMPEDIMENTO E A SUSPEIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sendo a imparcialidade pressuposto subjetivo de validade do processo, o legislador, buscando assegurá-la, formulou hipóteses que visam a possibilitar a verificação de sua presença, isto é, hipóteses em que o juiz estaria impedido ou suspeito. Pontes de Miranda (1997, p. 420) as distingue desta maneira: “Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para sua função”.

Trata-se de regras que impõem ao magistrado um dever de *não fazer* – qual seja, o de se abster de atuar na relações processuais em que esteja na condição de impedido ou de suspeito (DINAMARCO; BADA-RÓ; LOPES, 2020, p. 93). Essas previsões estão bastante associadas à preservação da igualdade de tratamento entre as partes e à contraposição entre os aspectos subjetivos do julgador e os interesses postos em juízo (CARVALHO, 2016, p. 186).

Nesse contexto, ante (possível) comprometimento da imparcialidade do julgador, surgem os incidentes processuais de arguição de impedimento e de suspeição, por meio dos quais as partes discutem a imparcialidade daquele que julgará seu processo. A diferença entre os institutos está na origem da parcialidade: enquanto no impedimento, o viés é *intraprocessual* – isto é, relaciona-se com questões referentes ao próprio processo a ser apreciado pelo juiz –; na suspeição, é *extraprocessual* – ou seja, trata-se de situações da realidade externa ao processo levado ao conhecimento do juiz (COSTA, E., 2016, p. 129).

O impedimento é uma proibição *absoluta, intransponível* de atuação do juiz, cujas hipóteses legais estão arroladas no art. 144 do Código de Processo Civil:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. (BRASIL, 2015).

Do rol, percebe-se que o impedimento é *objetivo*. Uma vez verificada qualquer das hipóteses, pode-se requerer a *nullidade* do ato, pois há presunção *iuris et de iure* de que o juiz não pode, nem poderia, atuar com imparcialidade. Dessa forma, declarar-se impedido não é uma faculdade do juiz, mas sim um dever (DINAMARCO, 2005, p. 488).

É nesse sentido que, ante a gravidade envolvida – qual seja, a manifesta parcialidade com que o magistrado atuaria –, trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser suscitada em qualquer tempo e grau de jurisdição e reconhecida *ex officio*. Salienta-se que o vício é tamanho que possibilita, inclusive, o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, II, do

CPC),¹¹ uma vez que àquela coisa julgada ter-se-ia chegado com vícios que comprometem todo o andamento do processo.

Já as hipóteses legais de suspeição estão dispostas no art. 145 do Código de Processo Civil:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litúgio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. (BRASIL, 2015).

O grau de *subjetividade* dessas hipóteses é evidente quando comparado com as de impedimento, haja vista a adoção de conceitos indeterminados e vagos, como “amigo íntimo” e “inimigo”. Nesses casos, o que há é uma dúvida, uma desconfiança, uma suspeita de que o juiz não conduzirá um julgamento paritário, justo e equidistante. Por não ser, portanto, uma certeza, a presunção de parcialidade do magistrado é *iuris tantum*. Apesar disso, também ensejam a nulidade do ato.

Ocorre que, malgrado o juiz *possa* se reconhecer suspeito *ex officio* – fala-se aqui em faculdade, e não em dever (DINAMARCO, 2005, p. 488) –, diferentemente da arguição anterior, por serem cenários menos graves e de presunção relativa, (i) a arguição de suspeição está sujeita a prazo preclusivo (quinze dias contados da data do fato),¹² e (ii) a suspeição não

11 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente. (BRASIL, 2015).

12 Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do proces-

autoriza o ajuizamento de ação rescisória. Além disso, a suspeição não é matéria de ordem pública, razão pela qual não pode ser arguida em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Esclarecido o funcionamento dos institutos objeto do presente estudo, percebe-se que se configuram como mecanismos processuais que visam, em primeira ou em última instância, a assegurar a imparcialidade do juiz. É por isso que, a partir de uma interpretação teleológica, não faz sentido que os róis listados sejam encarados como exaustivos, até porque as referidas regras materializam a proteção a garantia fundamental de imparcialidade do julgador para a adequada prestação jurisdicional.¹³

Com efeito, os institutos de impedimento e suspeição precisam ser analisados com mais atenção e mais transparência. Qual é, de fato, sua extensão e sua profundidade? Tendo em vista a sua finalidade, sua aplicação deve ser restrita aos processos de cunho subjetivo ou podem alcançar também o relacionamento do julgador com a norma em análise no processo? Essas são algumas reflexões que se buscará realizar. Conforme já aventado, é certo que nenhuma análise é neutra: destacam-se aqui os vieses cognitivos, que interferem na percepção e na interação humana com uma informação apresentada.

6. OBSTÁCULOS PSICOLÓGICOS À IMPARCIALIDADE: OS VIESES COGNITIVOS

Pode-se entender as hipóteses codificadas como tentativas do legislador de garantir um “*debiasing* ‘dentro da lei’”, isto é, um “desenviesamento” por meio da lei. A ideia é que o direito possa intervir eficazmente para neutralizar ou eliminar o viés cognitivo (COSTA, E., 2016, p. 92). Por isso tratou o legislador de estabelecer os casos em que seria manifesta

so, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. (BRASIL, 2015).

13 Em perspectiva crítica, Eduardo Costa (2016, p. 134): “o rol (supostamente taxativo) de causas de impedimento e suspeição é discreto, simplório, superficial, fragmentário, descontínuo, casuístico, assistemático, coletado sensitivamente a esmo e cheio de particularidades”.

ou muito provável a parcialidade do julgador. Contudo, os róis dos arts. 144 e 145 do CPC não funcionam como um “*debiasing* ‘fora da lei’”.

É que esse “desenviesamento” por meio da lei não é bastante, já que a completa e efetiva retirada dos vieses cognitivos depende não de hipóteses legais, mas da cultura e da postura pessoal do julgador (COSTA, E., 2016, p. 93). E não poderia ser diferente, haja vista que, ao receber uma informação do exterior, o ser humano naturalmente emprega uma série de procedimentos de simplificação com vistas a reduzir sua complexidade, a fim de que seja possível melhor processá-la. Ocorre que esse procedimento não é imune a erros e vícios.

Tversky e Kahneman (1974) se propuseram a relacionar e a sistematizar essas técnicas heurísticas, definindo-as como regras cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica ao processar uma informação externa, as quais reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e de atribuir valores, a fim de simplificar operações de juízo. Esse procedimento, com efeito, é naturalmente enviesado.

Preocupado com isso, Muñoz Aranguren (2011), defendendo que os vieses afetam não apenas a parte não normativa do silogismo judicial – aquela relativa à determinação do feito –, como também a premissa jurídica, na medida em que supõem uma *distorção do raciocínio lógico-abstrato*, busca expô-los como forma de chamar a atenção dos profissionais de direito a elementos da psicologia jurídica. O grande problema é que nenhum juiz gosta de admitir que pode estar influenciado por vieses ou ilusões cognitivas, ainda que sem sabê-lo. Dessa forma, a fim de melhor compreender a questão, cumpre analisar alguns vieses cognitivos.¹⁴

14 É importante frisar que os vieses aqui expostos não são exaustivos. Há extensa bibliografia sobre psicologia jurídica que trabalha esse movimento cognitivo e comportamental dos julgadores. Muñoz Aranguren (2011) trata em seu texto também do viés de representatividade; do viés de disponibilidade; do viés de ancoragem; do viés retrospectivo; do viés egocêntrico, dentre outros. Sobre o tema, cf. também SUNSTEIN, C. R.; JOLLS, C.; THALER, R. H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: Stanford Law Review, v. 50, n. 1471, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=74927>. Outro fator que pode influenciar a decisão de um juiz é a *fadiga decisional*. O conceito trata da probabilidade de um juiz conceder uma decisão que exige um maior esforço cognitivo, reduzindo progressivamente com o avançar do dia. Cf. TIERNEY, J. *Do You Suffer From Decision Fatigue?*. The New York Times Magazine, 17 ago. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/08/21/magazine/do-you-suffer-from-decision-fatigue.html>.

O *viés de confirmação* é a propensão a confirmar sua concepção inicial. Isto é, a tendência do sujeito de filtrar uma informação que recebe, de maneira que, de forma inconsciente, busca e sobrevaloriza as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial, enquanto ignora e não valoriza as provas e os argumentos que não a respaldam. Esse vício pode se consubstanciar na coleta, na interpretação ou na recuperação da informação. (MUÑOZ ARANGUREN, 2011, p. 8).

É que, uma vez adotada uma opinião, ainda que em juízo prévio, o ser humano tende a “enxergar” as informações que recebe de tal modo que sirvam de subsídio para confirmá-la: ainda que se encontrem evidências que refutem ou contradigam a posição adotada, tende-se a seguir com a inclinação pela concepção original (COSTA, E., 2016, p. 115).

O *viés de grupo* consiste em valorar de maneira injustificadamente homogênea as atitudes, atos e opiniões das pessoas que pertencem ao mesmo grupo pela única razão de pertencimento a esse grupo. Esse vício pode ser tanto positivo quanto negativo e pode ocorrer em razão do pertencimento ou não do próprio sujeito a um desses grupos (MUÑOZ ARANGUREN, 2011, p. 9).

Nada obstante ao modelo econômico tradicional orientado pela máxima egoística de que as pessoas apenas se interessam e se preocupam com seu próprio interesse, em razão de uma *identificação social*, tais pessoas podem tratar as demais pertencentes ao seu grupo de maneira mais favorável do que aquelas associadas a um grupo diferente.

Shayo e Zussman (2010) conduziram estudo que parece comprovar esse viés, no qual analisaram 1.748 decisões judiciais proferidas entre 2000 e 2004 por juizados de pequenas causas israelenses em causas civis entre litigantes particulares. O sistema de distribuição a um juiz judeu ou a um juiz árabe era efetivamente aleatório, sendo que 31% dessas decisões foram proferidas por juízes árabes, enquanto 69% por juízes judeus.¹⁵

A conclusão a que os pesquisadores chegaram foi de que um pedido teria entre 17% e 20% mais chances de ser julgado procedente, caso o relator pertencesse à mesma etnia do pleiteante.¹⁶ Vale apontar que

15 À época, Israel contava com 1,25 milhão de árabes, o que correspondia a 20% de sua população. (SHAYO; ZUSSMAN, 2010).

16 Os pesquisadores compreendem que, por não se tratar de um experimento con-

Shayo e Zussman (2010) relatam que o grau de enviesamento do julgador não parece variar conforme sua experiência ou outras características suas como gênero ou educação. A pesquisa apontou ainda uma relação com o número de atentados terroristas ocorridos na circunscrição do juizado: juízes árabes proferiram mais sentenças favoráveis a requerentes árabes, do mesmo modo em que juízes judeus em relação aos autores de sua etnia.

A partir da exposição desses dois tipos de vieses cabem algumas reflexões. É certo que é no terreno fático que os vieses terão maior influência na prestação jurisdicional, afastando o juiz do discurso racional. Poder-se-ia, desse modo, alegar que tal problema não persistiria, portanto, quando se fala de controle abstrato de constitucionalidade, o qual, por ter como fito analisar a compatibilidade de uma norma com a constituição, trata de matéria de direito e não de matéria de fato.

No entanto, não é possível negar que determinados vieses, em razão de sua natureza, podem afetar também, mesmo que em menor medida, a decisão do juiz a respeito de qual norma aplicar como fundamento de sua decisão, uma vez que há várias soluções possíveis em se tratando da declaração de (in)constitucionalidade de uma norma, bem como diversas técnicas de decisão, com os mais variados efeitos, inclusive com a possibilidade de sua modulação.

Nesse sentido, questiona-se: por que essa predisposição psicológica que, de forma epistemológica, está presente na apreciação de fatos e de informações, não afetaria a escolha, por parte do juiz, de uma solução jurídica, mais ou menos, racionalmente satisfatória entre as possíveis? Pode-se afirmar, com certeza, que os julgadores são completamente imunes a cair no influxo, por exemplo, do viés de confirmação ao se analisar uma causa

trolado, esse dado poderia ser interpretado de outras maneiras, como: 1) pode ser que o que esteja por trás desse resultado não seja um tratamento preferencial a membros do mesmo grupo do juiz, mas apenas uma melhor transmissão de informação entre litigante e julgador quando pertencentes ao mesmo grupo étnico, por sutilezas linguísticas, por exemplo; ou 2) o que levaria a esse resultado não seria o comportamento do juiz, mas o do litigante, na medida em que tenderia a agir de certo modo sabendo a etnia do outro. No entanto, defendem que, ainda que não se possa eliminar totalmente essas interpretações alternativas, não há evidências suficientes para comprová-las, de forma que a interpretação mais plausível para os resultados é efetivamente reflexo de um *viés de grupo* por parte do julgador. (SHAYO; ZUSSMAN, 2010).

em que já tenham oficiado nos autos, ou que tenham subscrito a norma impugnada? Entende-se que não, e a razão disso será explorada adiante.

7. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade, em regra, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), quando provocado a se manifestar por meio do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade, de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por rol taxativo de legitimados (art. 103, CF).

Vale ressaltar que o controle abstrato de constitucionalidade é um processo objetivo, isto é, sem partes. Tanto o é que quem ajuíza alguma dessas ações é chamado de requerente, e não de autor. É que impugnar abstratamente a constitucionalidade de uma norma não depende de algum litígio concreto. Daí não se falar em um processo contraditório de partes, já que se trata de um processo que visa à proteção e à defesa da constituição, por meio do qual se retira do ordenamento atos normativos que contra ela atentem. (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Dessa forma, os processos em que se discute a compatibilidade de uma norma com a Constituição, não são *processos contraditórios*, por meio dos quais haveria litígio entre as partes para a defesa de um interesse subjetivo, mas sim *processos objetivos*, sem contraditores (CANOTILHO, 2003, p. 1007-1008), razão pela qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende haver quanto aos processos que questionam abstratamente a constitucionalidade de uma norma um tratamento diferenciado em relação aos institutos de impedimento e de suspeição.

Nada obstante, esse modelo frequentemente tem se deparado com questões que se encontram na fronteira entre o direito e a política. É que somos muitos e o desacordo entre si é inevitável. Discorda-se sobre qualquer assunto: religiosidade, estética, esportes etc.. E não é diferente quando se fala de justiça: a maneira pela qual pensamos sobre esse desacordo determinará a maneira como pensamos sobre a política,

e, sendo o direito fruto da política, a forma como pensamos sobre essa discordância determinará, de algum modo, a maneira como pensamos sobre o direito positivo (WALDRON, 2003, p. 43).

Daí questionar-se por que juízes seriam mais competentes para realizar o controle de constitucionalidade, já que o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade debate, deliberação e voto (WALDRON, 2002). Não se substitui, portanto, um procedimento majoritário por um não majoritário, mas um procedimento majoritário direta ou indiretamente conduzido por milhões de brasileiros por um procedimento majoritário conduzido por onze ministros não eleitos (POLI, 2012, p. 119).

Como explica Mark Tushnet (1999), a ideia de que os juízes conseguem resistir à tirania da maioria não possui qualquer amparo histórico, tampouco é passível de comprovação empírica. Nesse sentido, ao se reconhecer que o ponto da controvérsia é político – e não só jurídico –, já que essa avaliação pelo colegiado de juízes se dará pelo idêntico método da contagem de votos, como ocorre no Legislativo, é de se ponderar a (im)parcialidade dos julgadores, mesmo em processos objetivos de controle abstrato de normas.

É que o Poder Judiciário não se encontra completamente alheio aos defeitos que recaem sobre os poderes políticos, ainda que – em razão do modo de exercício da tarefa judicial – adquiram, nestes casos, formas diferentes. Neste sentido, por exemplo, caberia dizer que as decisões dos juízes também podem resultar motivadas pelo próprio autointeresse do julgador, ou que o Poder Judiciário, salvo em casos relativamente excepcionais, não se encontra livre de pressões provenientes do âmbito extrajudicial. (GARGARELLA, 1997, p. 63).

Nesse sentido, é de se questionar a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à inaplicabilidade, em regra, das hipóteses de impedimento e de suspeição aos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, em se tratando de uma discussão não apenas jurídica, mas também política, a parcialidade dos Ministros pode ser posta em xeque.

7.1. O impedimento e a suspeição no Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade

Conforme abordado, os mecanismos de impedimento e de suspeição são regras processuais voltadas a garantir e a preservar a imparcialidade do julgador, uma vez que a imparcialidade é fundamento de legitimidade da decisão judicial. No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a imparcialidade é fomentada por uma série de garantias, que envolvem desde a vitaliciedade e a inamovibilidade até os mecanismos processuais de inércia do judiciário e o princípio do juiz natural.

No âmbito dessa Corte, os procedimentos para arguição de impedimento e suspeição estão disciplinados em seu Regimento Interno, nos arts. 277 e 287. Os dispositivos reafirmam que a declaração de impedimento ou suspeição deve seguir as hipóteses legais já estabelecidas (arts. 144 e 145 do CPC) e fixam seu trâmite interno.¹⁷

Contudo, importa, neste momento, dar especial atenção a uma questão específica: na linha da tese firmada em questão de ordem pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é razoável cogitar da inaplicabilidade das hipóteses de impedimento e suspeição nos processos de controle abstrato de constitucionalidade?

Em setembro de 2020, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.362, a discussão sobre a postura do julgador frente ao controle abstrato de normas e a (in)aplicabilidade das hipóteses de impedimento e suspeição – seja pelo próprio juiz, seja pelas partes – retornou ao Supremo Tribunal Federal.

O então Presidente, Ministro Dias Toffoli, suscitou uma questão de ordem. Sua preocupação em propor o debate era pragmática e teria a ver com o tamanho do Tribunal: a seu ver, caso se leve em consideração

17 Para conhecer com maiores detalhes as decisões proferidas nas arguições de impedimento ou suspeição suscitadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cf. GLEZER, R. E; GUIMARÃES, L. G; FERRARO, L. P; BARBOSA, A. L. P. *Fora dos Hologotes: Estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 57, vol. 20, 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1178>.

os dispositivos do CPC, que ampliaram casos de impedimento e suspeição, poder-se-ia chegar a uma situação de não haver quórum sequer para apregoar processo de controle abstrato de constitucionalidade, ou para modular os efeitos das decisões.

Ao longo da deliberação, o Ministro Luiz Fux manifestou a preocupação de que as decisões do STF em sede de controle abstrato têm expressiva repercussão econômica, até mesmo em casos concretos, posto que as declarações de (in)constitucionalidade têm eficácia *erga omnes*. Refutando-o, o Ministro Roberto Barroso afirmou que o impacto das decisões judiciais é inevitável, equiparando-o ao da atuação do Congresso Nacional, já que julgar e legislar se equivaleriam no sentido de discriminar situações à luz de determinados fatos.¹⁸

Ao final, os Ministros do Tribunal seguiram, por maioria,¹⁹ a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli, reafirmando precedente firmado em fevereiro de 2019 em sede da ADI 2.238, no sentido de estabelecer que “não há impedimento ou suspeição nos processos analisados no controle concentrado de normas, a não ser que o próprio ministro indique razões de foro íntimo”. Apesar dessa orientação, é crucial que se proceda a uma análise caso a caso, individualizada, para que tal orientação não seja aplicada a torto e a direito. Veja-se.

18 Manifesta-se preocupação com o fundamento da posição adotada pelo Ministro Roberto Barroso. Conforme defendido anteriormente, o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade debate, deliberação e voto (WALDRON, 2002). É que não é possível equiparar – sobretudo em se tratando da análise de seus impactos – as decisões do Legislativo – que efetivamente representa os interesses da população, com ampla abertura à sua participação e ao debate – às decisões do Judiciário – que não são, nem poderiam ser, representativas.

19 Ficou vencido apenas o Ministro Edson Fachin, quem entendeu que se deve presumir a constitucionalidade do art. 144, VIII, CPC. Para fundamentar seu posicionamento, citou voto de sua lavra nos autos ADI 5953, cujo objeto impugnado é justamente o dispositivo que se discutiam na questão de ordem e cujo julgamento ainda não fora finalizado em razão de pedido de destaque. Em seguida, o Ministro Dias Toffoli esclareceu que não propunha a declaração de inconstitucionalidade do art. 144, VIII, CPC, mas tão somente sua não aplicabilidade em hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade. O Ministro Luiz Fux, que estava preocupado com possível parcialidade sua, após ouvir as opiniões dos pares, decidiu acompanhar a maioria (BRASIL, 2020a).

7.1.1. ADI 55 e ADPF 403: Ministro que oficiou anteriormente nos autos

Em sede de questão de ordem suscitada pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55, em 1989, os Ministros entenderam que o então Ministro Sepúlveda Pertence estaria impedido. Isso porque, ainda quando Procurador-Geral da República, foi procurado para representar por inconstitucionalidade a mesma lei impugnada naquela ação. A decisão do Plenário foi nesse sentido, pois, mesmo que antes de tomar posse como Ministro do STF, Sepúlveda Pertence havia efetivamente examinado a questão constitucional controvertida e se pronunciado a respeito do mérito da ação.

Malgrado essa tenha sido a posição unânime do Tribunal, a *ratio decidendi* do julgado parece não ter servido como precedente para a composição atual da Corte. É o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 403. Nessa ação, discute-se, grosso modo, a possibilidade de juízes ordenarem o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* no Brasil. Após o voto do Ministro relator, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes.

De fato, ante a complexidade da causa, bem como sua grande repercussão, é importante que o julgador esteja seguro do que decidirá e entenda plenamente a discussão posta no autos. Nesse sentido, o pedido de vista aqui seria apenas uma agulha em um palheiro se não fosse um interessante detalhe: o Ministro Edson Fachin, relator da ADPF 403, solicitou informações ao Ministério da Justiça e Cidadania acerca do ato impugnado. Ocorre que quem era o Ministro de Estado da Justiça à época era o próprio Ministro Alexandre de Moraes.

Dessa forma, um Ministro que já oficiou nos autos, ainda que em outra qualidade, tendo se pronunciado quanto ao mérito da ação – para além da possibilidade de pedir ou não vista dos autos –, poderia julgar o pedido? Dito de outro modo, pode-se garantir que o Ministro formará seu convencimento a partir do processo? Mais enfaticamente, pode-se dizer que o Ministro será imparcial em seu julgamento?

Sem qualquer pretensão de adivinhação ou de futurologia, uma vez que o julgamento da arguição ainda não foi retomado, entende-se que há *riscos* de o Ministro incorrer em *viés de confirmação*. É que, ainda que enquanto julgador tenha mais zelo e cautela com a causa, é possível que tenda apenas a reafirmar (confirmar) o posicionamento que defendeu quando oficiou nos autos na qualidade de Ministro da Justiça. O ideal seria que o Ministro Alexandre de Moraes tivesse se declarado impedido para julgar essa causa, ainda que veiculada em um processo de controle abstrato de constitucionalidade.

7.1.2. AS 28 e ADPF 33: Ministro que ocupou o cargo de Advogado-Geral da União

Outra situação não rara no Tribunal envolve os casos em que o Ministro relator atuara em defesa da norma impugnada como Advogado-Geral da União. Para melhor ilustração da hipótese, é possível mencionar a Arguição de Suspeição n.º 28, suscitada em decorrência da distribuição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 33 ao Ministro Gilmar Mendes. Questionava-se sua parcialidade, pois, enquanto AGU, defendera a constitucionalidade da Lei 9.882/99 – lei que trata do processo e do julgamento de ADPF.

O Ministro Gilmar Mendes, em sua manifestação, ponderou que, caso a tese formulada pelos arguentes fosse procedente, ele deveria estar impedido no julgamento de todas as ADPFs que viessem a ser ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Sem surpresas, o incidente foi arquivado pelo então Presidente da Corte à época, Ministro Marco Aurélio, por entender que a defesa de constitucionalidade do ato normativo que instituiu a ADPF não constitui obstáculo para que o magistrado participe de julgamentos dessa espécie. A tese que prevaleceu (quase que pelo cansaço) foi a de que fosse atuação pretérita como AGU em defesa da norma impugnada razão para suspeição, haveria uma impossibilidade prática nos julgamentos.

Nesse cenário é importante fazer uma ressalva. Rememora-se que o Advogado-Geral da União tem como função precípua o patrocínio judicial e extrajudicial dos interesses da União, (art. 131, CF). Dessa for-

ma, parece razoável considerar a necessária parcialidade que incumbe ao exercício da função e da impossibilidade prática de gerar o impedimento de todos os casos anteriormente defendidos como AGU.

Isso porque, na referida função pública, não há de se falar em formação de convencimento ou mesmo de colocação parcial em relação à norma em discussão – há, com efeito, um posicionamento orientado: enquanto Advogado do União, faz-se necessário defender seus interesses. Tal cenário evidencia a necessidade de se analisar as hipóteses de impedimento e suspeição conforme o caso concreto, sem descartar em absoluto a (in)eficácia dos institutos em relação ao controle abstrato de normas.

7.1.3. ADI 55, ADI 1800, ADI 3345 e ADI 3365: Ministro que participou da elaboração da norma impugnada

Quando do julgamento de questão de ordem na ADI 55, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de deliberar, além de impedimento de Ministro que tenha atuado como Procurador-Geral da República, acerca da parcialidade de Ministro que tenha participado da sanção de lei quando Ministro de Estado. Os Ministros entenderam, unanimemente, que, ao contrário do caso do Ministro Sepúlveda Pertence, não haveria qualquer impedimento ao Ministro Paulo Brossard, uma vez que o referendo em projeto de lei levado à sanção presidencial, enquanto investido como Ministro da Justiça, seria mero procedimento formal, sem adentrar eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidade – ou seja, no mérito.

Sobre a decisão, convém destacar a ressalva do Ministro Célio Borja, no sentido de que não seria possível ignorar o referendo ministerial, pois seria um ato político, de conviência com o juízo político do Presidente da República, que envolveria também um juízo de legalidade e de constitucionalidade, típico da sanção da lei. Todavia, por entender que o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade se daria com base em razões objetivas, “fundadas na ciência do direito” – aqui adotando uma perspectiva excessivamente positivista já criticada –, não haveria qualquer impedimento ao Ministro Paulo Brossard.

Posteriormente, o Plenário da Corte chegou a enfrentar uma situação semelhante em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º

1800. Ocorre que esta ADI guarda uma peculiaridade quando comparada à ADI 55: enquanto Ministro da Justiça, Nelson Jobim foi o responsável pela elaboração de Lei, aprovada no Congresso Nacional, e impugnada em sede de controle abstrato em processo que o teria como relator, já como Ministro do Supremo. Veja-se: o Ministro relator do processo também foi o autor do projeto da lei impugnada.

A questão sobre a aplicabilidade dos institutos de impedimento e suspeição no controle normativo abstrato foi novamente aventada durante o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.os 3345 e 3365. Nessas ações, questionava-se os critérios estabelecidos pela Resolução n.º 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, a respeito do número de vereadores por municípios brasileiros.

No caso, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Carlos Velloso subscreveram a referida Resolução, quando em exercício no Tribunal Superior Eleitoral. A controvérsia surgiu, pois, mesmo assim, os Ministros analisariam sua constitucionalidade, ainda que no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Celso de Mello, relator das ações diretas, consignou que inexistia qualquer situação de incompatibilidade que pudesse impedir os Ministros do exame da questão, vez que seria prevalecente o entendimento jurisprudencial acerca da inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição no controle normativo abstrato. Para o relator, os institutos se limitariam ao plano dos processos subjetivos – nos quais se discutiriam situações individuais e interesses concretos –, sem qualquer aplicação quando se fala em controle abstrato, em razão de seu caráter tipicamente objetivo.

Veja-se: é necessário trazer à reflexão se aquele que formula a norma impugnada está em posição de imparcialidade para julgar a sua constitucionalidade. Naturalmente, a máxima *nemo iudex in sua causa*, segundo a qual ninguém será juiz em causa própria, vem à tona. É certo que, em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade, não há falar em partes, muito menos em interesse em causa própria, uma vez que o que se busca é a compatibilidade do ordenamento jurídico com a ordem constitucional.

Nada obstante, os posicionamentos desses Ministros podem ser conduzidos pelo *viés de confirmação*: não surpreende que os todos os Ministros que subscreveram, as normas impugnadas, cada qual a sua, votaram pela improcedência das ações. Vale dizer, julgaram constitucionais os diplomas de cuja elaboração participaram. Daí parecer razoável conjecturar que aquele que propõe ou formula determinada disposição normativa o faz visando à sua conformidade com a Constituição e com o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, aprecia as informações e as normas relativas à causa de modo a confirmar sua posição inicial.

8. CONCLUSÃO

O processo judicial é o meio adequado para a formação do convencimento do juiz. Isso porque a pessoa física no exercício da função de juiz não atua em benefício próprio ou de alguma das partes. Ao contrário, por apresentar o Estado-juiz enquanto na função judicante, zela pela devida e efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma, deixar de lado seus interesses e (des)afetos pessoais na composição das lides é algo de tamanha importância e que constitui um pressuposto subjetivo de validade do processo: a imparcialidade.

Derivada do devido processo legal e do princípio do juiz natural, a regra da imparcialidade – ainda que não prevista expressamente no texto constitucional – foi objeto de trabalho do legislador. O Código de Processo Civil elenca hipóteses nas quais a imparcialidade do juiz estaria comprometida de forma absoluta – impedimento – ou sob dúvida – suspeição. Entende-se que as situações arroladas no CPC não devem ser interpretadas como taxativas, haja vista haver obstáculos psicológicos à imparcialidade.

Conquanto em 1989 o Ministro Célio Borja tenha defendido a imparcialidade de seu colega por entender que o julgador estaria orientado pela “ciência do direito”, entende-se que essa visão está superada: a ciência do direito – isto é, a delimitação da moldura – é dever do cientista; já o julgador, ao aplicar o direito ao caso, tem plena liberdade para preencher a moldura da forma que melhor lhe convier. O julgamento, portanto, não é pautado absolutamente por razões objetivas, mas também por razões

subjetivas. Daí o perigo a que o juiz está submetido quando livre: não há neutralidade, apenas imparcialidade.

É que, ainda que a moldura afaste o juiz de influências externas, as influências internas lhe são inerentes. Ou seja, a interpretação, enquanto ato cognitivo-volitivo, não tem como deixar de ser enviesada. Dessa forma, ainda que não se goste nem se queira, em face da inafastável e efetiva influência que os vícios cognitivos têm no resultado final dos julgamentos, é preciso que deles se tome ciência, conhecendo-os, a fim de que se possa prevenir seus efeitos e prever, na medida do possível, suas consequências.

A discussão a respeito desse tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de casos de controle abstrato de constitucionalidade, parece estar pacificada: por serem processos objetivos, isto é, sem partes e sem interesses, em regra, não há falar em impedimento ou suspeição de Ministro. O fundamento que justifica essa tese é que os institutos de impedimento e suspeição se restringem aos processos subjetivos, que se atêm a situações concretas e não teriam razão de ser quando se fala de uma análise objetiva e abstrata de determinado ato normativo editado pelo poder público.

Ocorre que os argumentos para afastar qualquer arguição de impedimento ou suspeição nas ações de controle abstrato pouco ou nada refletem a relação do julgador e a formulação do seu convencimento acerca da norma questionada, limitando-se a abordar a objetividade do controle abstrato de normas e a citar precedentes da Corte no mesmo sentido, de forma quase tautológico-paradoxal: é assim porque sempre foi assim. Não há efetivo enfrentamento das causas e das consequências dessa inércia jurisprudencial.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse posicionamento: “não há impedimento ou suspeição nos processos analisados no controle concentrado de normas, a não ser que o próprio ministro indique razões de foro íntimo”. Com essa tese, surge um grave problema: a falta de transparência. É que a única hipótese de aplicação dos institutos que visam à imparcialidade que os Ministros entenderam se aplicar

aos casos de controle abstrato de constitucionalidade – o foro íntimo – é aquela única que prescinde de justificação.²⁰

Não se nega que o controle normativo abstrato é distinto dos processos subjetivos, tampouco se defende a aplicação dos institutos de impedimento e suspeição a qualquer circunstância e a qualquer custo nos processos objetivos. Com efeito, o que se propõe é uma reflexão individualizada a respeito de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que os casos aqui explorados buscaram problematizar a profundidade com que deve ser analisada a imparcialidade do julgador. Isto é, há necessidade de se referir apenas aos aspectos subjetivos de um processo judicial, por exemplo, ou se deve se estender a presunção de parcialidade à relação que tem o julgador com a própria norma – situação não rara no âmbito da Suprema Corte? Nesse sentido, é fundamental (i) a criação de critérios objetivos para se chegar às conclusões quanto a eventual parcialidade do julgador; e (ii) que o tema seja tratado de uma maneira mais séria e transparente.

20 Art. 145. [...] § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. (BRASIL, 2015).

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, H. O que é “devido processo legal”?. In.: DIDIER JR., Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 407-416.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 55-MC-QO**. Rel. Min. Octavio Gallotti, julgada em 31/5/1989, DJ de 16/3/1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266139>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 1800**. Rel. Min. Nelson Jobim, julgada em 11/6/2007, DJe de 28/9/2007. Brasília, 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488644>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 3345 e ADI 3365**, Rel. Min. Celso de Mello, julgadas em 25/8/2005, DJe de 20/8/2010. Brasília, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 6362**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 2/9/2020, DJe de 9/12/2020. Brasília, 2020a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754607621>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 33**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 7/12/2005, DJ de 27/10/2006. Brasília, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 403**, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento iniciado em 28/5/2019, DJe de 17/6/2020. Brasília, 2020b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200616_150.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF determina arquivamento de Arguição de Suspeição que pedia impedimento de Gilmar Mendes**. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60212>.

CALAMANDREI, P. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, F. **As Misérias do Processo Penal**. Leme: EDIJUR, 2017, ebook.

CARVALHO, A. D. Z. de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21165/3/2016_AlexandreDouglasZaidandeCarvalho.pdf.

COSTA, A. A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf.

COSTA, E. J. da F. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6986/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., F. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2001. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_%20formatado.pdf

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume I,** São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume III.** São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2020.

GARGARELLA, R. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes.** In.: Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía, n. 6, abr., 1997, p. 55-70. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>

GRINOVER, A. P. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUCON, P. H. dos S. Imparcialidade do árbitro e do juiz na teoria geral do processo. In.: ZUFELATO, C; YARSHELL, F. L. (Coord.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro.** São Paulo: Malheiros, 2013, p. 647-676.

MADUREIRA, C. ZANETI JR., H. **Formalismo-valorativo e o novo processo civil.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 272, p. 85-125, out. 2017.

MUÑOZ ARANGUREN, A. **El desayuno de nuestros jueces.** La Ley, Año XXXIV, n. 8057, 8 abr. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2258548>.

MUÑOZ ARANGUREN, A. La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano - Una Aproximación

mación. **In.: InDret**, v. 2, 2011, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1838370>.

PAIXÃO, C.; CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; CARVALHO NETTO, M. de. **Levando as palavras a sério: um golpe é um golpe**. **Jota**, 2 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/levando-as-palavras-a-serio-um-golpe-e-um-golpe-02102018>.

POLI, V. J. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29102012-164630/en.php>

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SHAYO, M.; ZUSSMAN, A. Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism. **In.: The Quarterly Journal of Economics**, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/qje/qjr022>.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil, Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUSHNET, M. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University, 1999.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **In.: Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. **Introduction: Disagreements on Justice and Rights**. **In.: NYU Journal of Legislation and Public Policy**, v. 6, n. 5, p. 5-10. Disponível em: <https://nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Jeremy-Waldron-Introduction.pdf>

WARAT, L. A.; PÉPE, A. M. B. **Filosofia do direito: Uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

CRITÉRIOS E LIMITES PARA O TRATAMENTO DE DADOS REALIZADO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19

CRITERIA AND LIMITS FOR DATA PROCESSING PERFORMED IN COVID-19

Graziely Rodrigues Guimarães¹

<https://orcid.org/0000-0002-9953-7902>

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O surgimento de um vírus de alta taxa de transmissão gerou a necessidade da imposição do distanciamento social massivo em todo o mundo. A pandemia da COVID-19 desencadeou – ou reforçou, para alguns países – o uso da tecnologia como meio de monitoramento da população. Pela urgência da situação, as normas tendem a ser flexibilizadas e as decisões governamentais são, muitas vezes, tomadas sem as devidas reflexões acerca do impacto na vida em sociedade. O tratamento de dados deve obedecer a uma série de regras para que se garanta a tutela dos direitos à privacidade, à liberdade e à proteção dos dados pessoais. No entanto, o que se observa é a violação dos direitos dos cidadãos sob a justificativa de uma necessária escolha entre o direito à saúde ou o direito à proteção de dados pessoais. Nesse cenário, o presente artigo visa analisar os critérios e limites para o tratamento de dados pessoais no enfrentamento da COVID-19.

Palavras-chave: Distanciamento Social. Monitoramento. Proteção de Dados. Critérios e Limites.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Abstract: The outbreak of a virus with a high transmission rate has generated the need for the imposition of massive social estrangement all over the world. The COVID-19 pandemic unleashed - or reinforced, for some countries - the use of technology as a means of population monitoring. Due to the urgency of the situation, norms tend to be flexible and government decisions are often taken without due consideration of the impact on life in society. Data processing must comply with a series of rules in order to guarantee the protection of the rights to privacy, freedom and protection of personal data. However, what is observed is the violation of citizens' rights under the justification of a necessary choice between the right to health or the right to personal data protection. In this scenario, the present article aims to analyze the standards and limits for the treatment of personal data collected to confront COVID-19.

Keywords: Social Distancing. Surveillance. Data Protection. Standards and Limits.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia do novo coronavírus (SARS-COV-2) em março de 2020, em razão da contaminação de mais de 118 mil pessoas em 114 países, além da morte de mais de 4 mil desses contaminados². Devido à alta taxa de transmissão do vírus³, diversos países receberam recomendações de cientistas e das autoridades de saúde para que adotassem medidas de contenção, tal como a imposição do uso de máscaras em locais públicos e do distanciamento social.

Considerando a dificuldade de realizar o diagnóstico de infecção na população em geral⁴ e que a maioria das pessoas é assintomática ou possui sintomas leves⁵, diversas iniciativas científicas foram e estão sendo desenvolvidas para que, através da coleta de dados pessoais e de geolocalização, se torne possível o rastreamento do vírus. O tratamento das informações coletadas pode se mostrar bastante útil para a elaboração de políticas públicas de combate à COVID-19, já que se pode veri-

2 Hoje (dezembro de 2020), já são mais de 67 milhões de casos e 1,54 milhão de mortes, segundo informações presentes no Painel COVID-19 do Centro de Ciência e Engenharia de Sistemas da Universidade Johns Hopkins (JHU, 2020).

3 O número reprodutivo do SARS-COV-2, ou seja, a quantidade média de pessoas que um sujeito contaminado pode transmitir o vírus, é entre 2,2 e 3,3, o que o classifica como um vírus de alta propagação (ROSSI, 2020).

4 “O diagnóstico da COVID-19 é um desafio em todo mundo. Entre os aspectos que dificultam: 1) o material biológico a ser utilizado, como por exemplo, swab de naso e/ou orofaringe, plasma, soro ou sangue total; 2) a definição do marcador biológico com maiores chances de ser detectado; 3) o tipo de metodologia empregada (métodos virológicos, biologia molecular e imunoenaios); 4) o momento ideal da infecção para a coleta da amostra e tipo ideal de amostra; e 5) a acurácia dos testes de diagnóstico disponíveis. Além disso, com o estado de pandemia declarado pela OMS, há dificuldade de obtenção de insumos para maior disponibilização do teste molecular de detecção do RNA viral, uma vez que este se tornou uma necessidade global.” (MAGNO et al, 2020)

5 PINHEIRO, C. Casos sem sintomas, leves e graves: as diferentes evoluções do coronavírus. **Veja Saúde**, 21/08/2020. Disponível em: < <https://saude.abril.com.br/medicina/casos-sem-sintomas-evolucoes-coronavirus/> >

ficar os contatos feitos pelo infectado⁶ e se as pessoas estão cumprindo o regime de quarentena⁷, por exemplo.

Os países tem pressa na tomada de decisões de enfrentamento à pandemia, uma vez que a doença tem gerado um grande impacto financeiro⁸, seja pela paralisação total ou parcial de diversos setores da economia seja pela distribuição de renda assistencial aos menos favorecidos ou ainda com o alto custo do tratamento dos infectados sintomáticos graves. Como consequência, tem-se a implementação de tecnologias ainda imaturas que, sem as devidas reflexões acerca do impacto na vida em sociedade, podem gerar graves violações ao direito à proteção de dados pessoais das populações (FARIAS, 2020).

Cria-se um aparente dilema entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à saúde. Isso porque, de um lado, busca-se o combate ao coronavírus através de todos os meios disponíveis e, por outro, existem direitos fundamentais que devem ser respeitados mesmo em situações de emergência. Esse conflito é aparente na medida em que inexistente direito fundamental ilimitado. No entanto, apesar de poderem sofrer restrições, não se pode aplicar uma perspectiva de exclusão.

Segundo Roberto Alexy (2015), na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, deve-se aplicar a técnica de ponderação. Isso significa que é possível a coexistência de ambos os direitos, sem que haja a necessidade de se declarar a invalidade de um ou de outro. Para tanto, far-se-á a análise das circunstâncias fáticas do caso e, com base no princípio da proporcionalidade, será verificado se o ato que gerou o conflito (*i*) é adequado para o objetivo proposto e (*ii*) é o menos danoso para a concreti-

6 OLIVEIRA, P. Aplicativo ajudará a rastrear contatos de infectados com covid-19. **Agência Brasil**, Brasília, 31/07/2020. Saúde. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-07/aplicativo-ajudara-rastrear-contatos-de-infectados-com-covid-19>>

7 Governo de MS usa localizadores de celular para monitorar cumprimento da quarentena do coronavírus. **G1 Mato Grosso do Sul**, Cuiabá, 04/04/2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/04/04/governo-de-ms-usa-localizadores-de-celular-para-monitorar-cumprimento-da-quarentena-do-coronavirus.ghtml>>

8 “A natureza da pandemia gerada devido ao COVID-19, provocando a queda abrupta da atividade econômica em praticamente todos os países, gerou uma desvalorização significativa em todas as bolsas mundiais” (SAMPAIO, 2020)

zação do fim almejado. Por fim, analisa-se a necessidade de cerceamento de um direito em prol da concretização de outro.

Finalizados estes passos, é possível chegar a conclusão de qual direito deve prevalecer. Diante disso, o tratamento de dados pessoais coletados para fins de enfrentamento à COVID-19 deve ser feito de maneira adequada e não excessiva ao fim almejado. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar os limites e os critérios que devem ser levados em consideração quando do tratamento dos dados coletados para combate à propagação do novo coronavírus.

2. CONTEXTO MUNDIAL

Nem todos os países do mundo possuem uma legislação específica para a proteção de dados pessoais de seus cidadãos e alguns sequer reconhecem esse direito diretamente⁹. A partir desse cenário, concomitante à pandemia do novo coronavírus e à necessidade de rastreamento da população para verificar possíveis infectados ou para analisar o cumprimento das medidas de distanciamento social, nota-se uma grande pluralidade no tratamento de dados pessoais coletados pelos diversos aplicativos e dispositivos elaborados com o objetivo de facilitar o combate ao vírus.

Nesse contexto, surgem questionamentos acerca dos desafios éticos, legais e técnicos que permeiam a coleta, o acesso, o compartilhamento e uso dos dados pessoais em vários países do mundo.

2.1. Índia

A Índia ainda não possui uma legislação específica para a proteção de dados pessoais, logo a proteção é feita indiretamente em atenção ao direito à liberdade¹⁰. Apesar da ausência legislativa, a Suprema Corte

9 Segundo dados da UNCTAD (2020), apenas 66% dos países possuem legislação específica para a proteção de dados pessoais. O restante não possui legislação específica ou encontram-se na fase da tramitação de projeto de lei ou não há informações disponíveis.

10 O art. 21 da Constituição Indiana de 1949 prevê “Nenhuma pessoa será privada da vida ou da liberdade pessoal, exceto se estabelecido em lei” (tradução livre).

Indiana decidiu, em 2017, no caso *Puttaswamy vs. Índia*, que a privacidade seria um direito fundamental protegido pela sua Constituição e, em 2018, o Tribunal requereu que o Governo elaborasse regras rígidas acerca da proteção de dados pessoais. (BURMAN; RAI, 2020). Diante disso, em 2019, foi criado um projeto de lei para tratar sobre o assunto. No entanto a previsão é que seja aprovado pelo Parlamento somente em 2021.

Conforme supracitado, o vácuo normativo torna o direito suscetível a violações, o que se pode verificar na iniciativa do governo indiano de fabricar braceletes de monitoramento que coletam dados de geolocalização em tempo real, além de sinais vitais do usuário, como batimentos cardíacos, temperatura e nível de oxigenação (GHOSAL, 2020). Ademais, este dispositivo, utilizado juntamente a um aplicativo, permite que as autoridades apliquem medidas restritivas de liberdade, já que o *software* traça um perímetro virtual de circulação permitida para o usuário infectado. Caso haja qualquer desrespeito, as autoridades estão autorizadas a intervir.

A coleta de dados é abrangente e desproporcional ao fim almejado¹¹ e, portanto, viola o direito à privacidade, previsto tanto na Constituição Indiana quanto em diversos diplomas internacionais do qual o país é signatário¹².

2.2. Coreia do Sul

Após a epidemia do MERS em 2015, também causada por um coronavírus, a Coreia do Sul aprovou a *Personal Information Protection Act*, le-

11 “Em um documento técnico da entidade, afirmam que é possível a identificação de comportamentos considerados suspeitos, checar o que o usuário faz em determinados dias da semana, em quais estabelecimentos consome comida, quais são seus contatos mais frequentes, assim como contatos ocasionais como motoristas de aplicativo, sabem com quem a pessoa esteve e por quanto tempo, entre outras informações.” (FARIAS, 2020)

12 A Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, foi assinada pelo Índia e prevê em seu art. 12 que “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948).

gislação que excepcionou, nos casos de urgência de saúde, segurança ou bem-estar, a não incidência das “disposições legais que se referem ao consentimento, às limitações, bem como às garantias dos direitos dos titulares dos dados pessoais que devem ser observadas quando do tratamento de tais dados” (MODESTO; EHRHARDT, 2020, p. 149). Dessa forma, criou-se um cenário propício a coleta de dados pessoais de forma massiva durante o enfrentamento do SARS-COV-2. Apesar de a divulgação dos dados ser de forma anonimizada, tornou-se possível, por agregação, a identificação do titular, uma vez que se trata de uma quantidade considerável de dados¹³.

Para exemplificar, tem-se o caso de um coreano que contraiu o coronavírus em decorrência de contato com um instrutor de uma palestra. Após o diagnóstico, o Governo enviou mensagens a toda a população, nas quais constavam diversos dados do infectado, como idade, sexo, local de residência e de trabalho, ocasião em que contraiu, locais por ele visitado após a infecção, dentre outros¹⁴.

É importante salientar que a Coreia do Sul se tornou um dos países com os melhores resultados no combate ao novo coronavírus. Foram adotadas diversas medidas para alcançar esse resultado, tal como a testagem em massa e o incentivo ao *home office*. Diante desse cenário, surge uma reflexão acerca da coleta e da divulgação dos dados coletados, já que, com tantas medidas de prevenção e de combate à propagação do vírus, o tratamento dos dados aparenta ser desproporcional e excessivo.

2.3. Brasil

Com o objetivo de viabilizar a realização das entrevistas oficiais feitas pelo IBGE de forma não presencial, foi editada a Medida Provisó-

13 A anonimização dos dados não é completa; e pesquisas indicam a reversão do processo através da agregação de 15 dados do titular.

14 “Toda essa riqueza de informações que o governo divulga em seus alertas é fruto da massiva coleta dos dados pessoais daqueles que são infectados pelo coronavírus, que vai da entrevista do paciente até a verificação das transações com cartões de crédito feitas pelo infectado, passando pela coleta de dados de localização dos smartphones e filmagens de câmeras de vigilância para recriar a rota do infectado um dia antes de os sintomas aparecerem”. (MODESTO & EHRHARDT, 2020)

ria n. 954, de abril de 2020, que buscou a coleta de dados dos cidadãos brasileiros através do compartilhamento compulsório das informações constantes nas bases de dados das empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A partir das informações coletadas nas entrevistas, seria gerado conhecimento essencial para a elaboração de políticas governamentais para enfrentar o novo coronavírus.

Após sua edição, a MP n. 954/2020 foi alvo de diversas críticas em razão de aparente violação a direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. Isso porque o objetivo proposto pela medida era genérico e insuficiente para justificar o compartilhamento e tratamento de dados. Ademais, uma vez que se tratava de uma finalidade ampla, não era possível analisar se aquele meio era realmente o mais adequado para o fim almejado. Outro ponto da MP n° 954/2020 que foi criticado foi quanto à ausência de transparência de como os dados serão utilizados e publicizados.

Em razão do caráter de urgência, a medida provisória careceu de detalhamentos essenciais que demonstrassem sua necessidade para o fim almejado e as lacunas geraram brechas para a violação de direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados e a autodeterminação informativa, previsto nos art. 1º, inciso III, e art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

Diante disso foram propostas diversas ações diretas de constitucionalidade (ADIs). A principal delas foi a ADI n. 6387, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com pedido de medida cautelar de urgência. A Relatora, Ministra Rosa Weber, entendeu que, ao prever o compartilhamento de nomes, números telefônicos e endereços, a MP n. 954/2020 estaria realizando tratamento de dados pessoais e, portanto, estaria sujeita a observar os direitos à liberdade, à privacidade e à personalidade.

Assim, inexistindo (i) justificativa consistente e legítima para a coleta de dados¹⁵, além de (ii) condições para a avaliação da adequação e

15 “[...] o único dispositivo da MP n. 954/2020 a dispor sobre a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma é o § 1º do seu art. 2º. E esse limita-se a enunciar que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a

necessidade dos dados coletados, a MP n. 954/2020 estaria violando os limites delineados pela proteção constitucional. Ademais, a Relatora entendeu que restavam ausentes as garantias de segurança e de anonimização para o tratamento dos dados compartilhados, o que motivou a suspensão da eficácia da medida provisória.

Outro caso importante para entender a utilização da tecnologia como auxiliar para o combate ao novo coronavírus é o Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi), lançado em São Paulo com o objetivo de utilizar os dados georreferenciais dos celulares para identificação de aglomerações e monitoramento do grau de isolamento. Os dados também seriam utilizados para a promoção de ações de advertência e de orientação à população.

Esse sistema também foi contestado judicialmente, no entanto o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo divergiu da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 6387. Isso porque os dados coletados pelo Governo de São Paulo eram anonimizados, estatísticos e agregados e havia um claro interesse público no combate ao coronavírus. Dessa forma, os princípios constitucionais de liberdade, privacidade e personalidades estariam garantidos.

Importante também analisar o caso de uma mulher moradora do Sergipe que após uma viagem com conexão em São Paulo contraiu o vírus. Antes mesmo de confirmado o diagnóstico, ela teve seus dados vazados, gerando uma série de ataques virtuais¹⁶. Os dados referentes à saúde do titular são sensíveis e quando tratados devem ser adotadas medidas de segurança para garantir que não haja qualquer tipo de vazamento ou para que, no caso de exposição, haja o menor dano possível, o que não foi observado no caso.

produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados” (STF, 2020).

16 Mulher diagnosticada com coronavírus em Sergipe fala sobre preconceito: ‘Isso me deixou mais doente do que a própria dor’. *G1 Sergipe*, 19.03.2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2020/03/19/mulher-diagnosticada-com-coronavirus-em-sergipe-fala-sobre-preconceito-isso-me-deixou-mais-doente-do-que-a-propria-dor.ghtml>>

Outro evento que representa clara violação ao direito à proteção de dados pessoais ocorreu após o governo estadual do Amazonas ter determinado a quarentena a todos os passageiros que desembarcassem no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes e ainda que estes instalassem um aplicativo em seus celulares para que o fosse feito um monitoramento de suas localizações, em tempo real, por 14 dias.

Por fim, vale ressaltar que a Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que tratou sobre medidas de emergência para o enfrentamento da COVID-19, representou também uma flexibilização no tratamento de dados. Isso porque prevê em seu art. 6º o compartilhamento obrigatório de dados que facilitem a contenção da propagação do novo coronavírus¹⁷ (BARROS, 2020).

3. O PERIGO DA VIGILÂNCIA CONTÍNUA

Alguns países que se destacaram na contenção da propagação da COVID-19 obtiveram esse sucesso em razão de uma vasta infraestrutura consolidada em todo o território de “câmeras, algoritmos de reconhecimento facial e uma grande integração das bases de dados do governo” (BARILI, 2020), o que permitiu o fácil rastreamento dos indivíduos. No Brasil, apesar de existente¹⁸, essa não era uma infraestrutura bastante desenvolvida, motivo pelo qual buscou-se o aperfeiçoamento das tecnologias de captura de dados.

17 “Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

§ 2º O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais.” (BRASIL, 2020)

18 “Na ocasião da Copa do Mundo Fifa (Federação Internacional de Futebol) de 2014 foram implementados 14 CICC’s (Centros Integrados de Comando e Controle) para monitoria dos espaços públicos, sendo 2 de administração nacional e 12 de administração regional (Ministério do Esporte, 2014)” (BATISTA; FARINIUK; MELLO, 2016)

Foram desenvolvidos aplicativos do governo para rastreamento de infectados e para alertas de riscos de infecção¹⁹, além de aplicativos com o objetivo de distribuir renda para os mais desfavorecidos²⁰. Essas ferramentas geram uma coleta massiva de dados da população, seja de forma voluntária ou involuntária, além de permitirem a inserção de uma política de controle e vigilância ativa pelo Estado (BARILI, 2020).

Conforme supracitado, a pressão para conter o problema pode gerar uma flexibilização legislativa. No Brasil, a Lei n. 13.979/2020 previu o compartilhamento obrigatório de dados pessoais essenciais para o combate ao novo coronavírus, revogando, durante seu período de vigência, qualquer restrição imposta pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018).

Surgem alguns riscos a partir dessa naturalização do monitoramento em tempos de emergências. Primeiramente, é importante ressaltar o Estado já se mostrou diversas vezes incapaz de realizar uma proteção eficiente dos dados pessoais da população, o que pode ser depreendido dos recentíssimos casos de vazamento de dados de brasileiros usuários do Sistema Único de Saúde²¹ e dos ataques hackers feitos em diversos tribunais e ministérios²².

Ademais, existe um grande risco de que a política de vigilância à população se torne permanente, uma vez que as estruturas tecnológicas aperfeiçoadas não serão descartadas, muito menos os dados coletados. Estes podem ser disponibilizados para outros fins, em razão da facilidade de se criar um novo motivo para a continuidade do monitoramento,

19 Os aplicativos Coronavírus SUS e guardiões da Saúde foram duas das inovações que buscavam o rastreio de infectados. (OLIVEIRA, 2020 e GALVÃO, 2020)

20 O aplicativo da Caixa – Auxílio Emergencial foi desenvolvido com o intuito de fornecer proteção emergencial a um grupo de pessoas mais desfavorecidas durante o período de crise sanitária e de saúde pública causada pela COVID-19. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/auxilio/Paginas/default2.aspx>>

21 BERTONI, E. **O novo vazamento de dados na Saúde e suas consequências.** Nexo Jornal, 02/12/2020. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expres-so/2020/12/02/O-novo-vazamento-de-dados-na-Sa%C3%BAde.-E-suas-consequ%C3%AAs>>

22 DA COSTA, M. **Brasil sofre seu maior ataque hacker da história.** *Veja*, 05/11/2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/brasil-sofre-seu-maior-ataque-hacker-da-historia/>>

já que “sempre há uma nova emergência no horizonte” (HARARI *apud* BARILI, 2020). Essa permanente vigilância é um risco contra a democracia, pois o tratamento de dados massivos da população já se mostrou um meio de manipulação e controle das pessoas, através da influência do Governo na tomada de decisão dos cidadãos.

Daí advém a necessidade de leis que assegurem os direitos fundamentais, além de uma autoridade independente que monitore e reporte os abusos no tratamento de dados de maneira objetiva. No Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) está ligada diretamente ao Poder Executivo, o que gerou grandes críticas dos diversos estudiosos da área. Dentre os principais motivos, ressalta-se a inadequação frente às legislações internacionais, o que pode representar um óbice para o compartilhamento internacional de dados, e se questiona se essa subordinação não deslegitimaria a instituição, já que a atuação da ANPD estaria diretamente sujeita às trocas partidárias e sua capacidade fiscalizatória seria reduzida pela influência do Governo (SIMÃO; OMS; TORRES, 2019).

4. UM PONTO DE EQUILÍBRIO: O USO LEGÍTIMO DE DADOS NO COMBATE À COVID-19

Com base no exposto, faz-se necessário explicitar alguns parâmetros que devem ser observados quando da coleta de dados da população para fins de combate ao novo coronavírus. Encontrado esse ponto de equilíbrio, restarão resguardados os direitos à dignidade, à liberdade e à privacidade, estreitamente ligados à proteção de dados pessoais, e o direito à saúde (BIONI et al, 2020).

Inicialmente, deve ser analisada a necessidade do uso dos dados para a elaboração da política pública de enfrentamento à COVID-19. Para tanto, deve haver uma motivação fundamentada em evidências científicas, além do uso dos dados estar previsto em lei e o compartilhamento ser formalizado através de instrumento contratual. O objetivo é evitar a arbitrariedade, reforçar a legitimidade da medida e permitir uma maior vinculação (BIONI et al, 2020).

Posteriormente, passa-se para a fixação da finalidade do tratamento de dados, ou seja, é necessário delimitar de forma expressa para que

serão utilizados os dados coletados, além de demonstrar que todos os dados coletados são de extrema importância para a finalidade almejada. Através desses procedimentos, será possível reduzir as chances de uso dos dados para fins discriminatórios abusivos (BIONI et al, 2020).

O terceiro passo diz respeito ao tempo de uso daqueles dados. É importante delimitar por quanto tempo o controlador poderá usar os dados disponíveis, além de definir uma forma segura de descarte. Essa limitação pode evitar o uso dos dados para outros fins, uma vez que estes serão conservados somente pelo tempo necessário (BIONI et al, 2020).

Analisa-se, ainda, se estão sendo observados e aplicados todos os meios de proteção e segurança dos dados. Os dados devem ser anonimizados, aplicando-se as melhores técnicas de remoção de identificadores para garantir o maior nível possível proteção ao titular. Ademais, é necessário utilizar mecanismos que evitem incidentes de segurança e amenizem os danos nos casos de vazamento (BIONI et al, 2020).

Por fim, faz-se necessário garantir a publicidade e transparência de todo o tratamento dos dados, evitando o uso de maneira discriminatório ou discricionária (BIONI et al, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia é instrumento facilitador da vida humana e os problemas que surgem a partir disso dizem respeito ao modo como o ser humano a utiliza. Por isso, faz-se necessária a criação de mecanismos de regulação do uso, de modo a proteger os direitos e garantias individuais e coletivos dos indivíduos. Apesar de a pandemia da COVID-19 ter desencadeado um aumento no uso de tecnologias de monitoramento, a legislação veda o uso discricionário e ilimitado. Não há necessidade de exclusão do direito à proteção de dados em prol do direito à saúde. É possível a coexistência de ambos, se a limitação respeitar determinados parâmetros.

O que se observa dos casos analisados é que, inicialmente, a lacuna normativa acerca da proteção de dados na Índia gerou um ambiente propício a mais violações. No entanto, também é possível que o legislador atue de forma abusiva, causando graves violações aos direitos fundamentais, como se depreende da Coreia do Sul. Já no Brasil, apesar de uma

legislação específica vigente, existem casos de abusos, como o aplicativo Coronavírus – SUS, ao não prever um ciclo de vida para os dados coletados, o que pode gerar desvio de finalidade (FANTINI, 2020).

Ademais, quanto à entrada massiva da tecnologia na vida coletiva, é importante se questionar sobre os riscos que a naturalização do monitoramento da população pode gerar no futuro. De um lado, tem-se um Estado que já se demonstrou pouco eficiente na proteção e segurança dos dados pessoais e, de outro, há a manutenção das estruturas tecnológicas, através da atribuição de novas finalidades, justificáveis por um suposto interesse público.

Em um contexto de pré-coleta dos dados, para a elaboração de qualquer medida que exija o tratamento de dados é necessário observar os princípios relativos à motivação, à previsão legal, à existência de instrumento formal, à finalidade, à minimização, ao ciclo de vida, à (pseudo) anonimização, à segurança da informação, à transparência e ao código aberto. Caso a violação já tenha se concretizado ou esteja em curso, é importante lembrar da atuação de uma autoridade de proteção de dados independente como fiscalizadora, interventora e aplicadora de sanções. No Brasil, a ANPD é subordinada ao Poder Executivo, o que pode deslegitimar seus atos no âmbito internacional, criando óbices para o compartilhamento de dados com outros países.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

BARILI, F. **Coronavírus: um intensificador do Estado de Vigilância. Os Dados e o Vírus: Pandemia, Proteção de Dados e Democracia**. Data Privacy Brasil Publicações: São Paulo, 2020.

BARROS, R. “Quis Custodiet Ipsos Custodies”: A Naturalização da vigilância em massa em tempos de emergência. **Os Dados e o Vírus: Pandemia, Proteção de Dados e Democracia**. Data Privacy Brasil Publicações: São Paulo, 2020.

BATISTA, M.; FARINIUK, T.; MELLO, S. **Smartsurveillance em Aplicações Recentes no Brasil: Um Estudo de Caso nas Cidades de Recife e Curitiba**. Revista de Gestão e Secretariado - GeSec, São Paulo, v. 7, n. 2, pp. 104-137, mai./ago. 2016.

BERTONI, E. O novo vazamento de dados na Saúde e suas consequências. **Nexo Jornal**, 02/12/2020. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/12/02/O-novo-vazamento-de-dados-na-Sa%C3%BAdE.-E-suas-consequ%C3%Aancias>> Acesso em 02/12/2020.

BIONI, B. et al. **Privacidade e Pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19**. Data Privacy Brasil, São Paulo, 13 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de Fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>> Acesso em 02/12/2020.

BURMAN, A.; RAI, S. What is in India's Sweeping Personal Data Protection Bill? **Carnegie India**. 09 de mar. 2020. Disponível em: < <https://carnegieindia.org/2020/03/09/what-is-in-india-s-sweeping-personal-data-protection-bill-pub-80985#:~:text=What%20is%20the%20personal%20data,respect%20to%20their%20personal%20information.> >. Acesso em: 02/12/2020.

DA COSTA, M. Brasil sofre seu maior ataque hacker da história. **Veja**, 05/11/2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/brasil-sofre-seu-maior-ataque-hacker-da-historia/> Acesso em 02/12/2020.

FANTINI, L. Coronavírus -SUS: aspectos relevantes da privacidade e proteção de dados e tecnologia de vigilância. **Os Dados e o Vírus: Pandemia, Proteção de Dados e Democracia**. Data Privacy Brasil Publicações: São Paulo, 2020

FARIAS, G. **Vigilância Moviada a Dados como Mecanismo de Combate à COVID_19 e seus Limites Éticos envolvidos na Proteção de Dados Pessoais**. Revista Caderno Virtual. Vol. 2, n. 47, 2020.

GALVÃO, W. Covid-19: aplicativo reformulado com apoio da UnB monitora pacientes. **Correio Brasiliense**, 24/07/2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/07/24/interna_cidadesdf,875127/covid-19-aplicativo-reformulado-com-apoio-da-unb-monitora-pacientes.shtml > Acesso em 02/12/2020.

G1. Governo de MS usa localizadores de celular para monitorar cumprimento da quarentena do coronavírus. **G1 Mato Grosso do Sul**, Cuiabá, 04/04/2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/04/04/governo-de-ms-usa-localizadores-de-celular-para-monitorar-cumprimento-da-quarentena-do-coronavirus.ghtml>>. Acesso em 02/12/2020.

GHOSAL, A. **India to use wristband to monitor locations, temperatures of COVID-19 patients**. Global News. 22 abr. 2020. Disponível

em: < <https://globalnews.ca/news/6851463/coronavirus-india-wrist-bands/> >. Acesso em 02/12/2020.

JHU. **Painel COVID-19 do Centro de Ciência e Engenharia de Sistemas da Universidade Johns Hopkins**. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd-40299423467b48e9e_cf6> Acesso em 02/12/2020.

MAGNO, L. et al. **Desafios e propostas para ampliação da testagem e diagnóstico para COVID- 19 no Brasil**. Ciência & Saúde Coletiva. Vol. 25, n. 9, Rio de Janeiro: set. 2020. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, v. 8, n. 2, p. 143-161, ago. 2020.

MODESTO, J.; EHRHARDT, M. **Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate a COVID-19**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, v.8, n. 2020.

OLIVEIRA, P. Aplicativo ajudará a rastrear contatos de infectados com covid-19. **Agência Brasil**, Brasília, 31/07/2020. Saúde. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-07/aplicativo-ajudara-rastrear-contatos-de-infectados-com-covid-19>>

OMS. **World Health Organization Director General's Opening Remarks at The Media Briefing on Covid-19**. Disponível em: <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-1911-march-2020>> Acesso em 02/12/2020.

PINHEIRO, C. Casos sem sintomas, leves e graves: as diferentes evoluções do coronavírus. **Veja Saúde**, 21/08/2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/casos-sem-sintomas-evolucoes-coronavirus/>> Acesso em 02/12/2020.

PINHEIRO, C. Casos sem sintomas, leves e graves: as diferentes evoluções do coronavírus. **Veja Saúde**, 21/08/2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/casos-sem-sintomas-evolucoes-coronavirus/>> Acesso em 02/12/2020.

ROSSI, A. Contágio Rápido e Silencioso: a Matemática do Coronavírus. **Piauí**. 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/contagio-rapido-e-silencioso-matematica-do-coronavirus/>>. Acesso em 02/12/2020.

SAMPAIO, J. **Covid-19 e Mercado Financeiro**. Fundação Getúlio Vargas. Escola de Economia de São Paulo Projetos. 2020.

SIMÃO, B.; OMS, J.; TORRES, L. **Autoridades de Proteção de Dados na América Latina: um Estudo dos Modelos Institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, 03 mai. 2019.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387**. Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 07/05/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>> Acesso em 02/12/2020.

UNCTAD. **Data Protection and Privacy Legislation Worldwide**. 02/04/2020. Disponível em: <<https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>>. Acesso em 02/12/2020.

HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR DELITOS AMBIENTAIS CONTRA PESSOA JURÍDICA

HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT TO SHUT DOWN
CRIMINAL PROSECUTION FOR ENVIRONMENTAL
CRIMES AGAINST LEGAL ENTITIES

Henrique Borges¹

Victor Barros²

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo tem a intenção de analisar o cabimento do habeas corpus para trancar ação penal por delito ambiental contra pessoas jurídicas. A responsabilização penal de pessoas jurídicas por delitos ambientais sempre foi tema muito peculiar e cujo enfrentamento sofreu inúmeras alterações ao longo dos últimos anos, sobretudo no que diz respeito à superação da teoria da dupla imputação. Uma questão perniciosa e extremamente interessante que se coloca quando nos deparamos com ações penais por crimes ambientais contra pessoas jurídicas é se seria possível a utilização do habeas corpus, remédio constitucional destinado a assegurar o direito de ir e vir, para o trancamento da ação. Como se verá, a questão não é tão simples quanto poderia parecer à primeira vista e é necessária uma cumulação de fatores para que tal instrumento seja utilizado em benefício da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Habeas Corpus – Direito Ambiental – crimes ambientais – pessoa jurídica.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade da UnB - GERN. Assistente Jurídico da prática de Direito Ambiental do Mattos Filho Advogados.

2 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos em Direito Tributário – GTAX. Assistente Jurídico do Figueiredo dos Santos & Associados – Advocacia.

Abstract: This article intends to analyze the appropriateness of habeas corpus against criminal actions filed for environmental offenses against legal entities. The criminal liability of legal entities for environmental crimes has always been a very peculiar subject and the confrontation of which has undergone numerous changes over the last few years, especially with regard to overcoming the double imputation theory. A pernicious and extremely interesting question that arises when we face criminal actions for environmental crimes against legal entities is whether it would be possible to use habeas corpus, a constitutional remedy designed to ensure the right to come and go, to stop the action. As will be seen, the issue is not as simple as it might seem at first sight and a combination of factors is necessary for such an instrument to be used for the benefit of the legal entity.

Key-Words: Habeas Corpus – Environmental Law – environmental crimes – legal entity.

I – INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* é instituto que integra o ordenamento jurídico brasileiro desde o Código de Processo Criminal de 1832, de modo que desde a sua aparição no direito brasileiro apenas teve sua utilização obstada durante o período de exceção criado pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. (MENDES; BRANCO, 2018, pp. 442-443)

Com efeito, esse remédio constitucional, como é comumente chamado, está previsto no art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1998a) e no art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e se destina a repelir violência ou coação na liberdade de locomoção ocasionada por ilegalidade ou abuso de poder. Ademais, também se aplica o instituto para os casos em que o paciente se ache ameaçado de sofrer as violações, sendo, nesse caso, *habeas corpus* preventivo.

Nesse contexto, em se tratando de instrumento que se destina à proteção das pessoas naturais, e que tutela a liberdade de locomoção, o entendimento corrente é que ele não poderia ser impetrado por pessoa jurídica, haja vista ser impossível a restrição de liberdades desses entes, conforme reiteradas decisões dos tribunais superiores.³ (BRASIL, 2008) (BRASIL, 2014a)

No contexto das pessoas jurídicas, a sua responsabilidade penal foi prevista pelo art. 225, §3º da Constituição Federal, vindo a ser regulado pela seara infraconstitucional pela Lei nº 9.605/98, que, em seu art. 3º, consigna o seguinte:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (BRASIL, 1998b)

3 Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92921. Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 de ago. de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51488-SP. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14 de outubro de 2014.

A partir daí, passou a ser permitida a responsabilização criminal das pessoas jurídicas no Brasil por delitos ambientais constantes na Lei nº 9.605/98. Ocorre que o sistema brasileiro não estava adaptado a essas mudanças legislativas para que responsabilizasse as pessoas jurídicas, uma vez que os instrumentos processuais existentes no direito processual não se adequaram à realidade trazida pela Carta Magna de 1988. É precisamente esse questionamento que o Ministro Lewandowski levantou no julgamento do HC nº 92.921, em que se tinha como preliminar a legitimidade da pessoa jurídica para figurar como paciente.

Na ocasião do julgamento, o Ministro afirmou que inexistem, no sistema jurídico brasileiro, instrumentos legislativos, estudos da doutrina ou até mesmo precedentes jurisprudenciais aptos a colocar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em prática de forma que seja congruente com as garantias mais básicas do processo penal. Finalizou o Ministro afirmando que entenderia viável a interposição de *habeas corpus* para sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder originados de ação penal em que figura no polo passivo pessoa jurídica.(BRASIL, 2008)⁴

Portanto, após analisada a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro, sob a ótica específica do direito ambiental, passar-se-á à verificação da possibilidade deste remédio constitucional trancar ações penais em favor de pessoas jurídicas.

II – A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO

4 “Com efeito, conquanto tenha o art. 225, §3º da Constituição Federal feito expressa menção à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, inexistem instrumentos legislativos, estudos doutrinários ou precedentes jurisprudenciais, aptos a colocá-la em prática, sobretudo de modo consentâneo com as garantias do processo penal.(...) Assim, não obstante as ponderações do Ministério Público, entendo viável a interposição de *habeas corpus* para sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder originados de ação penal em que figure no pólo passivo pessoa jurídica, sobretudo tendo em conta a falta de adequação do sistema processual à nova realidade representada pela criminalização das ações praticadas por tais entes.”

A responsabilização penal das pessoas jurídicas é tema espinhoso e objeto de muitas críticas pela doutrina, justamente pelo fato de inexistir qualquer conduta praticada pela pessoa jurídica propriamente dita, mas sim por seus funcionários. Pode-se dizer que a maioria doutrinária é absolutamente contrária à tese de que seria possível a responsabilização criminal destes entes.

A máxima *societas delinquere non potest*⁵ sempre guiou o campo da responsabilidade criminal, sendo certo que a previsão trazida pelo art. 225, §3º da Constituição Federal causou perplexidade na doutrina penalista à época da constituinte. É precisamente no sentido de que não se pode responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica que se manifesta Bitencourt (2020, pp. 682-683) ao afirmar que a previsão do art. 225 leva alguns penalistas a sustentar que a Constituição Federal criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que estaria equivocado. Conclui o autor afirmando que “Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos”.

E o entendimento de que a máxima *societas delinquere non potest*⁶ deveria vigorar no Direito brasileiro, mesmo diante das previsões do art. 225, §3º da Constituição Federal e do art. 3º da Lei nº 9.605/98, foi bastante aceito, com decisões oriundas inclusive dos tribunais superiores, que se manifestaram pela impossibilidade de imputação penal da pessoa jurídica diante carência de capacidade de ação, assim como a impossibilidade de atribuí-las culpabilidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA. INÉPCIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal à pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem

5 Tradução livre: a sociedade não pode delinquir.

6 Sobre o tema, ver também DOTTI, R. A. **Curso de direito penal [livro eletrônico]**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. RB-6.2.

como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). Recurso desprovido. (BRASIL, 2004)

Por outro lado, a doutrina especializada do Direito Ambiental, sempre se mostrou aberta à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, justamente em razão do intuito de elevar o grau de proteção ao meio ambiente da forma como pretendido pela Constituição Federal. Dentre os autores de maior fôlego sobre o tema que defendem a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica se destacam Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 880), Edis Milaré (2020, p. RB-13.9) e Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (2001, p. 213).

Caroline Braun (2014, p. 79) sustenta que essa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilização das pessoas jurídicas se deu em razão do laconismo do sistema pátrio quanto a uma disciplina efetiva da responsabilidade penal desses entes. A jurista explica que a falha legislativa se deve ao fato de que o Brasil importou esse sistema de responsabilização das pessoas jurídicas do modelo francês, mas deixou de trazer uma adaptação geral da normatização penal, o que foi feito na França.

Atentando-se às críticas realizadas pela maioria da doutrina penalista, Braun (2014, p. 79) pontua que o grande problema na ausência de uma adaptação normativa à responsabilização da pessoa jurídica é que na prática aplicam-se conceitos que são relacionados à pessoa física, surgindo assim os problemas atinentes à ação e culpabilidade.

Apesar da resistência da doutrina penalista, a responsabilização penal das pessoas jurídicas por delitos ambientais passou a ser aceita pela jurisprudência do STJ a partir de 2005, mas ficando condicionada à imputação da pessoa física em conjunto, a partir da aplicação da denominada Teoria da Dupla Imputação ou Sistema da Dupla Imputação, como afirmou o Ministro Gilson Dipp: “Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98.” (BRASIL, 2005)

A referida Teoria estabelece a indispensabilidade da presença da pessoa física que de fato foi a autora da ação ou omissão contida no fato

típico descrito pela Lei nº 9.605/98, de modo que inexistindo pessoa física a que se possa atribuir a culpa, seria impossível a responsabilização isolada da pessoa jurídica.

Até 2013 foi esse o entendimento que vigorou no STJ (BRASIL, 2013a)⁷ e demais tribunais pátrios. Isso porque, no mesmo ano, o STF se debruçou sobre a questão no julgamento do RE nº 548.181/PR, relatado pela Min. Rosa Weber, e decidiu pela possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica isoladamente, sem que fosse necessária a presença da pessoa física diretamente responsável pela conduta humana que ocasionou o delito. Ressalta-se, pois imperioso, que o caso foi analisado no âmbito tão somente da Primeira Turma e em maioria de três votos pelo provimento do Recurso Extraordinário (Rosa Weber, Roberto Barroso e Dias Toffoli) e dois contrários (Marco Aurélio e Luiz Fux), o que demonstra claramente a divergência que permeia até mesmo o STF – não se tratando de capricho doutrinário.

Na ocasião do julgamento a Min. Rosa Weber afirmou que a clivagem que é inerente ao exercício regular dos modernos conglomerados empresariais torna extremamente dificultosa a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física específica e determinada. Na visão da Ministra, essa seria justamente a ratio essendi da norma constitucional inserta no art. 225, §3º da Constituição. Com efeito, concluiu-se que condicionar a responsabilização penal das pessoas jurídicas à imputação cumulativa do fato ilícito a indivíduo específico viola frontalmente referida norma constitucional. (BRASIL, 2013b)

Destaca-se que já se alinhava a esse entendimento a doutrina que defende a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, aqui representada por Ney de Barros Bello Filho, Nicolao Dino e Flávio Dino, que afirmam que a responsabilização do ente moral surgiu para atalhar

7 “Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física – quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 37.293-SP. Quinta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 02 de mai. de 2013.

as dificuldades ou até mesmo impossibilidades de se comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica. (2000, p. 62)

A partir desse julgamento os demais tribunais passaram a adotar o entendimento do STF e afastar a Teoria da Dupla Imputação⁸, mostrando deferência à Suprema Corte e obediência ao comando contido no art. 225, §3º da Constituição Federal, posicionamento esse que entendemos ser o correto, de acordo com a opção escolhida pelo constituinte de 1988 de assegurar a responsabilidade penal desses entes, sem impor tal restrição que veio a ser criada pela jurisprudência. (BRASIL, 2015)

Por fim, há de se ressaltar que o RE foi interposto antes da entrada em vigor do regime de repercussão geral, de modo que é possível que o debate seja novamente levado à Corte para análise conclusiva sobre o tema, sobretudo diante da relevância da matéria e indiscutível grau de divergência doutrinária e jurisprudencial.

III – O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL AMBIENTAL EM FACE DE PESSOA JURÍDICA

Assentadas as bases sobre a responsabilização da pessoa jurídica e a desnecessidade de que a ação penal seja intentada contra ela em conjunto com pessoa física integrante da corporação, resta compreender se esses entes morais possuem legitimidade para pleitear o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus*.

Antes de mais nada, é indiscutível que o *habeas corpus* é remédio destinado a combater ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente do cerceamento da liberdade de locomoção, do *ir e vir*, conceitos que, notadamente, não estão associados à pessoa jurídica, que é ente fictício destinado à realização de atividades empresariais e econômicas, sofrendo sanções de ordem, sobretudo, pecuniária e reputacional. É precisamente

8 “Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 48.085-PA. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 05 de novembro de 2015.

nesse sentido que se manifestava Pontes de Miranda (2014, p. 185) sob a égide da Constituição de 1947: “(...) qualquer indivíduo pode usar ou estar sujeito a ela (ordem de *habeas corpus*) (...). Não se acham nessas condições as ‘pessoas jurídicas’, que não podem sofrer restrições diretas em sua liberdade, que é inerente, por definição, à existência física.”

Em sentido diametralmente oposto ao que sustenta a maioria da doutrina, Arthur Migliari Júnior (2001, pp. 343-344) sustenta o pleno cabimento do *habeas corpus* pelas pessoas jurídicas, pois entende que a expressão liberdade, contida no art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal e no art. 647 do Código de Processo Penal, deve ser interpretada também como liberdade de permanecer aberta, funcionando, trabalhando, produzindo e garantindo o plano emprego, sendo que a possibilidade de coação ilegal desse livre exercício da atividade econômica ensejaria o direito ao remédio constitucional.

Divergimos de ambas as opiniões. Por um lado, a interpretação dada por Migliari deturpa o conceito de *habeas corpus*, uma vez que o texto constitucional de fato pretendeu fosse a sua utilização para tutelar liberdades, entendidas estas como direitos de locomoção, de ir e vir. Por outro lado, entendemos que essa conceituação simplória do instituto não é suficiente para afastar por completo a possibilidade de sua utilização em favor de pessoas jurídicas. Isso porque a legislação em momento algum prevê a absoluta impossibilidade de que os entes morais se utilizem desse instrumento.

Ademais, há de se ter em conta o comentário feito pelo Min. Lewandowski quando do julgamento do HC 92.921, oportunidade na qual afirmou que, em que pese a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela Constituição Federal, “inexistem instrumentos legislativos, estudos doutrinários ou precedentes jurisprudenciais, aptos a colocá-la em prática, sobretudo de modo consentâneo com as garantias do processo penal”. (BRASIL, 2008) Essa falta de preparação do ordenamento jurídico brasileiro, lembre-se, também foi constatada por Caroline Braun (2014, p. 79), que muito bem sintetiza a questão: o Brasil importou o modelo de responsabilização da pessoa jurídica criado pela França, mas ignorou a necessidade de desenvolver simultaneamente um arcabouço normativo que sustentasse esse sistema.

A despeito de as pessoas jurídicas terem a seu dispor o mandado de segurança, destinado a tutelar violações a direito líquido e certo, é inequívoco que o *habeas corpus* possui uma rigidez procedimental menor, além de haver situações específicas em que não se faz possível a utilização do mandado de segurança, a exemplo do caso em que, após transitada em julgado a sentença penal condenatória, verifica-se a ocorrência de prescrição entre a data do recebimento da denúncia e a prolação da sentença. Nesses casos, a pessoa física poderia pleitear pelo *habeas corpus* e a pessoa jurídica teria de se utilizar da revisão criminal – o que Pacheco (2002, pp. 10-11) afirma que seria uma violação ao princípio da igualdade.

Não se nega que o entendimento pacífico da jurisprudência, encabezado pelo STF no julgamento do HC nº 92.921, é de que não é possível a impetração do *habeas corpus* em favor de pessoas jurídicas, justamente porque o instrumento tutela liberdades de locomoção, as quais não são titularizadas por estes entes.

Apesar disso, justamente pelo fato de o assunto ser extremamente novo e inexistir arcabouço normativo infraconstitucional regendo a matéria, não raras são as vezes em que os *habeas corpus* são conhecidos ainda que se tenha por paciente pessoa jurídica (BRASIL, 2019) e, em algumas ocasiões, a ordem é até mesmo concedida⁹⁻¹⁰. (BRASIL, 2014b) (BRASIL, 2013c)

9 “EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – PESSOA JURÍDICA – PRETENDIDO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA. Sendo irrelevante e não havendo interesse ambiental no vazamento de pequena quantidade de combustível na imediações de um posto de gasolina, tranca-se a ação penal que apura a prática do delito disposto no art. 68, da lei n. 9.605/98, pelo fato de a empresa ré não ter informado esse vazamento para as autoridades ambientais competentes. Ordem concedida.” BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Habeas Corpus nº 1410615-69.2014.8.12.0000. Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes. Julgado em: 15 de set. de 2014.

10 “HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. POLUIÇÃO SONORA. ART. 54, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98. FATO ATÍPICO. Cabimento do habeas corpus para proteção da pessoa jurídica, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que, no momento em que se a reconhece como ré (art. 225, § 3º, da CF), tem que dar-se a ela o direito à ação constitucional contra perpetração de ilegalidades. A poluição sonora não se presta à conformação típica do art. 54, da Lei nº 9.605/98, por não alcançar o bem jurídico nela tutelado, ou

Assim, o que se propõe, e longe do intuito de esgotar o estudo sobre o tema nesta ocasião, até mesmo em razão de sua complexidade, é o aproveitamento dos efeitos do *habeas corpus* para tutelar violações a direitos de pessoas jurídicas, sobretudo para ocasionar o trancamento da ação penal, e a sua utilização excepcional em hipóteses nas quais são ausentes justificativas para não o fazê-lo.

A primeira hipótese de aproveitamento dos efeitos do *habeas corpus* seria o caso em que a ação penal é proposta contra pessoa física e pessoa jurídica por delito ambiental contido na Lei nº 9.605/98. Recebida a denúncia, a pessoa física acusada entende que a denúncia é inepta ou que a conduta atribuída é atípica, causas que, conforme jurisprudência consolidada do STJ (BRASIL, 2021)¹¹, ensejam o trancamento da ação penal pela estreita via do *habeas corpus*. Com efeito, impetrado o *habeas corpus* tendo como pacientes tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, não haveria razão (caso a inépcia e/ou atipicidade fosse com relação a ambos) para conhecê-lo somente no que tange à pessoa física, sobretudo diante do intuito de priorizar a eficiência da tutela jurisdicional. Exigir que a pessoa jurídica impetre Mandado de Segurança nesses casos seria um total contrassenso, pois a ação penal poderia ser trancada desde logo com relação a ambos os réus. Haveria economia para o Estado Jurisdição, que não precisaria prosseguir com a ação contra a pessoa jurídica e aos particulares, que desde logo teriam a ação contra si arquivada.

A segunda hipótese seria no caso de ação penal intentada contra pessoa jurídica e pessoa física, em que a pessoa física verifica que a denúncia é inepta ou que a conduta atribuída é atípica. No entanto, nesse caso, o

seja, os sons, os ruídos ou as vibrações, ainda que em níveis excessivos, porque não são capazes de causar alterações substanciais no meio ambiente. Entendimento desta Câmara. Deferido o trancamento da ação penal, nos termos do art. 386, inc. III, do CPP. ORDEM CONCEDIDA.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 0395470-24.2013.8.21.7000. Relator: Desembargador Rogério Gesta Leal. Julgado em: 17 de out. de 2013.

11 “O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 642.974-ES. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 16 de mar. de 2021.

habeas corpus é impetrado tão somente em favor da pessoa física. Concedida a ordem à pessoa física, e pressupondo que tal ordem, em tese, também teria efeitos à pessoa jurídica, deve ser concedido o *habeas corpus ex officio*¹² (BRASIL, 2020) também à pessoa jurídica, justamente com a finalidade de evitar atos processuais desnecessários.

Por fim, traz-se a hipótese de cabimento de *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica a qual se apresentaria nos casos em que não se faz possível a utilização do mandado de segurança, como nos casos de sentença condenatória com trânsito em julgado reconhecido. Nestes casos o acatamento da possibilidade de impetração do remédio constitucional ora analisado é imperativo, uma vez que conferir a utilização do *habeas corpus* à pessoa jurídica consiste em medida de igualdade a fim de equipará-la à pessoa física, já que aquela não dispõe do instrumento que lhe é usualmente assegurado para tutelar violações a seus direitos – justamente o mandado de segurança. Tem-se aqui uma das soluções para a garantia da paridade de armas no processo penal entre as pessoas físicas e jurídicas nas hipóteses em que estas responderem ação penal de modo individualizado.

Entende-se que conferir essa interpretação ao *habeas corpus* a fim de possibilitar a extensão de seus efeitos e até mesmo o seu cabimento excepcional em favor das pessoas jurídicas não retiraria do instituto a sua razão de ser, uma vez que nos dois primeiros casos a pessoa jurídica somente aproveitaria os efeitos da ordem em razão de sua concessão à pessoa física e desde que enquadrada na mesma moldura fático-jurídica, além de gerar uma enorme economia processual, que beneficia às partes e o Estado-juiz.

Ademais, a última circunstância (impossibilidade de utilização do Mandado de Segurança), ocorreria justamente como forma de adaptação

12 A concessão da ordem ex officio é possibilidade aceita com pacifismo pela jurisprudência. Citando, por todos, o seguinte julgado: “O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 595.198-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 25 de ago. de 2020.

do sistema processual penal à peculiaridade de imputação penal das pessoas jurídicas de modo individual e a fim de colocá-la em pé de igualdade com a pessoa física no que diz respeito aos instrumentos que assegurem o direito de defesa dos quais dispõe o processo penal.

IV – CONCLUSÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema de muita controvérsia desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 225 §3º, trouxe expressamente essa possibilidade. A despeito das críticas da doutrina penalista, a jurisprudência brasileira construiu um sólido entendimento no sentido de que é sim possível que tais entes sejam criminalmente responsabilizados.

Apesar de em um primeiro momento ter se limitado a responsabilização da pessoa jurídica para os casos em que a pessoa física também fosse inserida na denúncia da ação penal, a partir da chamada Teoria da Dupla Imputação, o STF entendeu, no julgamento do RE 548.181/PR (BRASIL, 2013b), que é absolutamente desnecessário que as pessoas físicas também figurem no polo passivo, uma vez que a Constituição Federal não trouxe essa exigência.

Com efeito, a utilização do *habeas corpus* pelas pessoas jurídicas veio a ser rechaçada pela jurisprudência, que, encabeçada por julgado do STF, vem entendendo que o direito de utilização desse instrumento estaria adstrito às pessoas físicas. Entretanto, o tema encontra certa divergência em julgados esparsos de tribunais pátrios, justamente em razão do baixo grau de compreensão, no geral, acerca da responsabilidade desses entes.

Entendemos que o *habeas corpus* deve ter seus efeitos ampliados às pessoas jurídicas em situações muito específicas e que não desvirtuam o instituto, sendo elas: (i) quando figurar como paciente em conjunto com a pessoa física e se enquadrar na mesma situação fático-jurídica que ela, de modo que a concessão da ordem também aproveite à pessoa jurídica; (ii) quando não figurar como paciente, mas for concedida a ordem à pessoa física e a pessoa jurídica se enquadrar na mesma situação fático-jurídica que a física, devendo haver a concessão da ordem ex

officio; por último entendemos que este remédio constitucional tenha cabimento excepcional nas hipóteses em que não se for possível a utilização do mandado de segurança para tutelar violações aos direitos da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal, Volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 05 out. 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689/1941**, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.605/98**, 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 17 fev. 1998b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm > Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 48.085-PA. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 05 de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 595.198-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 25 de ago. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 642.974-ES. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 16 de mar. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51488-SP. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14 de out. de 2014a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 117.584-RS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 25 de out. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 37.293-SP. Quinta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 02 de mai. de 2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 564960-SC. Quinta Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 05 de jun. de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622724-SC. Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 18 de nov. de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92921. Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 de ago. de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548.181-PR. Primeira Turma. Relator: Ministra Rosa Weber. Julgado em 6 de ago. de 2013b.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Habeas Corpus nº 1410615-69.2014.8.12.0000. Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes. Julgado em: 15 de set. de 2014b.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 0395470-24.2013.8.21.7000. Relator: Desembargador Rogério Gesta Leal. Julgado em: 17 de out. de 2013c.

BRAUN, C. Da imputação por crimes ambientais e o direito de defesa da pessoa jurídica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA NETO, N. D. C.; BELLO FILHO, N. B.; COSTA, F. D. C. Crimes e infrações administrativas ambientais: Comentários à Lei nº 9.605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DOTTI, R. A. Curso de direito penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

FREITAS, V. P.; FREITAS, G. P. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a lei 9.605/98. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 26. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIGLIARI JUNIOR, A. **Processo penal ambiental contra a pessoa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2001.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente [livro eletrônico]**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACHECO, R. B. **'Habeas corpus' e a pessoa jurídica**: interpretação à luz do princípio da igualdade. In: **Bol. IBCCrim n. 16.7 116**, julho/02, p. 10-11.

UM VÍRUS E DOIS INIMIGOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO CONTEXTO PANDÊMICO DA COVID-19

A VIRUS AND TWO ENEMIES: AN ANALYSIS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE PANDEMIC CONTEXT OF THE COVID-19

Telma Low Silva Junqueira¹

Isabella Low Tavares²

Maria Juliana Lira³

Data de Submissão: 31/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a violência contra mulheres no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus. Como objetivos específicos busca-se identificar possíveis pistas sobre o crescimento da violência e discutir acerca de algumas das medidas que vêm sendo tomadas para o combate à violência. Trata-se de uma pesquisa qualitativa cuja metodologia foi baseada em um levantamento de textos/artigos/produções publicados entre janeiro e setembro de 2020. Os resultados apontam para uma grande subnotificação e fatores externos que podem influenciar os homens autores de violência ao exercício desigual de poder, mas nunca justificar a violência no consumo de álcool, na crise econômica e no isolamento social. Todos esses fatores refletem o machismo estrutural que permeia nossa sociedade. Ademais, foi possível perceber, também, demora na tomada de medidas do poder público frente a essa problemática e diversas críticas sobre a ineficácia das atuações para prevenção e acolhimento de mulheres em situação de violência.

Palavras-chave: Violência contra mulheres. Pandemia. Covid-19.

1 Docente do Instituto de Psicologia da Universidade Federal de Alagoas/UFAL.

2 Discente do curso de direito da Universidade Federal de Pernambuco/UFPE.

3 Discente do curso de direito da Universidade Federal de Pernambuco/UFPE.

Resume: The purpose of this article is to analyze the situation of domestic violence in the context of the new coronavirus pandemic. The specific objective is to raise awareness about the possible causes of the growth in violence, and to discuss the measures that have been taken to combat this violence. It is a qualitative research article, of which the methodology was based on a literary review of texts/articles/productions published between January and September of 2020. The results point to a great underreporting, and external factors that can influence the men authors of violence to exercise unequal power, but never justify the violence in alcohol consumption, economic crises and social isolation. All of these factors reflect the structural patriarchy that exists in our society. In addition, there is also a delay in measures taken by public authorities in the face of this problem, and several criticisms about the ineffectiveness of actions taken to prevent domestic violence and support of women who are victims.

Keywords: Violence against women. Pandemic. Covid-19.

INTRODUÇÃO:

O objetivo deste trabalho é traçar uma discussão acerca da Violência Contra Mulheres (VCM) no contexto da pandemia da Covid-19, analisando desde os percentuais de boletins de ocorrência, denúncias e feminicídios até reflexões como o fenômeno da subnotificação e as funções e posições de gênero reproduzidas na sociedade. Pretende-se tecer questões a partir de uma pesquisa qualitativa focada em um levantamento de textos/artigos/produções publicadas nos sites Jusbrasil e Conjur de 1 de janeiro a 1 de setembro de 2020. O processo de análise será fundamentado pelos estudos feministas negros que possibilitam pensar o fenômeno da VCM a partir da intersecção entre gênero, raça e classe.

De antemão, destaca-se que a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, no dia 11 de março de 2020, a Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), como uma questão sanitária grave, de caráter mundial. O termo pandemia se refere ao momento no qual uma doença infecciosa ameaça, simultaneamente, diversos continentes.

Em decorrência disso, o isolamento social foi adotado, por diversos países, como medida no combate à propagação do vírus e prevenção aos possíveis contágios da nova doença. Contudo, essa deliberação trouxe à tona, de forma intensificada, indicadores preocupantes relacionados à VCM, em especial à violência doméstica.

O aumento da taxa de feminicídio e de violência doméstica no Brasil em tempos de pandemia escancarou a existência de um cenário alarmante: muitas mulheres confinadas em seus lares se tornaram duplamente ameaçadas. De um lado, por um vírus pandêmico e potencialmente mortal e, do outro, por indivíduos do seu próprio convívio domiciliar e potencialmente violentos.

Tendo em vista o fato de que a VCM é tratada como problema de saúde pública internacional e nacional (SCHRAIBER, 2001), seu debate se torna ainda mais pertinente em um momento no qual se fala predominantemente de saúde.

Assim, parece necessário entender os “possíveis motivos” pelos quais muitas mulheres se encontram em situação de iminente perigo dentro de suas próprias casas e qual a relação disso com o contexto atual de

pandemia. Destaca-se, entretanto, que não se está justificando a VCM e sim buscando entender a complexidade do fenômeno frente ao contexto da pandemia. Pois, sabe-se que a VCM está diretamente estruturada e legitimada pelo patriarcado, pelo racismo, pelo capitalismo e pela cis-heteronormatividade compulsória que ainda incidem nas formas de ser-estar e se relacionar das pessoas, especialmente no contexto das relações afetivo-sexuais e familiares.

Neste estudo, o foco será na violência que homens exercem contra mulheres. Não se desconsidera, contudo, o fato de que a violência de gênero, além de encontrar correspondentes no âmbito das relações homoafetivas, também pode ser exercida por mulheres contra os seus companheiros, mesmo que, neste último caso, os números sejam insignificantes nas estatísticas cotidianas. Pois, como afirmou Heleieth Saffioti (2001, p. 115), “as mulheres como categoria social não têm, contudo, um projeto de dominação-exploração dos homens. E isto faz uma gigantesca diferença.”

Foi possível notar que o isolamento social tem servido como um espelho com lente de aumento para o problema. O que significa dizer que homens autores de violência, possivelmente, não se tornaram violentos diante de um cenário de confinamento com suas companheiras, mas sim que as desigualdades de poder já existentes foram potencializadas culminando em cenário de violência.

Todavia, cumpre ainda indagar o seguinte: e quanto aos casos nos quais o primeiro ato de violência se deu durante o isolamento social? Este cenário leva a uma reflexão a respeito de padrões e valores machistas e misóginos ainda vigentes, que contribuem para o exercício – potencial e/ou concreto – da VCM por homens quando estes estão expostos a situações de extremo estresse que funcionam como verdadeiro gatilho, como seria o caso da pandemia.

Ainda, serão debruçadas as medidas que vêm sendo adotadas e a possível eficácia das mesmas, a fim de compreender se a VCM continua sendo tratada de maneira negligente pelo Estado. Esta análise é de extrema importância, uma vez que parece existir um distanciamento intencional entre a legislação e o acesso efetivo das mulheres a medidas, recursos, políticas etc.

CONTEXTUALIZAÇÃO

O estudo será traçado tendo como perspectiva teórica um feminismo não universal. Pois, as consequências vividas por cada uma das mulheres, tendo em vista as suas diversas condições existenciais, não são coincidentes (RIBEIRO, 2017). Partir-se-á, portanto, do conceito de interseccionalidade que, segundo Crenshaw (2002, p. 171-188), “[...] busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas de dois ou mais eixos da subordinação”, onde o racismo, necessariamente, se faz presente (AKOTIRENE, 2019). O racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe, a cis-heteronormatividade compulsória e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades que estruturam as posições relativas de mulheres.

É relevante pensar em mulheres e/em situações de violência a partir do patriarcado branco. Crenshaw (2002) ressalta que o racismo e o patriarcalismo são sistemas que se sobrepõem e se cruzam, criando interseções complexas, motivo pelo qual as mulheres nem sempre vivenciam o sexismo da mesma forma. É preciso politizar e racializar as desigualdades de gênero, lançando olhares diversos que desencadeiam processos particulares subjacentes na luta de cada grupo particular. Não se pode, de maneira alguma, omitir a centralidade da questão da raça quando se fala das hierarquias de gênero e vice-versa (CARNEIRO, 2003). Assim, não se pode pensar em VCM sem considerar a violência contra mulheres negras.

O estudo será baseado, então, na abordagem sobre a qual o momento atual leva a refletir não apenas sobre os efeitos da crise humanitária causada pelo coronavírus, mas como ela escancara a necropolítica intencional do governo atual brasileiro (MBEMBE, 2019).

Neste trabalho, levando em consideração que se está analisando a VCM no contexto das relações heterossexuais, optou-se por utilizar o termo “Homem Autor de Violência” (H.A.V.) para fazer referência àqueles parceiros ou ex-parceiros que já cometeram algum ato de violência contra mulheres. Acredita-se que os termos “vítima x agressor” não seriam os ideais, pois não se busca cristalizar e generalizar todos os homens no lugar de pessoa autora de violência (LYRA; MEDRADO, 2008).

Propõe-se, portanto, um debate que articule a questão da VCM no contexto da pandemia à análise sobre as funções e posicionamentos de

gênero impostos pela sociedade patriarcal, racista e classista, evidenciando que, ainda nos dias de hoje, os papéis/funções sociais são extremamente divididos e hierarquizados de acordo com esses marcadores sociais, trazendo consequências desafiadoras e desiguais na vida das pessoas.

Utiliza-se, neste artigo, uma perspectiva feminista como principal base teórica, buscando reinterpretações sobre a sociedade e sobre os marcadores que geram opressões em diferentes corpos, tal como afirma Haraway:

precisamos do poder das teorias críticas modernas sobre como significados e corpos são construídos, não para negar significados e corpos, mas para viver em significados e corpos que tenham a possibilidade de um futuro (1995, p. 16).

Entendendo que não existe um único feminismo, produziremos esse texto nos situando em nosso lugar de fala: como mulheres brancas, cis, acadêmicas de orientações sexuais diversas e de classe média. Sendo assim, falamos de lugares de privilégio sobre um problema que afeta, diretamente e extremamente, as mulheres negras.

O compromisso com uma ciência e sociedade antirracista nos convida a pensar sobre o tema e nos somarmos à necessidade cada vez mais urgente de visibilizá-lo e enfrentá-lo. Não podemos esquecer que nós, mulheres brancas, também somos racializadas de modo que se torna muito relevante identificarmos como a branquitude tem re-produzido o racismo e precisa se implicar e se responsabilizar na sua desconstrução, enfrentamento e superação.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Neste estudo optou-se por referenciar a violência contra mulheres (VCM), visto que se considera importante, devido a um posicionamento ético-político, não ocultar a palavra “mulheres” do termo. Para, assim, não contribuir com um possível apagamento da realidade que afeta, infelizmente e proporcionalmente maior, a maioria das mulheres, em sua

pluralidade (mulheres negras, pobres, lésbicas, trans, bi, travesti, hetero, indígena, com deficiência etc.).

Quando fala-se sobre VCM o fundamento para tal se pauta na perspectiva de gênero de Joan Scott (1995), que considera gênero como uma forma primária de significar as relações de poder, a partir de uma percepção sobre as diferenças sexuais dos indivíduos. Tais diferenças, por sua vez, são socialmente hierarquizadas e seguem uma lógica binária e complementar.

A VCM está estruturada, portanto, em uma ordem patriarcal, racista, colonial, classista e cisheteronormativa, que, nas palavras de Fonseca e Lucas:

[...] resultam, principalmente, da relação hierárquica estabelecida entre os sexos, sacramentada ao longo da história pela diferença de papéis instituídos socialmente a homens e mulheres, fruto da educação diferenciada. Assim, o processo de “fabricação de machos e fêmeas”, desenvolve-se por meio da escola, família, igreja, amigos, vizinhança e veículos de comunicação em massa. (FONSECA; LUCAS, 2006, p.5)

Em abril de 2020, a ONU alertou para o aumento da violência doméstica em meio à adoção de medidas de isolamento social. As autoridades governamentais de países como Argentina, Canadá, França, Alemanha, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos relataram crescentes denúncias de violência doméstica e aumento de demanda para abrigo de emergência. Como exemplo, têm-se Singapura e Chipre, nos quais as linhas de apoio à violência doméstica registraram um aumento de mais de 30% nas chamadas.

Tendo isso em vista, era de se esperar que o mesmo ocorresse no Brasil, país no qual são vistos, diariamente, diversos tipos de manifestação de violências e de misoginia, mesmo que de modo simbólico (BOURDIEU, 1998). Foi preciso de apenas um final de semana de isolamento para haver o aumento de 15% dos registros de violência doméstica atendidos pela Polícia Militar no Paraná, segundo o jornal Gazeta do Povo.

A nota técnica disponibilizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020), em 16 de abril de 2020, chama a atenção para o

aumento de atendimentos de violência doméstica pela polícia militar no disque 190, de 44,9% em São Paulo (de 6.775 para 9.817) e de 2,1% no Acre (de 470 para 480) comparando março de 2019 e março de 2020.

De acordo com a mesma nota técnica, o FBSP constatou que nesse espaço de tempo houve um incremento de situações relacionadas à VCM nas mensagens postadas na rede social Twitter. Filtrou-se 5.583 menções de mensagens que indicavam a ocorrência de violência doméstica, 53% dos relatos foram publicados à noite ou na madrugada, entre 20 horas e 3 horas da manhã e 25% às sextas-feiras, o que talvez indique a influência do uso abusivo de álcool e outras drogas.

Infelizmente a situação não mudou ao longo do ano. Segundo o Instituto de Segurança Pública do Rio (ISP), durante o ano de 2020 mais de 250 mulheres sofreram violência por dia durante o isolamento social no estado do Rio de Janeiro, conforme matéria publicada na Agência Brasil. Já na capital de São Paulo mais de 24.000 mulheres foram vítimas de violência no mesmo ano, conforme publicação no site “Cidade de São Paulo”.

Em relação aos feminicídios, o FBSP divulgou no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 que o primeiro semestre de 2020 registrou uma alta de 2% em comparação ao mesmo período de 2019 – ao total, 649 feminicídios foram noticiados na primeira metade do ano.

Por conseguinte, diante de tantos dados alarmantes acerca da violência doméstica e das taxas de feminicídio, é preciso dialogar sobre a sociedade na qual estamos inseridas e os possíveis gatilhos pelos quais essas violências estão aumentando, assim como o que vêm sendo feito, ou não, para frear este aumento.

MÉTODO:

Esta é uma pesquisa qualitativa focada em um levantamento realizado entre os meses de janeiro a setembro de 2020, de textos/artigos/produções publicados nos sites Jusbrasil e Conjur. Apesar do Jusbrasil e Conjur não serem considerados bases de dados científicas, são fontes de consulta muito utilizadas na área do direito, contribuindo na construção do pensamento e no acesso a informações de estudantes e profissionais da justiça, principalmente, mas também da sociedade de modo geral.

Portanto, foi investigado como os sites Jusbrasil e Conjur abordam e publicam temas relacionados à VCM, com foco no contexto da pandemia do novo coronavírus a fim de analisar, a partir da perspectiva do feminismo negro interseccional, como essas notícias e informações vêm sendo veiculadas e incidindo no processo de in-formação. Utilizou-se para isso os seguintes descritores: Violência. Doméstica. Mulher. Gênero. Pandemia. Foram encontrados, ao todo, 71 resultados com os referidos descritores, entre os quais foram selecionados 28 para a leitura do texto na íntegra.

Como critério de inclusão selecionaram-se apenas artigos e textos escritos na língua portuguesa, que tratam do contexto da pandemia da Covid-19 e se relacionam diretamente com o tema da pesquisa. Após a leitura dos resumos dos 61 artigos levantados na base de dados da Jusbrasil, 21 deles foram integralmente lidos, posto que 40 dos artigos não correspondiam aos critérios de inclusão. No Conjur, foram lidos os resumos de 10 artigos, sendo 7 os selecionados para a análise. Depois da seleção dos 28 artigos por meio da leitura dos resumos, foram realizadas as leituras de seus textos na íntegra, a fim de elaboração da análise.

Também realizou-se uma pesquisa documental sobre a lei 14.022/2020, a qual dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes no contexto de pandemia. A proposta é articular e pensar a referida lei com os debates trazidos pelos artigos.

Após a leitura atenta de todos os documentos pesquisados, foram construídas 3 categorias de análise que ajudaram a compreender e destacar o que parece haver de mais significativo na investigação sobre o tema central desta pesquisa, a partir dos 28 textos analisados, são elas: 1) Violência por parceiro íntimo no contexto da pandemia: possíveis gatilhos/fatores externos; 2) Subnotificação da violência contra mulheres em contexto da pandemia da Covid-19; 3) Lei 14.022/2020 e possíveis ponderações. Destaca-se que as categorias estão articuladas e que a análise se dará de modo separado no intuito de aprofundar-se em algumas discussões.

VIOLÊNCIA POR PARCEIRO ÍNTIMO NO CONTEXTO DA PANDEMIA: POSSÍVEIS GATILHOS/FATORES EXTERNOS

Nesse contexto de pandemia e isolamento social, torna-se imprescindível abordar sobre a violência por parceiro íntimo. Após a adoção, em escala global, de medidas de isolamento, a ONU Mulheres, como acima mencionado, passou a alertar a respeito do aumento, em diversos países, dos casos de violência doméstica. Além disso, foi publicado um estudo por pesquisadores(as) da Universidade Federal do Piauí (UFPI) segundo o qual 62% da violência doméstica é praticada pelos próprios parceiros íntimos das vítimas. (MASCARENHAS et. al., 2020). Sendo assim, concluiu-se que, isoladas com os H.A.V's, o lugar de maior risco para essas mulheres são as suas próprias casas.

De início, pontua-se que a violência por parceiro íntimo (VPI) possui várias facetas, tais como os abusos físicos e sexuais, a agressão psicológica e moral e até mesmo a violência patrimonial (MASCARENHAS et.al.; 2020). Em escala global, são as mulheres que suportam essa carga de violência. Nesse sentido, é importante estar ciente de todas essas ocorrências para que medidas combativas eficazes sejam pensadas e tomadas por órgãos de segurança e saúde pública.

Ademais, mesmo a pandemia da Covid-19 sendo um agravante dessa problemática, uma vez que a mulher em situação de violência se encontra confinada com o homem autor de violência ou potencial autor, é importante destacar que a pandemia não é a causa da violência: o homem que exerce violência parece fazê-lo independentemente das frustrações e estresses provocados pelo isolamento social. Sendo assim, evitar-se-á o termo “causa” da violência, visto que se acredita que o H.A.V age de tal maneira devido ao machismo estrutural, não podendo culpar qualquer circunstância por tais ações. Serão utilizados, então, os termos “gatilhos/fatores externos”.

Dito isso, ainda assim alguns fatores podem ser apontados como influências externas na alta dos números da violência por parceiro íntimo (VPI). Na análise desses fatores externos, constatou-se que 12 dos 28 artigos selecionados os citam. O gatilho mais explorado é o uso excessivo

de álcool e outras drogas, estando em 9 dos 12 artigos que tratam dessas questões. Conforme alertado pela presidente da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e Outras Drogas (ABEAD), Renata Brasil Araújo, é preocupante, uma vez que tem aumentado devido à dificuldade do acesso ao tratamento de dependências químicas no atual contexto, além de que muitas pessoas passam a recorrer ao uso abusivo de álcool e outras drogas em momentos de extrema tensão, o que acaba por aumentar a impulsividade e a intolerância (BARBOSA, 2020).

Ao lado do consumo excessivo de álcool e outras drogas, também citado em 9 artigos, outro agente que concorre no aumento da violência analisada neste tópico é a crise econômica, que culmina no aumento do desemprego. Este fator é um reflexo direto e evidente do machismo estrutural que permeia a nossa sociedade. O homem autor de violência, construído e socializado com base no patriarcado que o faz crer que deve ser o provedor da casa e da família, ao se encontrar inserido em um contexto de insegurança econômica e de frustração pelo medo de perder o poder que acredita lhe ser de direito, pode manifestar, com maior intensidade, a violência que já exercia.

Sendo importante frisar, novamente, que a crise financeira de nenhuma maneira justifica a agressão contra mulheres ou é a causa dessa violência. Sobre esse ponto, são válidas as considerações de Belma Andrade:

A questão do desemprego é um ponto que merecem atenção, porque homens dominadores e egocêntricos afirmam seu poder em razão da virilidade e estar passando por momentos de privação econômica, ou mesmo de desemprego, é algo que pode tornar o homem ainda mais violento, envolvendo até o aumento do consumo de álcool e drogas nesse período. (2020)

Ainda, há o fator econômico influenciando na violência doméstica de outra forma: a tensão do casal frente a problemas financeiros pode fazer com que muitas vezes o homem acabe por descontar sua raiva na mulher, o que também reflete o machismo, visto que, ao fazer isso, o H.A.V trata a mulher como sua propriedade.

Como gatilho para o aumento da violência durante a pandemia, foi comumente apresentado o estresse, frustrações e tensões em frente à crise. Além

disso, há também o convívio excessivo com o H.A.V, o que aumenta a vulnerabilidade da mulher e intensifica o ciclo da violência. Com o isolamento social e a permanência constante com o H.A.V acaba que a ordem lógica do ciclo da violência se perde e as fases passam a se completar em uma velocidade extrema. (BUCHINI, 2020). Algo também bastante explorado é o afastamento das mulheres de toda a sua rede de apoio devido ao isolamento social. A vulnerabilidade das mulheres tende a ser aumentada quando elas se afastam da família e de seu núcleo social, sendo um fator potencializante à agressividade. (DIAS, 2020).

Além desses fatores externos que influenciam no aumento da violência, há outros também apontados na pesquisa, são eles: sensação de impunidade provocada pelo isolamento (RIBEIRO, 2020); maior dificuldade em ir pessoalmente aos equipamentos públicos de atenção às mulheres (ÁVILA; BIANCHINI, 2020); sobrecarga do trabalho doméstico (RAGASINI, 2020; ÁVILA; BIANCHINI, 2020).

Como já explicado, não há como trazer a relação de mulheres e patriarcado sem realizar a interseccionalidade dela com os marcadores de cor/raça e classe social. O coronavírus traz implicações ainda mais extremas aos indivíduos de acordo com o gênero, classe e raça. Circunstâncias como informalidade e precariedade do trabalho, cuidados domésticos e familiares, habitação e acesso à água potável e serviços de saúde, por exemplo, são questões que diferenciam a maneira como as pessoas estão vivenciando a pandemia no Brasil e no mundo, de modo que o vírus dita classe, raça e gênero. (LOBATO, 2020).

Em relação à violência contra mulheres, também foi possível notar que são as mulheres negras as mais afetadas. Analisando o último Atlas de Violência, publicado no ano de 2020, constatou-se o quão a violência contra mulheres negras cresceu entre 2008 e 2018, principalmente quando comparam-se as taxas sobre as mulheres não negras:

Em 2018, 68% das mulheres assassinadas no Brasil eram negras. Enquanto entre as mulheres não negras a taxa de mortalidade por homicídios no último ano foi de 2,8 por 100 mil, entre as negras a taxa chegou a 5,2 por 100 mil, praticamente o dobro. A diferença fica ainda mais explícita em estados como Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba, onde as taxas de homicídios de mulheres negras foram quase quatro vezes maiores do que aquelas de mulheres não negras. Em Alagoas, estado com a maior diferença entre negras e não negras, os homicídios foram quase sete vezes maiores entre as mulheres negras. (IPEA; FBSP, 2020, p. 37)

Entretanto, ainda que seja cediço a intensa relação da classe e da raça com a violência contra mulheres e também com as consequências da pandemia, apenas 3 dos 21 artigos selecionados se debruçaram de alguma forma sobre essas questões: “Como vencer a ditadura do coronavírus em relação às mulheres”, de Rafaela Lobato, “A violência doméstica em época de pandemia causada pelo Covid-19”, de autoria de Alexandre Santos e “Abertura de investigação criminal nos crimes de violência contra a mulher”, por Alice Bianchini e Tiago de Ávila. E, entre esses 3, apenas um discorreu mais detalhadamente sobre essa interseccionalidade, o de Rafaela Lobato, “Como vencer a ditadura do coronavírus em relação às mulheres”. A ausência desses debates em produções sobre violência contra mulheres no campo do direito nos leva a refletir que ainda é escassa a compreensão, por parte dos e das operadores/es e pesquisadoras/es do direito, de que o racismo, patriarcalismo e classismo são sistemas discriminatórios e opressores que se se sobrepõem, ainda sendo necessária a discussão, no âmbito jurídico, de que as mulheres não vivenciam o sexismo da mesma maneira e que o racismo precisa também ser genderizado. Aqui, cumpre indagar sobre qual a cor/raça das pessoas autoras dos artigos em tela e se elas se consideram racializadas, especialmente as que se autodeclararam como brancas.

O artigo de Rafaela Lobato (2020), conforme já mencionado, foi o único a tratar da pandemia como um tema relacionado à opressão social explicando o motivo pelo qual as mulheres negras sofrem ainda mais as vicissitudes advindas da pandemia. Explicita que as mulheres negras são grande parte dos(as) funcionários(as) das empresas terceirizadas, principalmente cumprindo funções de limpeza, motivo pelo qual elas foram ainda mais sobrecarregadas em seus trabalhos e ficaram sem direito à quarentena efetiva e cuidados de prevenção ao contágio. Além disso, a pesquisadora e advogada também trouxe a situação das empregadas domésticas que não foram dispensadas de seus serviços, estando sem acesso às medidas de prevenção da Covid-19 adequadas.

Ainda debruçando-se sobre raça e classe na intersecção com gênero, não é fato novo que o racismo se manifesta de diversas formas, percorrendo caminhos que vão desde a (precária) promoção da saúde das mulheres negras à violência enfrentada pelas mesmas. Durante a

pandemia da Covid-19, essa situação foi agravada de maneira bastante preocupante.

No contexto da pandemia e fora dele, o racismo institucional se demonstra de forma a provocar desigualdades na distribuição de serviços e de oportunidades às pessoas de diferentes raças. (LÓPEZ, 2012). Como é cediço, muitas famílias estão sofrendo financeiramente com o isolamento social. Isso é perceptível principalmente entre as mulheres negras, visto que elas são a grande maioria no trabalho doméstico e tem maior participação na informalidade, que são postos muito afetados pela crise financeira advinda da pandemia. (SALATI, 2020).

Observando sobre a ótica do aumento do estresse diante do abalo financeiro, visto que muitas dessas mulheres traziam provimento financeiro para o lar, a crise financeira acaba sendo um gatilho externo que desencadeia a violência quando não há a aceitação da crise por parte do parceiro. Mais uma vez percebeu-se, então, o quão as mulheres negras ficam em maior situação de fragilidade no que diz respeito, entre vários outros temas, à violência contra mulheres.

Após a exposição de fatores que funcionam como gatilhos no acionamento da violência doméstica provocada por parceiros íntimos, é de suma importância destacar uma grave consequência disso tudo: a subnotificação.

SUBNOTIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES EM CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Segundo dados do levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com a empresa Decode (2020) em abril de 2020, houve um aumento de 431% em relatos de briga de casal realizados por vizinhos/as nas redes sociais. Em contrapartida, outra nota técnica também elaborada pelo FBSP (2020) em 29 de maio de 2020 apontou para uma queda no registro de boletins de ocorrência entre os meses de março e abril de 2020, em 12 estados brasileiros. Além disso, essa mesma pesquisa revelou um aumento de 22,2% de feminicídios no mesmo período.

De acordo com a nota técnica emitida pelo FBSP em 16 de abril de 2020 houve o aumento do feminicídio e de atendimento de violência doméstica pela Polícia Militar em diversos estados. No entanto, o mesmo relatório analisou também os boletins de ocorrência decorrentes de violência doméstica comparando março de 2019 e março de 2020: no Ceará houve queda de 21%, no Mato Grosso de 21,9%, no Acre de 28,6%, no Pará de 13,2% e no Rio Grande do Sul de 7,7%. Também houve uma redução em relação à quantidade de medidas protetivas de urgência concedidas se comparando o período de 1 a 12 de abril em 2019 e em 2020: queda de 32,9%, 67,7% e 37,9% no Pará, Acre e São Paulo, respectivamente.

Diante deste cenário, constata-se que houve aumento da violência doméstica durante a quarentena, mas que esse aumento não foi acompanhado pelos boletins de ocorrência. Tal fenômeno é chamado de subnotificação, sendo apontado em 7 dos 28 artigos analisados. E por que isso ocorre?

No quadro de isolamento social, as mulheres vítimas de agressões se encontram distantes da sua rede de apoio e o H.A.V, com maior facilidade, pode vigiá-las e impedi-las de manter conversas com suas(seus) amigas(os) e familiares. Esse cenário acaba por ampliar a abertura para a violência psicológica. Além de não poder sair de casa, o que dificulta o ato de denunciar, ainda há o fato de que as mulheres em situação de violência estão em todo momento sendo monitoradas pelos parceiros, o que aumenta a vulnerabilidade (ANDRADE, 2020).

Com o isolamento há, conseqüentemente, um maior tempo de convivência com o H.A.V e, contrariamente, a redução do contato com amigos(as) e familiares, diminuindo as possibilidades de a mulher criar e contatar uma rede de apoio, o que implica na dificuldade dela em buscar ajuda e sair da situação de violência (BUCHINI, 2020). Além disso, o medo frente ao autor de violência pode se tornar mais intenso no isolamento, uma vez que a mulher está sempre – ou quase sempre – em sua companhia dentro do lar.

Nas palavras de Ana Tereza Basílio (2020), vice-presidente da OAB-RJ e autora de um dos artigos selecionados:

Essa queda certamente ocorreu porque milhões de mulheres estão confinadas com seus agressores em casa,

muitas em verdadeiro cativo, o que prejudica a denúncia em delegacias, mesmo com os sistemas virtuais. Constata-se o acerto dessa conclusão pelo fato de que, embora a possibilidade de acusação de crimes tenha caído, a ocorrência de feminicídio aumentou no Brasil de forma expressiva. Fenômeno similar foi constatado na Itália e divulgado pela ONU (2020)

Outrossim, o ciclo de violência se torna mais rápido e agudo. Isso tende a acontecer devido à convivência mais próxima entre as mulheres em situação de violência por parceiro íntimo e seus companheiros, o intervalo temporal entre as fases de tensão e de agressão e a fase de reconciliação se torna mais curto. Dessa forma, a mulher logo após ser agredida, já se encontra dentro de um cenário no qual as coisas aparentam estar melhores. Contudo, não tarda muito para que o ciclo se repita e comumente se torne mais violento (BARBOSA, 2020).

De outro modo, os aparatos de proteção do Estado, que em tempos “normais” já não são de fácil acesso, estão mais distantes de serem alcançados. Pois, pode não ser possível, por razões de segurança sanitária, realizar o atendimento presencial a todas as demandas que estejam relacionadas à violência doméstica. Ademais, é possível que exista o próprio medo da mulher em situação de violência de se contaminar com o vírus caso saia de casa em busca de ajuda.

Conforme explica Cláudia Neves (2020), autora de um dos artigos pesquisados, prova de que ocorre o fenômeno da subnotificação é que houve um aumento de 45% no atendimento às mulheres vítimas de violência em São Paulo, por estatísticas obtidas pela Polícia Militar. Ao mesmo tempo, houve um crescimento de 46% nos casos de feminicídio. No entanto, distante do esperado, os dados fornecidos pelo “Disque 180” demonstraram apenas aumento de 9% nas denúncias de VCM. Importante ressaltar que esses dados foram obtidos para a escrita do artigo de Cláudia Neves que foi publicado em maio de 2020, muito anterior a este.

Sendo assim, conclui-se que esse cenário pandêmico e de isolamento social dificulta ainda mais a quebra do ciclo de violência provocado pelo parceiro íntimo. A declaração de Conceição de Andrade (2020), superintendente geral do Instituto Maria da Penha, retrata bem isso: “A

violência doméstica não diminuiu, ela está mais privada do que nunca. A mulher que vive com um agressor já vivia isolada, agora ela está praticamente em cárcere privado” (ANDRADE, 2020).

Uma coisa é certa, é difícil proteger-se do mundo externo se no seu próprio domicílio a mulher é vítima diariamente de violência, seja ela física, psicológica, sexual, moral e/ou patrimonial. O isolamento social pode se transformar em um verdadeiro cárcere para essas vítimas de seus próprios parceiros e de uma sociedade ainda predominantemente patriarcal, racista e elitista como a brasileira.

ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES: UMA ANÁLISE DA LEI 14.022/2020

O aumento da VCM no período pandêmico não é uma realidade apenas no Brasil. Como forma de mitigar a violência de gênero, diversos países elaboraram medidas e as colocaram em prática. A nota técnica “políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da covid-19: ações presentes, ausentes e recomendadas” apresenta algumas providências que, sintetizadas por Moreira et. al. (2020), compreendem, entre outros:

(a) manutenção, expansão e inovação dos serviços públicos de atendimento à mulher, caracterizando-os como serviços essenciais (aumento de orçamento, expansão de canais de atendimento e ampliação do número de vagas em abrigos), em países como Argentina, Chile, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Portugal e Uruguai; (b) garantia de renda para mulheres (renda mínima e inclusão em programas de transferência de renda), na Argentina; (c) campanhas de conscientização e alerta sobre violência de gênero (apoio da vizinhança na denúncia, elaboração de materiais sobre tipos de violência e apelo nas mídias sociais), em países como China, França, Portugal e Suíça; (d) parcerias do governo para aumentar o alcance de suas ações (parceria com hotéis para aumento da capacidade de abrigo e com organizações da sociedade civil para ampliar atendimentos, parceria com estabelecimentos comerciais como mercados e farmácias para recebimento de

denúncias e com serviços postais para reconhecimento de sinais de violência), sendo estratégias implementadas na Espanha, França Reino Unido e em países da região do Caribe. (MOREIRA ET. AL, 2020).

Ainda que atividades virtuais remuneradas (home office) sejam cansativas, elas são atravessadas por privilégios de raça e classe, tendo muitas mulheres negras e pobres perdido parte significativa de suas rendas (EVANS; ILOVATTE, 2020). Tal como já exposto no presente trabalho, um dos possíveis gatilhos para o aumento das taxas de violência é a crise econômica que afeta a todos(as), principalmente às mulheres negras, maiores ocupantes de trabalhos informais. Dessa maneira, é interessante a medida adotada na Argentina de garantir renda para as mulheres.

De acordo com a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), em seu parágrafo 1º do artigo 3º, é papel do Estado assegurar a defesa das mulheres contra qualquer tipo de violência no âmbito familiar, mas não somente.

Além da referida lei explicitar essa questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatizou em uma declaração intitulada de “COVID-19 e Direitos Humanos: Os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de Direitos Humanos e com respeito às obrigações internacionais”, o dever do Estado de devida diligência com respeito ao direito das mulheres a viverem uma vida livre de violência.

Tendo em vista as medidas de isolamento social que podem levar a um aumento exponencial da violência contra mulheres e meninas em suas casas, é necessário enfatizar o dever do Estado de devida diligência estrita com respeito ao direito das mulheres a viverem uma vida livre de violência e, portanto, todas as ações necessárias devem ser tomadas para prevenir casos de violência de gênero e sexual; ter mecanismos seguros de denúncia direta e imediata; e reforçar a atenção às vítimas. (CORTE IDH, 2020, p. 2)

No entanto, apesar de ser dever do Poder Público, há muitos anos a prevenção e o enfrentamento da VCM não vêm sendo prioridade para o governo. Isto é, eles não parecem integrar uma política de Estado. Prova disso é que, entre 2015 e 2019, o orçamento da Secretaria da Mulher

do governo federal diminuiu de R\$ 119 milhões para R\$ 5,3 milhões, segundo matéria disponibilizada no site da Agência Câmara de Notícias. Em 2020, foi ainda pior. De acordo com matéria do jornal O Globo, o dinheiro gasto com ações de proteção à mulher pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH) foi o menor na última década, mesmo sendo um ano de dados alarmantes em relação à VCM.

Ademais, um dos principais programas do governo federal de combate à violência contra mulheres é a ‘Casa da Mulher Brasileira’, o a qual tem como objetivo a construção de, no mínimo, uma unidade de atendimento integrado por Estado para aquelas que atendem as mulheres em situação de violência. Esse programa, no entanto, restou desprovido de verbas em 2019 e em 2020. Apesar de lançado em 2015 e do Brasil possuir 26 estados, além do Distrito Federal, até 2019 só existiam seis unidades em funcionamento, segundo dados oficiais do próprio governo federal (Governo do Brasil, 2019).

Diante de tais fatos que apontam para o travamento dos recursos destinados a essas políticas públicas, pode ser percebido que, nos últimos anos, tem se dado pouca prioridade no combate à VCM por parte do Estado brasileiro, especialmente no governo Bolsonaro. Nesta linha, pode-se inferir que não seria agora, em meio a uma pandemia, que esta pauta assumiria um contexto de preferência.

Quando se diz que o combate à VCM é dever do Estado não se fala apenas do poder executivo, mas também do legislativo e do judiciário. Diante disso, no âmbito do poder judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos(as) Magistrados(as) Brasileiros(as) (AMB) lançaram uma campanha de amparo às mulheres em situação de violência intitulada de “Sinal Vermelho para a Violência Doméstica”. Essa iniciativa possui o escopo de auxiliar mulheres em situação de violência a pedirem ajuda em farmácias parceiras da campanha através de um canal silencioso, pois basta que elas façam um X em suas mãos, com um batom, para que a farmácia ligue para o 190 e reporte a situação.

Contudo, apesar da mencionada iniciativa visar ajudar mulheres em situação de extrema vulnerabilidade, é preciso destacar que ela termina por reforçar um estereótipo sexista e reducionista de que todas as mulheres usam batom. Além disso, deve-se levar em consideração que nem

todas as mulheres têm acesso a farmácias, como aquelas que vivem em zonas rurais ou até mesmo em zonas urbanas, mas moram em regiões com poucos serviços disponíveis.

Em relação ao poder legislativo, foi criado o projeto de lei de nº 1.444/2020 e n.º 1.775/2020. Os dois parecem ser interessantes, pois trazem um ponto muito importante: não objetivam apenas a denúncia, mas também o abrigo e acolhimento dessas mulheres, visto que um fator decisivo da subnotificação é o medo de retaliações do H.A.V. Enquanto o primeiro visa assegurar recursos emergenciais que garantam casas-abrigo e Centros de Atendimento Integral e Multidisciplinares para Mulheres, o segundo tem como fim criar o “Programa de Acolhimento Emergencial de Mulheres em Situação de Violência Doméstica”, assegurando, às mulheres em situação de violência, espaços em pousadas e hotéis enquanto durar a calamidade.

No entanto, apesar da pandemia ter sido declarada em 11 de março de 2020, até o momento da finalização desta pesquisa, fevereiro de 2021, nenhum dos projetos de lei foi aprovado. O de nº 1.444/2020 está aguardando apreciação pelo senado federal e o de nº 1.775/2020 aguarda despacho do presidente da Câmara dos(as) Deputados(as). Portanto, apesar de ambos projetos de lei trazerem algo essencial para o combate à violência, como condições para as mulheres estarem em segurança após a denúncia, principalmente em tempos que não se recomenda sair de casa, já se passou quase um ano desde o início da pandemia e nenhuma das leis foi sancionada.

Considerando o aumento no número de feminicídios nos últimos meses, é de extrema importância realizar a seguinte indagação: quantas mortes poderiam ter sido evitadas se a preocupação com a segurança e proteção das mulheres fosse, de fato, uma das prioridades do poder legislativo? Não adianta projetos de lei de enorme relevância estarem prontos há meses se, até o momento, não foram sequer aprovados.

Por outro lado, a Lei de nº 14.022/20, aprovada e publicada no Diário Oficial da União no dia 8 de julho de 2020, considerou como serviço essencial o atendimento às pessoas vítimas da violência doméstica, não podendo ser interrompido enquanto durar o estado de emergência de saúde pública ocasionado pela Covid-19. O seu texto exige, também,

que sejam criados, pelos órgãos de segurança pública, canais gratuitos de comunicação para o atendimento virtual. Com relação ao atendimento presencial, a lei dispõe que será obrigatório para os casos mais graves.

Serão tratadas, a seguir, algumas questões relativas à citada lei, mas antes se faz necessário pontuar que, pelo fato de a lei ainda ser muito recente, produções científicas e análises a respeito dela ainda não foram publicadas. Desse modo, serão tecidas questões que chamaram atenção na medida em que o presente tema foi sendo pensado, mas sem a pretensão de torná-las únicas e/ou absolutas.

Em que pese a Lei 14.022 estabelecer medidas importantes para o enfrentamento da VCM neste cenário emergencial, a mesma só foi aprovada em 08 de julho de 2020, quatro meses após o início da pandemia do coronavírus e o agravamento dos casos de feminicídios e violência doméstica, nos revelando uma demora significativa do poder público.

Ademais, uma questão importantíssima não foi levada em consideração pela referida lei: as casas-abrigo. Uma das principais causas da subnotificação dos casos de violência doméstica é o medo que a mulher possui de, ao denunciar, encontrar-se desamparada e vulnerável às retaliações do H.A.V. Por isso, a lei deveria ter assegurado recursos para a manutenção das casas abrigo e para a criação de novas, tal como foi feito em países como Argentina, Chile, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Portugal e Uruguai (IPEA, 2020), uma vez que o isolamento social acentua a dificuldade da mulher em situação de violência de encontrar um refúgio distante do homem que pratica a violência.

Ainda, é mister apontar uma crítica ao art. 3º, §2º, desta lei. Esse afirma que será obrigatório o atendimento presencial apenas nos casos em que envolvam, efetiva ou potencialmente, os seguintes ilícitos: feminicídio; lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte; ameaça com uso de arma de fogo; estupro e estupro de vulnerável; corrupção de menores e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente. Ora, atender presencialmente a violência física apenas quando ela é de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte é não buscar interromper o ciclo da violência. Como uma mulher que sofreu violência gravíssima se dirigirá a uma delegacia? Como uma mulher vítima de feminicídio irá ter atendimento presencial? No último caso, pode até aconte-

cer se o crime for na modalidade tentada, mas a violência ocorrida já terá sido tão grave que a lei não terá tanta eficácia assim, podendo até evitar a morte, mas não o sofrimento.

Além disso, sabe-se que são raros os casos em que violência doméstica é iniciada com o status de natureza grave ou gravíssima. Geralmente, ela se inicia com empurrões, puxões de cabelo, tapas e inúmeros outros exemplos considerados de natureza simples pelo artigo 129 do Código Penal. Dessa forma, não existir a obrigatoriedade de atendimento presencial a essas mulheres é permitir que a violência doméstica seja intensificada, até possivelmente atingir o seu último patamar – o feminicídio –, potencializando o risco que essas mulheres correm com seus parceiros.

Outrossim, a lei, em seus artigos, não traz qualquer abordagem com relação à violência psicológica, mesmo sendo notório o fato de que tanto quando é acompanhada de outros tipos de violência como quando é exclusiva, ela é a mais frequentemente empregada contra às vítimas da violência doméstica (SCHRAIBER et. al., 2007). Ainda por cima, existe o agravante de nos encontrarmos isoladas em casa, que acaba por dificultar sobremaneira o acesso das vítimas às suas redes de apoio.

Dito isso, é preciso salientar que a violência psicológica, apesar de não ser de fácil reconhecimento por parte da pessoa em situação de violência, é de extrema relevância por ser a mais frequente e, em muitos casos, desencadear outros tipos de agressões.

Para mais, continuando a análise da lei 14.022/20, ela, em seu artigo sétimo, dispõe que “a autoridade de segurança pública deve assegurar o atendimento ágil a todas as demandas apresentadas e que signifiquem risco de vida e a integridade da mulher [...]”. Contudo, o que seria esse atendimento ágil? A lei não deixa claro.

Por último, mas não menos significativo, ressalta-se que, além dos serviços policiais, os serviços de saúde também estão dentre os primeiros pontos de contato da pessoa em situação de violência com uma rede de apoio. Contudo, muitas/os profissionais de saúde não passam por uma formação que fomente a oferta de uma assistência que favoreça o acolhimento e escuta com o intuito de identificação de pessoas em situação de violência, com especial destaque para as mulheres em situação de violência (PEDROSA; SPINK, 2011).

De acordo com uma pesquisa realizada pelas mencionadas estudiosas, Cláudia Pedrosa e Mary Jane Spink (2011), pautada em entrevistas com profissionais de saúde, a inclusão curricular da violência no curso de Medicina se dá de maneira muito superficial: durante a formação, os(as) entrevistados(as) afirmaram ter contato com o tema apenas quando se tratava de violência sexual contra crianças e adolescentes, mas as questões não foram inseridas dentro de uma abordagem político-social e sim no mero âmbito da saúde física. A situação ainda permanece em 2019, em pesquisa ocorrida em Maceió/AL por meio de entrevistas com profissionais de saúde de uma Unidade Básica de Saúde (UBS), uma das entrevistadas, Lívia, alegou que o fato da violência não ser uma doença faz com que muitas vezes a VCM não esteja na formação acadêmica desses (as) profissionais. (LOW et. al.,2020).

Nessa mesma pesquisa foi afirmado por todos (as) profissionais que apesar de terem realizado treinamentos e capacitações, esses não foram suficientes para lidar com a problemática da VCM, além de ter sido compreendido haver certo distanciamento entre a gestão e o trabalho dos (as) profissionais, já que a direção da UBS declarou que era apenas informada da ocorrência de VCM, mas sem acompanhar esses casos. (LOW et. al.,2020).

Bandeira e Almeida (2008), discutindo a questão da invisibilidade das mulheres negras e da violência contra elas no SUS, discorreram sobre o, ainda muito presente, conservadorismo em consonância com o patriarcalismo que afeta como a saúde das mulheres, em especial negras, é tratada. Pode-se falar de um racismo e sexismo institucional que parecem autorizar a/o profissional de saúde a impor, na oferta de um cuidado em saúde, seus valores/crenças/preconceitos no atendimento às mulheres.

Dessa forma, mesmo que a lei 14.022, aprovada em razão da pandemia, abrangesse todos os aspectos mencionados no presente trabalho, as mulheres em situação de violência correriam sérios riscos de não encontrarem um amparo na rede de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, constatou-se que a pandemia do novo coronavírus não nos trouxe novos problemas, apenas deixou mais em evidência aqueles que sempre estiveram na sociedade, entre eles, a violência contra mulheres. Considera-se que o isolamento social e o aumento da violência demonstraram o quanto ainda se vive em um mundo desigual, onde as hierarquias de sexo, gênero, classe e de raças se interseccionam e geram opressões diversas.

Além disso, constatou-se múltiplos fatores externos que influenciam, mas não justificam, o crescimento da VCM no contexto da pandemia: consumo abusivo de álcool e outras drogas; desemprego e crises financeiras; distância da mulher de sua rede de apoio (família, amigos/os) e intensificação do ciclo da violência devido ao contato constante com o H.A.V.. Observou-se também, que, embora seja perceptível o aumento da VCM, muitos casos ainda são subnotificados, o que provoca a reflexão, inclusive, acerca do número de mulheres que estão em situação de violência e não se reconhecem como tais.

Sabendo do aumento significativo principalmente dos números de feminicídios, concluiu-se que as atuações públicas que vêm sendo feitas são insuficientes, precárias e insatisfatórias. Não apenas por isso atingiu-se esse pensamento, mas também após uma análise da lei 14.002/2020. Esta, por mais que toque em diversos aspectos importantes, não abrange a complexidade que é este tema, o qual necessita ser pensado em um contexto patriarcal, racista colonial, classista e cisheteronormativo.

Por fim, apesar desse enfrentamento ser dever do poder público, toda a sociedade civil precisa atuar e cobrar do Estado o investimento em políticas públicas para intersetoriais que promovam a prevenção e enfrentamento à violência, já que está mais do que evidente que o Estado não vem cumprindo de maneira eficaz com esse combate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AKOTIRENE, C. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ANDRADE, B. **Confinamento social e a violência contra a mulher**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://belmandrade.jusbrasil.com.br/artigos/912494284/confinamento-social-e-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

AVILA, T.; BIANCHI, A. **Abertura de investigação criminal nos crimes de violência contra a mulher**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/bianchini-pierobom-investigacao-violencia-mulher>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BANDEIRA, L.; ALMEIDA, T. M. C. **Desafios das políticas e ações em saúde diante da violência contra as mulheres**. SER Social, Brasília, v. 10, n. 22, p. 183-212, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br:9443/jspui/bitstream/123456789/7635/1/Desafios%20das%20pol%C3%ADticas%20e%20a%C3%A7%C3%B5es%20em%20sa%C3%BAde%20diante%20da%20viol%C3%AAncia%20contra%20as%20mulheres.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARBOSA, I. **Pandemia Covid-19 e o aumento da violência contra a mulher: consequências da pandemia na violência de gênero**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://belasfajardo3.jusbrasil.com.br/artigos/848739767/pandemia-covid-19-e-o-aumento-da-violencia-contra-a-mulher-consequencias-da-pandemia-na-violencia-de-genero>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARONE, I. **Coronavírus: denúncias de violência doméstica aumentam e expõem impacto social da quarentena**. **Gazeta do Povo**, Brasília, 28 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/coronavirus-denuncias-de-violencia-domestica-aumentam-e-expoem-impacto-social-da-quarentena/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BASILIO, A. **A violência doméstica durante a Covid-19**. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/>>

ana-tereza-basilio-violencia-domestica-durante-covid-19>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL, C. Violência contra mulher cresce durante a pandemia no estado do Rio. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 08 mar. 2021. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-03/violencia-contra-mulher-cresce-durante-pandemia-no-estado-do-rio>> Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1444/2020**. Altera as Leis nºs 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e 13.982, de 2 de abril de 2020, para estabelecer medidas excepcionais de proteção à mulher e a seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872652&filename=PL+1444/2020>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.827**, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.022**, de 7 de julho de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ed. 129, p. 3. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.022-de-7-de-julho-de-2020-265632900>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BUCHINI, E. **Quarentena em Cárcere Físico e Psicológico: Violência Doméstica Frente a Pandemia do Covid-19.** Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://eduardabuchini.jusbrasil.com.br/artigos/838683987/quarentena-em-carcere-fisico-e-psicologico-violencia-domestica-frente-a-pandemia-do-covid-19?ref=serp>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CARNEIRO, S. **Mulheres em movimento.** Estudos avançados, São Paulo, v. 17, n. 49, pág. 117-133, dez. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008>. Acesso em: 8 abr. 2020.

Casa da Mulher Brasileira é estratégia para reduzir a violência contra a mulher. **Governo do Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2019/11/casa-da-mulher-brasileira-e-estrategia-para-reduzir-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Covid-19 e os direitos humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais. San José, p. 2, 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020_port.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2020.

CRENSHAW, K. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Estudos Feministas, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

DIAS, M. **Violência contra a mulher: ineficácia da lei e falta de comprometimento do Executivo.** **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-01/mayra-dias-violencia-mulher>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

EVANS, L.; LLOVATTE, N. **Nós, mães, estamos exaustas.** Cria para o mundo, 9 maio 2020. Disponível em <<https://www.criaparaomundo>>.

com.br/post/n%C3%B3s-m%C3%A3es-estamos-exaustas>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FERREIRA, H. **Deputadas criticam corte de recursos para combate à violência contra a mulher**. Agência Câmara de Notícias, 06 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/635067-deputadas-criticam-corte-de-recursos-para-combate-a-violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FONSECA, P.; LUCAS, T. **Violência doméstica contra as mulheres e suas consequências psicológicas**. 2006. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública. Salvador, 2006. Disponível em: <<http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2021

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Nota Técnica de 16 de abril de 2020**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Nota Técnica de 29 de maio de 2020**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2021.

HARAWAY, D. **Saberes localizados**: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**, Campinas, v.5, p. 07-41, 1995. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org). **Atlas da Vi-**

olência 2020. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36488&Itemid=432>. Acesso em: 10 jan. 2021.

LOBATO, R. **Como vencer a Ditadura do Coronavírus em relação às mulheres.** Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://rbslobato.jusbrasil.com.br/artigos/827618072/como-vencer-a-ditadura-do-coronavirus-em-relacao-as-mulheres>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

LÓPEZ, L.C. **O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde. Interface comunicação, saúde, educação,** v.16, n.40, p.121-134, 2012. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0412.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

LOW, T. et al. **Gênero, violência contra as mulheres e saúde: questões implicadas e situadas a partir do cotidiano de uma UBS.** In: ALLEBRANDT, D.; MEINERZ, N.; NASCIMENTO, G (orgs.). **Desigualdades e políticas da ciência.** Florianópolis: Casa Verde, 2020. p. 281 – 306.

MASCARENHAS, M. D. M. et al. **Análise das notificações de violência por parceiro íntimo contra mulheres, Brasil, 2011-2017.** *Rev. bras. epidemiol.*, v. 23, supl. 1, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000200405&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 fev. 2021. Epub 03-Jul-2020. <https://doi.org/10.1590/1980-549720200007.supl.1>.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica.** Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2019.

MEDRADO, B.; LYRA, J. **Por uma matriz feminista de gênero para os estudos sobre homens e masculinidades.** *Rev. Estud. Fem.*, v. 16, n. 3, p. 809-840, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 fev. 2021.

MOREIRA, L. E. et al. **Mulheres em tempos de pandemia: um ensaio teórico-político sobre a casa e a guerra.** *Psicol. Soc.*, v. 32, 2020.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100413&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 mar. 2021.

MULHERES enfrentam em casa a violência doméstica e a pandemia da Covid-19. Amazônia real, 2020. Disponível em: <<https://amazoniareal.com.br/mulheres-enfrentam-em-casa-a-violencia-domestica-e-a-pandemia-da-covid-19/>> Acesso em: 8 abr. 2020.

NEVES, C. **O Vírus da Desigualdade** - Os Impactos do Covid-19 na Vida da Mulher. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://claudianeves.jusbrasil.com.br/artigos/845230874/o-virus-da-desigualdade-os-impactos-do-covid-19-na-vida-da-mulher>> Acesso em: 10 jan. 2021.

ONU MULHERES. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres**, 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

PEDROSA, C. M.; SPINK, M. J. P. **A violência contra mulher no cotidiano dos serviços de saúde: desafios para a formação médica.** *Saúde soc.*, v. 20, n. 1, p. 124-135, mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de mar. 2021.

RAGASINI, B. **COVID-19: da pandemia do coronavírus ao aumento dos casos de feminicídio.** Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://bi-ancassragasini.jusbrasil.com.br/artigos/825912029/covid-19-da-pandemia-do-coronavirus-ao-aumento-dos-casos-de-feminicidio>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

RIBEIRO, D. **O que é: lugar de fala?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

RIBEIRO, L. **A violência contra a mulher em tempos de pandemia.** Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://ribeiroleticia829.jusbrasil.com.br/artigos/880251213/a-violencia-contra-a-mulher-em-tempos-de-pandemia>> Acesso em: 10 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO. Câmara Municipal do Rio de Janeiro. **Projeto de lei nº 1775/2020**. Cria programa de acolhimento emergencial de mulheres em situação de violência doméstica durante a vigência do estado de calamidade pública, com efeitos enquanto durarem as medidas de quarentena e restrições de atividades no contexto da pandemia da covid-19. Disponível em: <<https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1720.nsf/0cfaa89fb497093603257735005eb2bc/336b9a7d81b2f7a0032585490062e7ef?OpenDocument>> Acesso em: 12 mar. 2021.

SAFFIOTTI, H. I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Pagu, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332001000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2021.

SALATI, P. **Recessão gerada pela pandemia impacta mais mulheres e negros no mercado de trabalho**. G1.globo, [S.L], 30 jun. 2020. Economia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/30/recessao-gerada-por-pandemia-impacta-mais-mulheres-e-negros-no-mercado-de-trabalho.ghtml>> Acesso em: 23 fev. 2021.

SANTOS, A. **A Violência Doméstica em época de Pandemia causada pelo COVID-19**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://dral-exandresantosadv.jusbrasil.com.br/artigos/883570325/a-violencia-domestica-em-epoca-de-pandemia-causada-pelo-covid-19>> Acesso em: 10 jan. 2021.

SÃO Paulo registra 24 mil atendimentos a mulheres vítimas de violência em 2020. Cidade de São Paulo. São Paulo, 08 jan. 2021. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/sao-paulo-registra-24-mil-atendimentos-a-mulheres-vitimas-de-violencia-em-2020-1>> Acesso em: 19 mar. 2021

SCHRAIBER, L. B. **Violência contra as mulheres e políticas de saúde no Brasil: o que podem fazer os serviços de saúde?**. Revista USP, n. 51, p. 104-113, 2001. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35104/37843>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SCHRAIBER, L. B. et al. **Prevalência da violência contra a mulher por parceiro íntimo em regiões do Brasil**. Rev. Saúde Pública, v. 41, n. 5, p. 797-807, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000500014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 Mar. 2021.

SCOTT, J. W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>>. Acesso em: 30 out. 2020.

A OBRIGATORIEDADE DO CAPITAL SOCIAL: UMA PROTEÇÃO EFETIVA AOS CREDORES?

THE MANDATORY LEGAL CAPITAL RULE: AN EFFECTIVE
PROTECTION TO CREDITORS?

João Gabriel Santos¹
Valter Pedrosa Vitell²

Data de Submissão: 03/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo debate a eficiência do capital social na proteção dos credores da companhia. Para isso, é analisada a obrigatoriedade da adoção do capital social no modelo brasileiro, explicando a razão pela qual tal sistema é adotado, bem como os custos e os problemas dele decorrentes. Assim, é feito um esmiuçamento finalístico desse instituto, de forma a pormenorizar as vantagens e os óbices da sua instituição para a companhia. Nesse sentido, também é explorado o fenômeno da subcapitalização, o qual se faz muito presente no cenário do Direito Comercial brasileiro. Em seguida, são abordados os diferentes modelos de companhias, que podem prescindir ou não da obrigatoriedade do capital social. Por fim, após sopesamento dos prós e contras, busca-se responder se o capital social é, de fato, um mecanismo efetivo de amparo aos credores.

Palavras-chave: Direito Societário; Capital Social; Subcapitalização; Proteção dos Credores.

1 Advogado. Pesquisador do Observatório da Macrolitigância Fiscal do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (OMF/IDP). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Tributário da Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

2 Advogado. Pesquisador do Observatório da Macrolitigância Fiscal do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (OMF/IDP). Coordenador do Grupo de Estudos em Empresarial e Arbitragem da Universidade de Brasília (GEA/UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Abstract: This paper debates the efficiency of legal capital in the protection of the company's creditors. Therefore, it analyzes the Brazilian legal capital mandatory rule, explaining the reason why this system is adopted, as well as its costs and problems. Thus, a finalistic analysis of this institute is carried out in order to detail the advantages and the obstacles of its institution for the company. Thereby, the phenomenon of undercapitalization is also explored, which is very common in the scenario of Brazilian Corporate Law. Then, it analyzes the different models of companies, which may or may not require a mandatory legal capital. Finally, after evaluating the pros and cons, it seeks to answer whether social capital is, in fact, an effective mechanism to protect creditors.

Keywords: Corporate Law; Legal Capital; Undercapitalization; Creditors Protection.

1. INTRODUÇÃO

Sob a égide da Lei nº 6.404/1976, denominada de Lei das Sociedades Anônimas³, o estatuto social da companhia deve determinar o valor do seu capital social. Historicamente, essa previsão se justifica pela necessidade de se proteger os credores da companhia. No entanto, há dúvidas sobre a real eficiência desse instituto.

Dessa forma, o presente artigo, em sua primeira parte, debate alguns aspectos relevantes do capital social. São expostos, nesse sentido, com base na doutrina nacional e internacional, a sua definição, bem como as suas principais características e a justificativa para a sua obrigatoriedade.

Em seguida, abordar-se o potencial conflito de interesses entre credores e acionistas. Nessa seção, versa-se acerca dos principais interesses de cada um dos atores mencionados perante a companhia, bem como as hipóteses em que esses interesses podem gerar conflitos entre eles.

Na sequência, é feita uma análise da Segunda Diretiva da Comissão Europeia sobre capital social, regulamento que influenciou o atual modelo adotado no Brasil, o qual utiliza o modelo de obrigatoriedade da adoção do capital social para as companhias.

Após isso, o estudo apresenta os custos que o capital social impõe às companhias, tendo em vista que essas necessitam de especialistas para lidar com esse assunto. Ademais, o trabalho discorre sobre o problema da subcapitalização, espécie de fraude adotada por algumas companhias com o intuito de distribuir mais lucros a seus acionistas.

Por fim, é abordado o *Model Business Corporation Act*, modelo federal de legislação societária dos Estados Unidos em que o capital social não é obrigatório. Nesse sentido, é analisado se esse padrão poderia se apresentar como uma alternativa para o atual sistema empregado no Brasil. Assim, em conclusão, o presente artigo visa responder à seguinte pergunta: a obrigatoriedade do capital social é um meio efetivo para proteger os credores de uma companhia?

3 Doravante referida como Lei das S.A.

2. CAPITAL SOCIAL: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O capital social surge, inicialmente, como uma busca pela conciliação entre a responsabilidade dos sócios e a garantia dos credores. Nesse sentido, esse instituto é criado para possibilitar a limitação da responsabilidade de sócios, que fica adstrita a uma base patrimonial autônoma da sociedade, a qual é denominada de “capital social”. O capital social é, portanto, um valor fixo, estipulado no estatuto, composto pelas contribuições dos sócios na constituição da companhia. Nesse sentido, ensina Mauro Rodrigues Penteado que o “montante do capital social figura no passivo do balanço da sociedade, por representar um débito desta para com os sócios; mas como tal débito não pode ser saldado, em princípio, enquanto existente a companhia, esse passivo é qualificado como não exigível” (PENTEADO, 1998, p. 14).

Dessa forma, tem-se que os riscos da empresa acabam delimitados a esse patrimônio separado, que, por sua vez, demarca as responsabilidades de cada sócio para com a companhia.

Esse instituto está amplamente ligado ao reconhecimento da personalidade jurídica da companhia e à limitação da responsabilidade de seus sócios (LAMY FILHO, 2007, p. 180). A personalidade jurídica se relaciona com o fato de a empresa ser um “nexo para contratos”, ou seja, a companhia atua como uma contraparte em diversos contratos com fornecedores, empregados e consumidores, coordenando as ações desses indivíduos por meio do exercício de seus direitos contratuais. Sendo assim, uma das principais contribuições do Direito Empresarial é permitir, por meio da personalidade jurídica, que a empresa atue como um único contratante, distinto dos vários acionistas ou diretores da companhia (ARMOUR et al., 2017, p. 5).

À vista disso, a personalidade jurídica determina a pertinência do capital social à própria sociedade, diversa da pessoa dos sócios (GUERREIRO, 1984, p. 6). A sua principal implicação é a proteção do patrimônio da companhia (*entity shielding*). Em outras palavras, essa a personificação jurídica permitiu a criação de um sujeito, diferente das pessoas de seus sócios, que “adquire direitos e contrai obrigações em nome próprio,

e possui patrimônio autônomo” (TOMAZ, 2017, p. 1). Esse patrimônio o, apesar de ser constituído através da colaboração dos sócios, distingue-se de seus patrimônios pessoais (COELHO, 2015. p. 32).

A responsabilidade contratual limitada dos sócios, por sua vez, garante que o sócio não responderá pelas dívidas da companhia. Dessa forma, o credor só pode satisfazer o seu crédito com os ativos da própria companhia, e não com os bens que o acionista possua em seu próprio nome (ARMOUR et al., 2017, p. 8). Nesse sentido, tem-se um importante instrumento de incentivo ao investimento produtivo (FRAZÃO, 2017). Essa separação patrimonial também se mostra vantajosa para o credor, pois garante que, caso o sócio esteja endividado, isso não prejudicará a capacidade de a companhia pagar pelo empréstimo que foi realizado.

Ademais, faz-se importante mencionar que o capital social se caracteriza pela sua unidade, realidade, irrevogabilidade e a intangibilidade. É único porque toda sociedade deve ter um – e apenas um – capital social. Ainda, o capital social é real com base na necessidade de que haja correspondência entre o valor subscrito e o valor real das prestações a que se obrigam os sócios. Por fim, as prestações para a constituição do capital social são irrevogáveis e intangíveis, o que proíbe os sócios de retirarem fundos do capital social antes que os credores sejam pagos (LAMY FILHO, 2007, pp. 182-183).

Cumprido destacar que nem todo valor aportado pelos acionistas é destinado ao capital social. Em países como o Brasil, o capital social representa uma entidade contábil, ou seja, uma conta integrante do patrimônio líquido da companhia, na qual a parcela de dinheiro a ela destinada é determinada no estatuto social, no caso das ações com valor nominal, e, no caso das ações sem valor nominal, na porção do preço de emissão que for destinada ao capital social. Além do valor fixado no capital social, há os aportes destinados ao patrimônio, o qual representa o conjunto de bens e obrigações da empresa. Esse valor é fluido, podendo, assim, aumentar ou diminuir.

No tocante a essa diferenciação entre capital social e patrimônio da empresa, desponta a principal problemática a ser abordada no presente trabalho: a despeito do propósito da existência de um capital mínimo (estabelecido no estatuto social), a empresa nem sempre dispõe de um valor

registrado adequado e alinhado às atividades por ela exercida. Destarte, será a seguir estudado que, apesar da salutar ideia precípua da instituição do capital social, essa ausência de capitalização adequada pode ser prejudicial aos interesses dos credores da companhia.

3. O CONFLITO DE INTERESSES ENTRE CREDORES E ACIONISTAS

Há diversas formas através das quais os acionistas da companhia podem se beneficiar às custas dos credores sociais. Inicialmente, é possível que os acionistas distribuam ativos entre eles, se beneficiando financeiramente, mas prejudicando os credores, por meio da redução dos ativos disponíveis para satisfazer os seus créditos. Além disso, os interesses dos credores podem ser prejudicados caso os riscos dos negócios da companhia aumentem. Ademais, acionistas podem prejudicar os credores aumentando o número de empréstimos da companhia (ARMOUR et al., 2017, p. 112).

Resta evidente, portanto, que os interesses dos credores e dos investidores de uma determinada companhia tendem a entrar em conflito. Dessa forma, o conceito de capital social foi um aparato legal criado com o objetivo de amenizar o embate de interesses existente entre os credores de uma companhia e os seus acionistas (MANNING, 1981, p. 1).

Sabe-se que o principal interesse do credor da companhia é receber o valor que emprestou acrescido de juros na data acordada. Além disso, é importante destacar que o credor de uma companhia tem prioridade sobre os ativos em relação aos seus acionistas (MANNING, 1981, p. 2). Ou seja, caso a companhia só possua ativos para pagar os seus credores, estes receberão toda a quantia, enquanto os acionistas não receberão qualquer valor. Contudo, caso os ativos da companhia não sejam suficientes para satisfazer o seu crédito, não há outras medidas a serem tomadas pelo credor. Portanto, o credor sempre irá buscar certos objetivos, com vistas a garantir o pagamento do seu crédito.

Primeiramente, o credor tem mais probabilidade de ser pago quanto mais ativos e menos credores – com os quais ele terá que dividir

esses ativos – a companhia devedora possuir. Além disso, o credor deseja que os ativos da companhia estejam livres de qualquer garantia real com relação a um credor pignoratício. Por fim, cumpre destacar que, mesmo que esses objetivos sejam alcançados, o credor não tem proteção contra os riscos comerciais, a não ser a sua habilidade de prever se a companhia terá sucesso e conseguirá arcar com as despesas assumidas (MANNING, 1981, p. 7).

Os acionistas da companhia, por sua vez, têm uma visão completamente diversa da situação. Em regra, eles irão insistir que, caso a companhia obtenha lucros, eles recebam, periodicamente, um retorno por seus investimentos – chamado “dividendo” – independentemente do fato de existirem credores com prioridade. Isso porque, ao investir em determinada companhia, o principal objetivo do acionista é a obtenção de lucro.

Por conseguinte, introduzidos os diferentes papéis dessa relação jurídica, passa-se a analisar como isso se dá no modelo brasileiro.

4. O MODELO BRASILEIRO E A SEGUNDA DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA

No modelo brasileiro, toda exploração de atividade econômica com fins lucrativos sob forma jurídica de sociedades comerciais exige a formação de capital social (GUERREIRO, 1984, p. 1). Quer dizer, a formação do capital social é um elemento necessário e indissociável da pessoa jurídica mercantil (GUERREIRO, 1984, p. 2). Não obstante, a Lei das S.A. estabelece, em seu art. 5º, que o estatuto da companhia deve fixar o valor do capital social, expresso em moeda nacional.

Em 1976, União Europeia impôs, por meio da sua Segunda Diretiva, a doutrina do capital social (ENRIQUES; MACEY, 2001, p. 1.174). Segundo o seu art. 3º, *g*, deve figurar nos estatutos, no ato constitutivo ou em documento separado, que deve ser publicizado conforme as normas previstas na legislação de cada Estado-membro, o “montante do capital subscrito que tenha sido realizado no momento da constituição da sociedade ou no momento da obtenção da autorização para o início

das suas actividades.”⁴ Ainda, a alínea *b* desse mesmo artigo dispõe que também deve figurar o “valor nominal das acções ou, na falta de um valor nominal, o número das acções emitidas como contrapartida de qualquer entrada que não consista em dinheiro, e bem assim a natureza de tal entrada e o nome da pessoa que a efectua”⁵.

A referida Diretiva instituiu normas que regulam o capital mínimo subscrito de companhias sediadas nos países-membros. Portanto, no sistema instituído na União Europeia, o capital social serve como garantia aos credores, tendo em vista que só é possível dividir lucros quando o patrimônio líquido da sociedade superar o seu valor (TOMAZ, 2017, pp. 6-7).

Esse regime do capital social também é o que vige no Brasil. Como já exposto, a limitação da responsabilidade jurídica, a despeito de ser um benefício concedido aos acionistas que estimula o investimento, traz efeitos negativos para os credores das sociedades pátrias (TOMAZ, 2017, p. 20). Como a limitação da responsabilidade dos sócios só se legitima se houver a constituição e manutenção de um patrimônio capaz de suportar os riscos da atividade empresarial, de modo a proteger os credores, o instituto do capital social encontra óbices, no país, no fenômeno da subcapitalização (XAVIER, 2015, p. 18).

Nesse diapasão, as características do capital social serão analisadas para, por fim, se demonstrar como esses fatores deflagram o fenômeno da subcapitalização.

5. CAPITAL SOCIAL: CUSTO X EFICIÊNCIA

Em face dos empecilhos supracitados que o instituto do capital social enfrenta no regime das sociedades, faz-se mister realizar uma pon-

4 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 77/91/CE – Segunda Directiva do Conselho**, Comissão Europeia, Jornal Oficial das Comunidades Europeias L26/1, Luxemburgo, 22 de dezembro de 1976. Disponível em: <<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/7b977bbb-7d79-4352-bc3b-36a152d98970/language-pt>>. Acesso em 15/01/2021.

5 O valor nominal (*par*) é, historicamente, um número arbitrariamente escolhido para designar o quanto que cada ação com valor nominal representaria do capital social da companhia.

deração acerca da sua imprescindibilidade, sopesando os custos e os benefícios para as companhias.

Cumprе ressaltar que a principal justificativa para a adoção do capital social é a função que ele desempenha na garantia aos credores sociais, tendo em vista que ele representa a salvaguarda mínima oferecida pela sociedade aos seus credores. Nesse sentido, o objetivo da sua obrigatoriedade é preservar esse montante como garantia às obrigações da sociedade, evitando a distribuição de dividendos em prejuízo do capital (RIBAS, 2016, pp. 161-162; MANNING, 1981, p. 30). Por essa razão o capital social é inscrito no passivo, a fim de evitar que o valor correspondente a ele seja entregue aos sócios como lucro antes da satisfação dos credores. A título de exemplo, caso uma companhia preveja, em seu estatuto social, o capital social de R\$ 1.000.000,00, só é possível que ela distribua dividendos para seus acionistas caso o total de seus ativos supere o valor estipulado.

Contudo, essa teoria se mostra injustificável, tendo em vista que não há mecanismos, no direito brasileiro, que mantenham o valor real do capital social durante a existência da empresa, sendo diversas as possibilidades em que há a dissociação entre o capital nominal e o correspondente capital real (HUBERT, 2007, p. 75).

Em crítica à eficiência do capital social na proteção dos credores, Manning leciona que esse modelo só se mostra plausível para companhias em sua fase inicial, e não para aquelas que já se encontram em pleno funcionamento (MANNING, 1981, p. 22). Isso porque o capital social é uma invenção legal, que não corresponde à condição econômica atual da companhia (MANNING, 1981, p. 35).

Esse fato gera um desequilíbrio na assunção de risco, prejudicando os credores da companhia. Entretanto, cabe destacar que esse risco não é assumido de forma igual por todos os credores, dado que os credores economicamente fortalecidos estabelecem suas próprias garantias adicionais, de natureza real, e mais efetivas que o capital social. Todavia, os credores mais fracos não têm essa capacidade e são os mais afetados por essa transferência de risco (HUBERT, 2007, p. 16).

Ademais, critica-se os custos desnecessários que o capital social impõe à companhia, o que, em face da sua estrutura inflexível, obriga as

companhias a contratarem contadores e advogados para orientá-las nesse quesito (ENRIQUES; MACEY, 2001, p. 1.185).

Isso resta evidente no contexto brasileiro, tendo em vista que muito se critica a complexidade da Lei das Sociedades Anônimas na seção que disciplina o capital social, o que dificulta a compreensão dos empresários, que inevitavelmente necessitam de auxílio profissional para lidar com essa questão.

Além disso, a legislação brasileira não prevê a imposição de um capital social mínimo por parte das empresas, ou sequer a necessidade de haver uma congruência com as atividades por elas desenvolvidas. Esses fatores propiciam a subcapitalização no Brasil, fenômeno que desloca os riscos enfrentados pelos acionistas para os credores, como será a seguir versado.

6. O PROBLEMA DA CAPITALIZAÇÃO INSUFICIENTE

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, não há estabelecido um valor mínimo para o capital social, sob o pretexto de não se reservar o modelo para as grandes empresas⁶. Contudo, em decorrência disso, as sociedades têm atribuído valores extremamente baixos ao capital social, o que esvazia a sua função de garantia e aumenta o desequilíbrio na distribuição dos riscos da atividade empresarial (TOMAZ, 2017, p. 20).

Esse fenômeno é denominado de *subcapitalização societária* e se configura nas hipóteses em que o capital social da companhia não é adequado com as suas necessidades e o tipo de atividade desenvolvida por ela (GUERREIRO, 1984, p. 26).

6 Neste sentido, cfr. a Exposição de Motivos nº 196 (24 de junho de 1976), do Ministério da Fazenda, referente ao Projeto de Lei das Sociedades por Ações: “O Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras.”

Para que haja a subcapitalização, é necessário que, nas sociedades com limitação de responsabilidade, sejam insuficientes os capitais próprios para o financiamento de suas atividades e que, assim, esses capitais próprios estejam em desequilíbrio com os capitais de terceiros (DINIZ, 2012, p. 182).

Dessa forma, o referido desequilíbrio é demarcado por um maior montante de valor de financiamento externo do que do capital próprio da companhia, isto é, há uma menor garantia econômica do crédito, o que significa um menor fundo de responsabilidade. Isso pode ocorrer de diferentes maneiras, haja vista que a subcapitalização societária comporta diferentes modalidades: a *nominal* e a *material*.

A subcapitalização nominal é proveniente do empréstimo do sócio à empresa, o que faz com que o sócio vire credor da sociedade, uma vez que, em vez de se aportar recursos à sociedade como capital social, faz-se isso a título de empréstimo, o que torna essa operação uma transferência de capital de terceiros. Dessa forma, em caso de insolvência, os sócios concorrem de igual maneira com os credores, porque tais investimentos não comporão o capital social da companhia, mas, sim, o seu patrimônio. Indo além, isso se faz ainda mais problemático pelo fato de que os sócios podem influir na administração interna da empresa, fazendo com que tenham preferência no reembolso desses valores (DINIZ, 2012, pp. 161-162).

Dessa forma, é recorrente que, a despeito de se aumentar o capital social da companhia, ou mesmo, na sua formação, aportar valores suficientes e congruentes com as atividades da sociedade, seja destinado um valor inferior ao capital social, sendo a maioria dos recursos designada por meio de empréstimos realizados pelos próprios sócios. Nesse sentido, a responsabilidade dos sócios, que já é limitada aos aportes feitos por eles, é totalmente extirpada da companhia.

A subcapitalização material, por sua vez, é caracterizada pelo financiamento excessivo pelo capital de terceiros. Há uma discrepância entre o financiamento de capital de terceiros e o capital próprio. Isso também resultará na transgressão da função de limitação de responsabilidade (DINIZ, 2012, p. 206).

Essa situação resulta na transferência dos riscos da insolvência aos terceiros credores, dado que, caso a companhia reste insolvente, os só-

cios perderão apenas o ínfimo valor aportado no capital social, ao passo que os credores sofrerão uma perda substancial.

Em primeira análise, a subcapitalização não encontra impedimento na legislação pátria. Aliás, a redação do art. 1º da Lei das S.A. é clara ao dispor que “a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”; bem assim, o art. 1.088 do Código Civil de 2002 assenta que, na sociedade anônima, “o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.” Isso também vale para as sociedades limitadas, inclusive⁷.

Nesse sentido, há análises mais recentes que suscitam ser essa capitalização insuficiente uma hipótese para a desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica é o instituto do Direito Civil que prevê as hipóteses em que a autonomia da pessoa jurídica com relação aos seus sócios e administradores pode ser infringida.

Em regra, a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais é sempre subsidiária. Destarte, devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a separação entre sócio e pessoa jurídica deu margem ao cometimento de fraudes, o que demandou que se impusesse alguma medida para impedir essas práticas. Como leciona Flávio Tartuce, “visando a coibir tais abusos, surgiu a figura da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, teoria do levantamento do véu ou teoria da penetração na pessoa física (‘disregard of the legal entity’)” (TARTUCE, 2017, p. 126) para alcançar pessoas e bens da pessoa jurídica que forem destinados a esses fins ilícitos.

Trata-se de construção inicialmente doutrinária que foi acolhida pelo art. 50 do Código Civil de 2002⁸, bem como pelo art. 28 do Código

7 O art. 1.052 do Código Civil dispõe que “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

8 “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

de Defesa do Consumidor.⁹ Destaque-se que, como ensina Tartuce, a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez codificada em nosso ordenamento, não deve ser designada como teoria (TARTUCE, 2017, p. 127). Foi nesse sentido que restou assentado no Enunciado n. 51 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

Por conseguinte, passa-se a analisar o enquadramento desse instituto jurídico nas situações de subcapitalização.

Entendemos que desconsideração da personalidade jurídica poderia ser um mecanismo hábil para responsabilizar pessoalmente os controladores e administradores, uma vez que há uma efetiva transferência do risco empresarial para os credores, a qual é superior à permitida pela personalização, fato que deflagra o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Afinal, nessa hipótese, o risco empresarial estaria sendo transferido aos credores “integral e primordialmente” (FRAZÃO, 2011, pp. 381-383).

Assim sendo, poder-se-ia enquadrar a hipótese de subcapitalização como fraudulenta, apta a ensejar a desconsideração da personificação jurídica. Entende-se que esse instituto seria, decerto, aplicável à situação, haja vista que o referido fenômeno da capitalização insuficiente constitui flagrante distorção do intuito do capital social, pois a responsabilidade pela sociedade é totalmente direcionada aos credores, que, em tese, deveriam ter o risco assegurado pelos sócios da companhia.

Apontada a solução pragmática para o modelo vigente, faz-se necessário destrinchar outros modelos, bem como analisar a aplicabilidade no Brasil.

9 “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

7. O MODEL BUSINESS CORPORATION ACT

Diferentemente do modelo adotado pelo direito brasileiro e pela União Europeia, muitos estados dos Estados Unidos abandonaram o conceito de capital social (LAMY FILHO, 2007, p. 179). Cabe, então, analisar o histórico, bem como os fundamentos apresentados para essa mudança na regulação societária.

A partir do século XIX, o instituto do capital social passou a ser disposto em lei nos Estados Unidos. Como se tratava de matéria de competência estadual, os estados norte-americanos passaram a legislar de maneira mais flexível, com o objetivo de atrair o maior número possível de sociedades (RIBAS, 2016, p. 177).

Nesse contexto, a *American Bar Association* emitiu o *Model Business Corporation Act* (MBCA), modelo legislativo que foi adotado por mais da metade dos estados norte-americanos (RIBAS, 2016, p. 177). Em sua revisão, no ano de 1984, a legislação modelo não só manteve extinto o conceito de capital social como aboliu a noção de valor nominal das ações, sob o fundamento de que esses institutos não atendiam à função de garantia aos credores da companhia (DOMINGUES, 2013, p. 109).

Desse modo, com vistas a proteger os credores da companhia, o *Model Business Corporation Act* (MBCA), revisado no ano de 2016, estabelece que, para que seja realizada a distribuição de dividendos aos sócios, é necessário realizar o teste de insolvência e o teste de balanço (RIBAS, 2016, p. 178). Sendo assim, a seção 6.40 do MBCA, que trata da distribuição para os acionistas, estabelece, em sua alínea c, que nenhuma distribuição pode ser feita se, após a sua realização, a companhia não tiver capacidade para pagar seus débitos na data do seu vencimento ou caso o total de seus ativos seja menor que a soma das suas obrigações¹⁰.

Entretanto, há autores que alegam que esse modelo, compatível com a visão liberal norte-americana, não seria viável no Brasil. Nesse sentido, Alfredo Lamy Filho argumenta que, tendo em vista o nosso direito e a nossa cultura, a proteção dos credores por meio do regime do

10 American Bar Association. **Model Business Corporation Act (2016 Revision)**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mboa.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 10/01/2021.

capital social é mais eficaz do que se basear exclusivamente na insolvência da companhia (LAMY FILHO, 2007, pp. 184-187).

Trata-se de assunto latente e que enseja o debate, no qual há posicionamentos pertinentes e relevantes para os dois lados. Contudo, como será a seguir concluído, com base no presente estudo, o capital social obrigatório adotado no Brasil esvaziou-se de sentido.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos argumentos expostos, é possível concluir que o capital social tem baixa eficiência na sua função de garantia aos credores sociais, além de impor gastos desnecessários para a companhia. Dessa forma, evidencia-se que o capital social não é a única e nem a mais significativa garantia dos credores sociais, representando meramente uma garantia suplementar (GUERREIRO, 1984, p. 30; HUBERT, 2007, p. 74).

O capital social deixa de exercer a função de garantia para os credores, tendo em vista que ele não corresponde ao valor integral aportado pelos acionistas (CARVALHOSA, 1997, p. 59). Na realidade, a primeira garantia para os credores é o patrimônio da companhia, segundo os índices de liquidez apurados pela técnica financeira (GUERREIRO, 1984, p. 30). Ou seja, a tutela dos credores depende muito mais da situação econômico-financeira-patrimonial atual da companhia do que do seu capital social, determinado no estatuto social no momento de sua fundação (HUBERT, 2007, p. 78).

Contudo, para renunciar à proteção, mesmo que insuficiente, conferida pelo conceito de capital social, é fundamental que os credores sociais busquem outros meios para proteger seu crédito. É evidente que não há nenhuma medida que o credor possa tomar para garantir que o portfólio de investimentos da companhia manterá o seu valor de mercado; no entanto, é possível estipular cláusulas contratuais que criem mecanismos de fiscalização e imponham limites à atividade empresarial, garantido a saúde econômica da empresa e o pagamento do crédito (MANNING, 1981, p. 5; RIBAS, 2016, p. 188).

Em conclusão, o modelo adotado nos Estados Unidos poderia ser tomado como exemplo pelo Brasil, com vistas a aumentar a efetividade da proteção do credor social. Ou seja, só seria permitido distribuir dividendos

entre os acionistas da empresa caso essa distribuição não comprometesse o pagamento das dívidas da companhia na data em que foram combinadas nem tornasse os seus ativos inferiores aos seus ativos.

O modelo do capital social obrigatório não tem a sua finalidade atendida. Logo, faz-se imprescindível que se repense o modelo em voga para que se possa dar uma solução mais efetiva ao problema; qual seja: como proteger o credor?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Model Business Corporation Act (2016 Revision)**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 10/01/2021.

ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Luca; HERTIG, Gerard; KRAAKMAN, Reinier. **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei das Sociedades Anônimas**, v. 2, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2: direito de empresa. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Variações sobre o Capital Social**. Coimbra: Almedina, 2013.

ENRIQUES, Lucas; MACEY, Jonathan R. Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules. **Cornell Law Review**, v. 86, n. 6, pp. 1.165-1.204, set/2001.

LAMY FILHO, Alfredo. **Temas de S.A: Exposições, Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Responsabilidade Limitada: As distorções da sua (não) aplicação na realidade brasileira**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/constituicao-empresa-e-mercado/responsabilidade-limitada-18102017>>. Acesso em: 12/01/2021.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Regime Jurídico do Capital Autorizado**. São Paulo: Saraiva, 1984.

HANKS JR., James J. Legal Capital and the Model Business Corporation Act: An Essay for Bayless Manning. **Law and Contemporary Problems**, v. 74, n. 211, 2011.

HUBERT, Ivens Henrique. **O Capital Social e suas Funções na Sociedade Empresária**. Tese (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MANNING, Bayless. **A Concise Textbook on Legal Capital**. Mineola: The Foundation Press, 2ª ed., 1981.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 77/91/CE – Segunda Directiva do Conselho**. Comissão Europeia, Jornal Oficial das Comunidades Europeias L26/1, Luxemburgo, 22 de dezembro de 1976. 1 Acesso em: 15/01/2021.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Aumento de Capital das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. **A proteção dos credores sociais por meio das demonstrações financeiras**: um retorno às bases que garantem a responsabilidade limitada. 2016. 221 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 7. ed., 2017.

TOMAZ, Mariana Rocha. **A subcapitalização societária como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica**. 2017. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

A IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DO UNIVERSO FEMININO NA PRISÃO JUSTIFICADA PELA PERSPECTIVA ANDROCÊNTRICA

THE COMPREHENSION IMPOSSIBILITY OF THE FEMALE UNIVERSE
IN JUSTIFIED PRISON BY THE ANDROCENTRIC PERSPECTIVE

Sabrina Silva Moreira¹

José Carlos Mélo Miranda de Oliveira²

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O último relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade no Brasil denuncia um triste cenário: a insuficiência de estabelecimentos prisionais e a não materialização de direitos de mulheres presas. Historicamente, as prisões foram pensadas para o sujeito homem, assim, ao tomar o papel do falo como premissa, representada pelo androcentrismo³, a mulher encarcerada possui, até os dias atuais, não só direitos positivados, mas, também, necessidades inerentes ao seu ser, violados dentro desse sistema de repressão e controle. Neste viés, a presente pesquisa bibliográfica, por meio do método dialético, visa analisar e expor pontos específicos em que o Sistema de Justiça

1 Discente do nono semestre do curso de Direito da Faculdade Independente do Nordeste (Fainor). Membro fundadora da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa, entidade representativa do curso de Direito da Fainor. Pesquisadora no Grupo de Ciências Criminais (Fasavic). E-mail: sssabrinamoreira@gmail.com.

2 Orientador. Doutor e Mestre em memória: linguagem e sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Professor assistente nível B do curso de Direito da UESB. Professor de Direito Constitucional e de Direito das Famílias da FAINOR e da FASAVIC/Afya. E-mail: josecarlosmelo@fainor.com.br.

3 Corrente que tem como pilar de referência humana a premissa masculina, vista como uma norma universal. Assim, todas as análises, compreensões e narrações são as experiências masculinas, sendo refletida para toda a generalidade dos seres humanos, tanto homens como mulheres.

Criminal reproduz a violência simbólica e institucional, com ênfase na violação do direito à saúde e à maternidade. O artigo também caracteriza-se enquanto qualitativo, sendo utilizada a técnica crítico exploratória em sua confecção para que seja possível compreender melhor as razões pela qual o cárcere feminino ainda carece de conquistas de voz e espaço.

Palavras-Chave: Encarceramento Feminino. Androcentrismo. Direitos Humanos. Sistema de Justiça Criminal.

Abstract: The last thematic report on women deprived of liberty in Brazil reveals a sad scenario: the insufficiency of prisons and the non-materialization of the rights of women prisoners. Historically, prisons were designed for the male subject, thus, by taking the role of the phallus as a premise, represented by androcentrism, incarcerated women have, to this day, not only positive rights, but also needs inherent to their being, violated within this system of repression and control. In this bias, this bibliographical research, through the dialectical method, aims to analyze and expose specific points in which the Criminal Justice System reproduces symbolic and institutional violence, with emphasis on the violation of the right to health and motherhood. The article is also characterized as qualitative, using the exploratory critical technique in its preparation so that it is possible to better understand the reasons why the female prison still lacks voice and space conquests.

Keywords: Female Incarceration. Androcentrism. Human Rights. Criminal Justice System.

1. INTRODUÇÃO

O último relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade no Brasil (INFOPEN – MULHERES), produzido em junho de 2017, denuncia um triste cenário: a insuficiência de estabelecimentos prisionais e a não materialização de direitos de mulheres presas. Perante os relatos histórico tradicionais, o homem sempre esteve em um cenário privilegiado, sendo protagonista e narrador de uma realidade única, porém falaciosa. Posto isso, é nítido o quanto a visão androcêntrica se impõe de forma neutra e sem a necessidade de fundamentação, sendo, portanto, a premissa base de um sistema estrutural que se reflete até os dias atuais em vários aspectos da sociedade contemporânea (BOURDIEU, 2020), inclusive em instituições prisionais, conforme será sustentado no presente artigo.

O Sistema de Justiça Criminal, o qual é um instrumento de manutenção da ordem social e deriva da noção abstrata de contrato social, acaba por funcionar como pilar da estrutura capitalista, corroborando com a relação de dominação-exploração entre os sujeitos envolvidos em sua dinâmica. Em contrapartida, as discussões e subversão do papel socialmente atribuído ao gênero feminino também foi refletido no campo da criminalidade, através da criminologia crítica feminista, a qual surgiu com a perspectiva de investigar a invisibilidade deste gênero frente ao masculino e ser porta-voz da representatividade de seres que precisam ser compreendidas como plurais, pensantes, submersas em condições diferentes no que tange ao contexto étnico-racial, sexual, sócio-político, etário e de classe em que estão inseridas.

Atualmente, existem direitos legalmente conferidos à mulher encarcerada, tanto no âmbito constitucional, quanto na seara infraconstitucional, e, ainda, normas internacionais. No entanto, a literatura sobre o tema demonstra considerável grau de desafio para a efetiva materialização desses direitos e, em razão disso, o presente artigo, com ênfase na violação do direito à saúde e à maternidade, não tem por objetivo esgotar o seu conteúdo tampouco encará-los como os problemas únicos e centrais do aprisionamento feminino.

Desse modo, a pesquisa caracteriza-se enquanto bibliográfica, pelo método dialético, sendo sua abordagem qualitativa, uma vez que utiliza-

-se da técnica crítico exploratória através da análise documental e revisão de literatura para confrontar os dados do relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade (INFOPEN – MULHERES), produzido em junho de 2017, e a realidade do Sistema Penal, o qual reproduz violência simbólica e institucional em razão do machismo.

2. PANORAMA GERAL DE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE NO BRASIL

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) tem como principal função acompanhar e controlar a aplicação das diretrizes da Política Penitenciária Nacional e da Lei de Execução Penal. Desse modo, ele é um órgão executivo subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Assim, através do Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN), instituído no ano de 2004, é possível mensurar estatísticas acerca da população encarcerada no país, além de informações sobre os estabelecimentos prisionais e políticas públicas (BRASIL, 2019).

O último relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade (INFOPEN – MULHERES)⁴ revela que há, em média, um contingente de 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, distribuídas entre aquelas que se encontravam custodiadas em carceragens de delegacias as que se encontravam em estabelecimentos do sistema prisional, tanto estadual, quanto federal (BRASIL, 2019).

Dessa estimativa, a população de mulheres sob custódia da justiça vem aumentando de maneira gradativa, tendo em vista que, no ano 2000, o aprisionamento feminino correspondia a 5.601, enquanto os dados da última pesquisa realizada em junho 2017 revelam uma estimativa de 37.828 mulheres no cárcere, enquanto as vagas oferecidas são apenas de 31.837, portanto, ostentando um déficit de 5.991 vagas (BRASIL, 2019).

Ainda segundo o levantamento, constata-se que 37,67% das mulheres encarceradas são presas provisórias, enquanto apenas 36,21% dessas mulheres são presas já condenadas e apenadas em regime fechado,

4 Dados apurados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no último levantamento de informações penitenciárias, realizado em junho de 2017.

seguido de 16, 87% de presas sentenciadas em regime semiaberto. Os dados ainda apontam que “os estados de Sergipe, Amazonas e Piauí estão entre os três estados que possuem o maior percentual de mulheres presas sem condenação, em relação ao total de presas no sistema penitenciário nesses estados” (BRASIL, 2019, p. 14).

No que tange aos estabelecimentos prisionais, infere-se que apenas 6,97% desses espaços foram construídos exclusivamente para mulheres, enquanto 18,18% são voltados para o público misto (BRASIL, 2019), asseverando o quanto o Sistema Penal é majoritariamente reservado ao público masculino (ANDRADE, 2005), uma vez que 74,85% desses estabelecimentos foram construídos para a reclusão de presos homens (BRASIL, 2019).

Avançando, ao analisar os dados relativos ao percentual de unidades prisionais com local específico para visita íntima, por Unidade da Federação, verifica-se, ainda, que unidades femininas nos Estados do Tocantins, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal carecem de locais adequados para tal finalidade, enquanto nas unidades mistas esse cenário ainda é mais alarmante, uma vez que treze Estados não possuem espaço adequado para que as presas possam receber seus parceiros ou parceiras (BRASIL, 2019).

Quanto aos estabelecimentos femininos e mistos, que possuem celas adequadas para gestantes, apenas 14,20% das unidades prisionais que recebem mulheres possuem um espaço reservado para grávidas, totalizando 54 unidades, enquanto a quantidade de gestantes privadas de liberdade no país, segundo o levantamento, é de 342 mulheres, sendo que apenas 204 estão em unidades que possuem cela adequada. Já no que tange aos estabelecimentos que possuem berçário ou centro de referência materno-infantil, totalizam apenas 48 unidades, e os que possuem creche apenas 10 unidades, enquanto a quantidade de lactantes é de 196 mulheres (BRASIL, 2019).

Relativo ao perfil da população feminina, segundo o INFOPEN, 48,04% das mulheres privadas de liberdade no Brasil são pardas, 35,59% são brancas e 15,51% são pretas, sendo que, “somadas, as mulheres presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,55% da população carcerária nacional” (BRASIL, 2019, p. 31). Ademais, quanto à faixa etária, consta-

ta-se que, em sua maioria, são jovens entre 18 e 24 anos, correspondendo ao percentual de 25,22% do aprisionamento feminino. Correspondente ao grau de escolaridade, 44,42% destas possuem o ensino fundamental incompleto, e 0,47% possuem algum tipo de deficiência (BRASIL, 2019).

Igualmente, no que se refere à frequência dos crimes praticados por mulheres encarceradas no Brasil, o panorama quantitativo demonstrado pelo levantamento ratifica o cenário descritivo feito por pesquisadoras brasileiras engajadas no estudo do encarceramento feminino, tendo em vista que a maioria são jovens, em geral presas provisórias e suspeitas de crimes relacionado ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Como mencionado, segundo o INFOPEN, constata-se que o crime de tráfico de drogas é o principal responsável pela maior parte do encarceramento de mulheres, totalizando 59,98% dos casos, seguidos de crimes contra o patrimônio, como roubo, totalizando 12,90%, e furto, perfazendo 7,80% dos casos (BRASIL, 2019).

3. ORIGEM DAS PRISÕES FEMININAS NO BRASIL

No que tange ao encarceramento feminino, a primeira vez que este fora mencionado no aparato jurídico brasileiro foi no Código Penal de 1940. Isso significa que as Constituições e as legislações anteriores, a exemplo da Constituição Imperial de 1824 e do Código Criminal de 1830, respectivamente, apesar de inovarem ao prever, ainda que timidamente, o princípio da intranscendência da pena, bem como abolir algumas penas cruéis, sequer faziam menção à possibilidade do universo feminino no crime e, conseqüentemente, na prisão, sendo que o mesmo ocorreu com o Código Penal de 1890 (ANGOTTI, 2018).

No entanto, em que pese o Código Penal de 1940 prever norma específica referente ao aprisionamento feminino, à época, a visibilidade e preocupação para assuntos inerentes ao ser mulher nesses ambientes ocorria de forma precária, tendo em vista que a previsão mencionada pela referida norma infraconstitucional era simplista e não havia maiores desdobramentos ou possíveis diretrizes para a sua efetiva regulamentação.

Em relação especificamente ao encarceramento feminino, o Código Penal de 1940, no parágrafo 2º do artigo 29, previa, pela primeira vez, o cumprimento de pena em estabelecimento específico para abrigar mulheres ou, quando não fosse possível, em espaço reservado nos estabelecimentos prisionais comuns aos dois sexos. Tal previsão acelerou, em alguns estados, como São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco providências como a edificação de prisões só para mulheres e/ou a reorganização de espaços prisionais coletivos, de modo a cumprir a legislação (ANGOTTI, 2018, p. 52).

Historicamente, no mundo inteiro, a maioria das prisões femininas situavam-se em conventos, unidades masculinas, ou em outros locais que foram adaptados para tal finalidade, com o intuito de conter uma população prisional crescente (CERNEKA, 2009). No Brasil, de acordo com a maioria da literatura, a primeira penitenciária feminina foi fundada em 09 de novembro de 1942, em Bangu, sendo sua administração interna e pedagógica mantida por freiras (SOARES; ILGENFRIT, 2002).

Assim, numa perspectiva global, “no decorrer de sua existência, a prisão se caracterizou por ser majoritariamente masculina - em face do número de reclusos ser composto em sua maioria por homens” (ESPINOZA, 2004, p. 79). Igualmente, o status ostentado pelo cárcere em ser majoritariamente masculino e só residualmente feminino também subsiste no próprio Sistema de Justiça Criminal, o qual é pautado pela seletividade e serve de engrenagem lógica para uma sociedade capitalista e patriarcal (ANDRADE, 2005).

Coadunando-se com a máxima de que o Sistema Penal é tradicionalmente pensado em referência ao universo masculino, portanto, androcêntrico, é também constatado através do próprio relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade já mencionado na seção anterior, uma vez que apenas 6,97% dos estabelecimentos prisionais foram construídos exclusivamente para mulheres, enquanto 18,18% é voltado para o público misto e 74,85% destinados integralmente para homens (BRASIL, 2019).

Ademais, imperioso admitir, também, que o número de mulheres encarceradas cresceu significativamente no decorrer dos anos 2000, sendo um aumento expressivo de, aproximadamente, 575%, uma vez que

conforme os dados levantados pelo INFOPEN-MULHERES, no ano 2000, o aprisionamento feminino correspondia a 5.601, enquanto os dados da última pesquisa, registrada até junho de 2017, revela uma estimativa de 37.828 mulheres no cárcere (BRASIL, 2019).

Desse modo, constata-se que, atualmente, a falta de estabelecimentos prisionais reservados ao público feminino e poucos criados para esse fim é resultado do percurso histórico. Em razão disso, existe de forma insuficiente políticas públicas para uma população carcerária crescente, bem como a incompreensão de algumas peculiaridades derivadas tanto do gênero quanto do sexo biológico da mulher, o que culmina com a violação de direitos já positivados pelo ordenamento jurídico vigente (CERNEKA, 2009).

4. JUS PUNIENDI E A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Para Cesare Beccaria, a partir do momento em que o gênero humano passou a se multiplicar, tornando-se cada vez mais numeroso, surgiram também a consolidação de novas sociedades. Desse modo, cada grupo, quando observado individualmente ou coletivamente, possuía princípios diferentes e, assim, surgia a necessidade de resistência e por isso viviam em estado de guerra contínuo. Com o decorrer do tempo, os indivíduos, os quais visavam o bem coletivo, a convivência pacífica e, principalmente, a segurança individual, bem como seus interesses particulares, estiveram dispostos a ceder pequenos direitos frente ao próprio Estado, o qual passou a ser responsável pelas leis do depósito das liberdades (BECCARIA, 2008).

Para o autor, um dos expoentes do Iluminismo Penal, o , ou seja, o direito de punir, bem como a origem das penas, são intrínsecos à ideia de contrato social. Para ele, a pena possuía finalidade preventiva, ao invés do ideal de vingança ou retribuição, e, exatamente por isso, a lei penal intentava proteger a sociedade do arbítrio estatal, além de ser uma resposta punitiva aos que a infringissem (ANGOTTI, 2018).

Cesare Beccaria e o Iluminismo Penal do século XVIII destacaram-se enquanto reformadores do Direito Criminal. Dentre suas contri-

buições estão a crítica à tortura, ao arbítrio judicial e à desproporcionalidade entre o delito e a pena (SANTA RITA, 2006), assim foram fortes influenciadores para a Constituição de 1824 bem como para o Código Penal de 1830 (ANGOTTI, 2018).

No entanto, atualmente, a teoria do delito, assim como a teoria da pena, não sofreram grandes impactos, ou seja, não mudaram o seu aspecto guiado pelas premissas do século XVIII, “em que os ‘contratos’ celebrados àquela época trazem até os dias de hoje privilégios e impunidade para uns poucos e discriminação, miséria e injustiça para a maioria” (NETTO; BORGES, 2013, p. 320).

Desse modo, o Estado de Direito, e mais especificamente o Sistema Penal, enquanto uma microestrutura situada dentro de uma macroestrutura que naturaliza comportamentos baseados numa ordem capitalista e patriarcal, acompanha o curso da história das dominações, “no sentido de serem instrumentos de manutenção do poder político e econômico, este exercido através da unidade dialética do consenso-coerção” (NETTO; BORGES, 2013, p. 321).

No que tange às mulheres infratoras da lei, àquelas que cederam parte de sua liberdade individual frente ao bem geral, a partir da ideia de contrato social que subsiste até os dias atuais no Estado de Direito, utiliza-se a proteção da sociedade como um todo, em prol da violação de direitos inerentes às indivíduos que já são estigmatizadas socialmente pelo Sistema de Justiça Criminal (ANDRADE, 2005).

Perante os relatos histórico tradicionais, o homem sempre esteve em um cenário privilegiado, sendo protagonista e narrador de uma realidade única, porém falaciosa, vez que “é ‘o homem’ que pensa, que cria, que inventa, que descobre. Nenhum espaço é dado às mulheres, metade da humanidade enterrada nas lacunas e dobras do discurso histórico” (SWAIN, 2014, SN). Neste prisma, a desigualdade surge da relação de dominação-exploração da mulher pelo homem, ponto essencial à estrutura capitalista (SAFIOTTI, 2004).

Partindo do pressuposto de que as primeiras prisões femininas situavam em conventos, haja vista que se fazia necessária a orientação religiosa, não pelas mulheres terem cometido o delito em si, mas por terem desviado do seu papel social estigmatizado do “ser mulher”, inicialmente,

era necessária a recuperação dos ideais de pudor, além de aderir a valores de submissão e passividade (ESPINOZA, 2004).

Logo, importante asseverar que, a partir do momento em que a prisão passou a ser vista enquanto instituição e as mulheres foram inseridas no ambiente do cárcere, no discurso histórico, homens e mulheres encarcerados passaram a ser tratados de maneira diferenciada. A função do *jus puniendi*, pelo qual a mulher estava condicionada, ratificava a construção social reproduzida pela sociedade patriarcal.

Uma vez criada a prisão como instituição, entendeu-se necessária a separação de homens e mulheres para aplicar-lhes tratamentos diferenciados. Com essa medida buscava-se que a educação penitenciária restaurasse o sentido de legalidade e de trabalho nos homens presos, enquanto, no tocante as mulheres, era prioritário o sentimento de “pudor” (ESPINOZA, 2004, p. 79).

Atualmente, observa-se, ainda, a repetição dos valores que são intrínsecos ao sistema carcerário feminino no bojo de sua simples existência, tendo em vista que é a partir da perspectiva androcêntrica que se elimina qualquer possibilidade de compreensão do universo feminino na prisão, já que o papel social definido para o “ser mulher” não englobava o universo do crime, por isso sua visibilidade no sistema carcerário é posta em segundo plano (ANDRADE, 2005).

Acresça-se a isso, “o homem, quando sai da prisão, normalmente volta para sua casa onde o estão aguardando sua mulher e seus filhos. A mulher, quando sai da prisão, muitas vezes não tem mais a sua casa, pois não houve ninguém para mantê-la” (CERNEKA, 2009, p. 72). À vista disso, a mulher condicionada ao cárcere enquanto resposta estatal por ter transgredido às leis penais impostas, sofre as consequências da punição social, por não ter cumprido o seu papel sob a ótica do determinismo biológico ou destino divino, além da punição formal do Estado que reproduz os valores reconhecidos na sociedade machista e patriarcal.

5. INCOMPREENSÃO DE ESPECIFICIDADES DO APRISIONAMENTO FEMININO: DIREITO À SAÚDE E À MATERNIDADE

Conforme já exposto, as consequências nas representações de gênero pelo Sistema de Justiça advêm da ordem social, esta última atua como uma máquina simbólica que confirma a dominação masculina sobre a qual se alicerça, visto que o princípio masculino é o ponto de partida para todas as coisas: “a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la” (BOURDIEU, 2020, p. 24).

Assim, uma das principais contribuições dos movimentos feministas foi desmistificar as condições de gênero nas relações sociais, tentando atingir mudanças que fizessem com que mulheres e homens fossem identificados, igualmente, como seres humanos detentores de direitos e dignidade (ESPINOZA, 2004).

Desse modo, as primeiras pesquisas sobre o aprisionamento feminino, as quais passaram a abordar a problemática a partir da perspectiva de gênero, foram influenciados pelos ideais feministas, principalmente através da criminologia feminista que promoveu debates acerca dos estereótipos sexistas esboçados por outras correntes criminológicas. As análises realizadas pela criminologia feminista acerca da criminalidade partiram da perspectiva de que era necessário conceder espaço de voz para mulheres e, somente a partir de suas íntimas experiências, é que esse universo poderia ser melhor estudado e compreendido (ESPINOZA, 2004).

Igualmente, as mesmas pesquisas, realizadas no âmbito do aprisionamento feminino, revelam que, em que pese as inúmeras conquistas sociais ocorridas ao longo da história, principalmente no que tange àquelas oriundas da luta feminista e a introdução da perspectiva de gênero nas relações sociais e culturais, o cárcere feminino ainda carece de visibilidade e conquistas de voz e espaço (CERNEKA, 2009).

Inegavelmente, a perversidade do Sistema Penal resta evidenciada a partir da projeção de um poder punitivo que é seletivo, desigual, estrutural e permanente (ANDRADE, 2005), o que pode ser observado a

partir da “clientela” do aprisionamento, visto que as principais estatísticas demonstram que a maioria das mulheres presas são jovens pretas ou pardas, entre 18 e 24 anos, e que possuem ensino fundamental incompleto (BRASIL, 2019).

Ademais, a maioria das mulheres estão presas por envolvimento com o tráfico de drogas, conforme trabalhado na primeira seção (BRASIL, 2019). Logo, constata-se que são indivíduos com o perfil de vulnerabilidade social, e o aprisionamento faz aumentar ainda mais essa condição (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Assim, a partir dessas premissas, o cárcere propicia violações de direitos de forma geral, “em especial dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como de acesso à saúde especializada, em especial a ginecologistas” (BRAGA; ANGOTTI, 2019, p. 14). Esse fundamento é corroborado pelo próprio índice do INFOPEN-MULHERES, tendo em vista que, em todo o país, somente existem 27 ginecologistas distribuídas entre unidades prisionais femininas e mistas, enquanto a estimativa de mulheres privadas de liberdade é exponencialmente maior e alarmante, estimando-se 37.828 de presas encarceradas (BRASIL, 2019).

Isso significa que, se dividíssemos, grosso modo, a totalidade de mulheres presas no país pela totalidade de ginecologistas que trabalham nas unidades prisionais, cada profissional atenderia, em média, mais de 1.401 pacientes presas, o que seria proporcionalmente inviável. Na realidade, o que ocorre é a supressão da garantia à saúde digna e condizente com os direitos humanos e, ainda, o não atendimento das necessidades inerentes ao seu ser.

O relatório temático também denuncia a realidade sofrida por mulheres presas quanto às visitas íntimas, tendo em vista que, em cinco Estados, sendo eles, Tocantins, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal as unidades prisionais femininas carecem de locais adequados para a realização desse tipo de visita, enquanto, nas unidades mistas, treze Estados não possuem espaço adequado para que as presas possam receber seus parceiros ou parceiras (BRASIL, 2019), inviabilizando, portanto, a materialização dos seus direitos sexuais e reprodutivos, dentre outros.

Existe, ainda, a incompreensão quanto à disponibilidade de uniformes e kit higiênico básico pelas unidades prisionais, sendo que, em sua

grande maioria, sequer são consideradas as especificidades de cada mulher ou realizada qualquer tipo de individualização. Vejamos:

Em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e dois pacotes com oito absorventes cada. Ou seja, uma mulher com um período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso (QUEIROZ, 2014, p. 103).

Através da observação, foi possível perceber alguns dolorosos processos de dominação a qual as mulheres presas são submetidas, a exemplo: no Estado de São Paulo as mulheres são obrigadas a usarem um uniforme “masculino” de cor alaranjada, não podendo fazer uso de batom e brincos, que são importantes para o universo feminino (SANTA RITA, 2006, p. 20).

No que tange à presa gestante ou lactante, a situação é ainda mais vulnerável, tendo em vista o déficit de unidades com espaços materno-infantis, creches, a quase inexistência de acompanhamento pré-natal e, ainda, o enraizamento e reprodução da ordem social patriarcal, visto que ser mãe e autora de crimes estão em posições muito opostas a partir dessa perspectiva (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

A ativista Heidi Ann Cerneka, menciona, inclusive, sobre relatos de mulheres que deram à luz aos seus bebês algemadas numa cama, ironizando acerca de sua efetiva necessidade “como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela” (QUEIROZ, 2014, p. 42).

Quanto às lactantes, é verificável em diversas unidades prisionais que possuem espaço materno-infantil, o quanto a condição materna torna-se uma dupla punição, pois, durante a maternidade, em regra, nos primeiros seis meses em que a mãe pode ficar com o seu bebê, ocorre aquilo que entende-se por hipermaternidade, onde a puérpera é obrigada a ficar durante todo esse período, em tempo integral, ou seja, 24 horas por dia, apenas cuidando da sua criança, sendo afastada do convívio físico prisional, ficando

privada de estar engajada em atividades voltadas para a remissão da pena, como o trabalho e o estudo (BRAGA; ANGOTTI, 2015).

Passados o período mínimo legal, de hipermaternidade, na qual a presa já está fisicamente e psicologicamente apegada à criança, possivelmente ocorrerá a hipomaternidade, que é a ruptura imediata desse laço, sem prévio período de adaptação, tendo a presa que entregar o bebê, ou para familiares, ou para abrigos. Posteriormente, na maioria das vezes, ocorre a impossibilidade da reconstrução do vínculo familiar entre a mulher encarcerada e a criança que agora irá viver fora do ambiente prisional (BRAGA; ANGOTTI, 2015).

Menciona-se, ainda, que também existe dificuldade na manutenção do vínculo afetivo entre a mãe presa e seus filhos e filhas que estão extramuros, seja porque existe a possibilidade de transferência da encarcerada para outra localidade diferente daquela do seu domicílio, tendo em vista que existe uma menor quantidade de estabelecimentos femininos quando comparado com a quantidade de estabelecimentos masculinos, seja pelos impactos causados pela revista vexatória realizada nas crianças e adolescentes no momento da visitação. Quanto a este último, muitas mulheres preferem ficar sem ser visitadas por filhos e filhas do que sujeitá-los a essa “humilhação” (BRAGA; ANGOTTI, 2019).

Afora isso, a perda do poder familiar também é uma realidade muito vívida na vida destas mulheres. Por muitas vezes, a mãe presa sequer é ouvida no processo, em virtude da falta de comunicação entre a área cível e criminal. Raramente as Varas Cíveis tomam conhecimento da condição de aprisionamento da mulher, logo, pela falta de oitiva da mãe, caracterizado, a priori, como falta de interesse, o processo de destituição acaba culminando na perda do mesmo pela mãe encarcerada (BRAGA, ANGOTTI, 2019).

Igualmente, os direitos processuais assegurados às presas também não são efetivados durante o processo penal, porquanto há relatos de mulheres que, por falta de escolta e por estarem amamentando acabaram perdendo audiências, atrasando o processo e, conseqüentemente, a sentença (CERNEKA, 2009).

5.1 DESRESPEITO AOS PARÂMETROS LEGAIS VIGENTES

Na seara constitucional e infraconstitucional, a Lei de Execução Penal estabelece que os condenados e os internados fazem *juss* a todos os direitos, os quais são assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil, exceto aqueles atingidos pela sentença ou pela lei, como é o caso do direito de ir e vir (BRASIL, 1984).

No entanto, é notório o quanto não é dado às mulheres encarceradas o tratamento justo e isonômico, uma vez que a legislação ora mencionada não se preocupou em criar maiores desdobramentos acerca das especificidades do aprisionamento feminino, limitando-se à breve previsão acerca da condição de gestante e parturiente, sendo, de forma velada, uma reprodução do determinismo biológico.

Com base no princípio constitucional da individualização da pena, o Código Penal, em seu artigo 37, indica que as mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios, observando direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal (BRASIL, 1940), já a LEP inaugura mencionando, em seu artigo 89, que os estabelecimentos penais destinados a elas serão dotados de berçário, para que possam cuidar de seus filhos, e amamentá-los, no mínimo, até 06 (seis) meses de idade, além de creche para abrigar crianças menores de 7 (sete) anos, com finalidade de assisti-las (BRASIL, 1984). Do ponto de vista da temática fundamental, são previsões importantes, no entanto ainda deixam a desejar, observando da perspectiva prática-funcional e sua real efetivação.

No campo internacional, “As Regras de Bangkôk”, documento das Nações Unidas, é um postulado que traz verdadeiros avanços no que tange à visibilidade feminina na prisão, principalmente sob o manto dos direitos humanos, pois conferem enfoque ao tratamento de mulheres presas assim como menciona medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, enquanto Tratado Internacional de Direitos Humanos, as “Regras de Bangkôk” são um importantíssimo avanço no que tange à possibilidade de compreender e abordar o cenário do aprisionamento feminino levando-se em consideração a perspectiva de gênero,

entretanto “enxergar a mulher sob custódia da justiça como mais do que ‘não homem’ exige mudanças na legislação, na cultura prisional e na sociedade” (CERNEKA, 2009, p. 76).

Dentre as normas elencadas no postulado internacional, cita-se a garantia conferida às mulheres presas de permanecer em prisões próximas ao seu seio familiar⁵, entretanto a realidade, como já mencionado, é que a quantidade de estabelecimentos penais femininos são escassos, culminando, por vezes, na transferência da presa para outra localidade e, conseqüentemente, rompendo o vínculo afetivo entre esta e sua família (BRASIL, 2016).

Outrossim, ao ter acesso às pesquisas documentadas que expressam os relatos vividos por atoras do encarceramento feminino, observa-se que as violações às diretrizes sobre o tratamento de mulheres presas são vastas, sendo, portanto, um problema estrutural que culmina na não materialização dos direitos formais conferidos à mulher presa, reforçando o seu status de vulnerabilidade. Desse modo, as violações ocorrem desde às normas relativas à higiene pessoal⁶ e aos serviços de saúde⁷, uma vez que há relatos de mulheres sem acesso ao básico: atenção à saúde e acesso regular a ginecologistas (QUEIROZ, 2015).

Quanto às revistas íntimas, é elencado expressamente que deverão ser desenvolvidos outros métodos de inspeção para substituir revista cor-

5 Regra 4 - Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados.

6 Regra 5 - A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo toalhas sanitárias gratuitas e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular às mulheres ocupadas com a cozinha e às mulheres grávidas, que estejam em amamentação ou menstruação.

7 Dentre elas, cita-se a regra 10, tópico 1: Serão oferecidos às presas serviços de cuidados com a saúde voltados especificamente para mulheres, ao menos equivalentes com aqueles disponíveis na comunidade. E, ainda, a regra 18: Medidas preventivas de atenção à saúde de particular relevância para mulheres, tais como o teste de Papanicolaou e exames de câncer de mama e ginecológico, deverão ser oferecidas às mulheres presas da mesma maneira que às mulheres de mesma idade não privadas de liberdade.

porais invasivas⁸. Indo além, o tratado ainda estabelece que deve prevalecer o respeito e a dignidade no ato de revistarem crianças no momento de visitaçã⁹ (BRASIL, 2016). No entanto, não foi difícil encontrar relatos de presas que possuem dificuldades em manter o vínculo afetivo com seus filhos e filhas, em razão da humilhação que estes são submetidos toda vez que precisam visitá-las no estabelecimento prisional (BRAGA, ANGOTTI, 2019).

As “Regras de Bangkok” preveem, também, importantes normas quanto ao regime prisional. Dentre elas, a imposição de regime flexível para atender a condição de mulheres grávidas, com filhos/filhas e lactantes, além de instalação adequada para o cuidado de crianças, a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais¹⁰, outra realidade que parece estar há anos luz de distância (BRASIL, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, é possível afirmar que o ambiente prisional, a princípio, fora criado para sujeitos homens, afinal o objetivo que mais se aproxima, historicamente, de uma finalidade ideal do encarceramento era visualizado a partir do cárcere masculino, uma vez que o aprisionamento feminino estava condicionado a sofrer influências do determinismo biológico ou destino divino, ambos oriundos da construção social.

À vista disso, a partir da perspectiva androcêntrica, é que se elimina qualquer possibilidade de compreensão do universo feminino na prisão, já que o seu papel de gênero socialmente imposto não englobava a criminalidade e, em razão disso, sua visibilidade no sistema carcerário é

8 Regra 20 - Deverão ser desenvolvidos outros métodos de inspeção, tais como escâneres, para substituir revistas íntimas e revistas corporais invasivas, de modo a evitar danos psicológicos e eventuais impactos físicos dessas inspeções corporais invasivas.

9 Regra 21 - Funcionários da prisão deverão demonstrar competência, profissionalismo e sensibilidade e deverão preservar o respeito e a dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou em visitaçã de presas.

10 Regra 42, tópicos 2: O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres grávidas, lactantes e mulheres com filhos. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.

posta em segundo plano e subsiste até os dias atuais, corroborando para um grande processo de exclusão social típico de sociedades capitalistas.

Nestes termos, constata-se que, tanto a sociedade quanto o Sistema de Justiça Criminal encontram-se parcialmente estagnados, visto que ainda não se deram conta das peculiaridades e consequências que resultam a prisão para a condição da mulher, ensejando, portanto, o arbítrio estatal.

Comprovadamente, o universo prisional não é um conjunto isolado enquanto consequência do sistema punitivo, porquanto pode-se observar que este é microestrutura situado dentro de uma macroestrutura que naturaliza comportamentos baseados numa ordem capitalista e patriarcal. Dessa forma o que lhe resta é a repetição de valores que já são intrínsecos a sua simples existência, ou seja, a reprodução da violência simbólica e institucional, que não corresponde às expectativas humanas.

Desse modo, assevera-se que a presente pesquisa não tem por objetivo esgotar o conteúdo acerca do debate que aqui se desdobra, mas objetiva visualizar a questão que envolve mulheres e o cárcere como importante e problemática, a qual deve ser colocada em posição de desafio para que seja, assim, superada, transformando as engrenagens da atual conjuntura, negando o patriarcado e desconstruindo a onipotência masculina, garantindo, portanto, à mulher encarcerada tratamento isonômico, levando em consideração às especificações do seu ser, além da efetivação dos seus direitos positivados.

Vale salientar que não significa que se deva conferir tratamento especial à mulher encarcerada, mas sim que seja abandonada a premissa androcêntrica, no sentido de que se enxergue a diversidade, e não o referencial de ser humano masculino, o qual é insuficiente e não contempla nem mesmo os homens, no que tange à efetivação de necessidades a serem supridas e, ainda, a real consequência dos efeitos da pena: prevenir delitos e ressocializar a autora do fato criminoso.

Em que pese a existência de normas, constitucionais e infraconstitucionais, que visam a tutelar os direitos e garantias da mulher encarcerada, viabilizando uma vida digna a estas no espaço prisional, em especial sob a ótica dos direitos humanos, as experiências vividas pela maioria dessas mulheres não são condizentes com os direitos positivados em suas

múltiplas facetas, logo não é possível afirmar que a maioria das unidades carcerárias cumprem o ordenamento jurídico, conseqüentemente, a materialização de direitos é quase nula.

Posto isso, são necessárias mudanças não apenas no tratamento concedido dentro das unidades prisionais, é indispensável, também, a visualização de um recorte de gênero e a implementação de política públicas, além de mais pesquisas sobre o universo feminino e o cárcere, para que, assim, possa ser alcançado o reconhecimento de novos valores que devam guiar as relações políticas, sociais e jurídicas, visando atender à situação da mulher sob custódia da justiça e a materialização de seus direitos, elevando sua condição enquanto pessoa humana, retirando-a das amarras patriarcais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, V. R. P. de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. **Sequência 50 – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis – SC, v. 26, n. 50, p.71-102 jan. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acessado em: 18 mar. 2021.

ANGOTTI, B. **Entre as leis da ciência, do estado e de deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. Comentários de José Daniel Cesano. 2a ed revisada. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/06/bruna-angotti-entre-as-leis-da-cincia-do-estado-e-de-deus.pdf>. Acessado em: 06 mai. 2021

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRAGA, A. G.; ANGOTTI, B. **Dar à luz na sombra: exercício da maternidade na prisão**. São Paulo: editora Unesp Digital, 2019.

BRAGA, A. G.; ANGOTTI, B. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. **SUR 22 (2015)**, v.12 n.22 p. 229 – 239. Disponível em: <https://sur.conectas.org/da-hipermaternidade-hipomaternidade-no-carcere-feminino-brasileiro/>. Acessado em: 21 set. 2020.

BORDIEU, P. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. – 18ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acessado em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/>. Acessado em: 16 mar. 2021

BRASIL. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade** – junho de 2017. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Organização Marcos Vinícius Moura Silva, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-infopen-mulheres-de-junho-de-2017>. Acessado em: 06 jun. 2020

CERNEKA, H. A. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6 n. 11 p. 61-78 Jan – Jun. 2009. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/6>. Acessado em: 08 set. 2020.

ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: Ibccrim, 2004.

NETTO; H. H. C.; BORGES, P. C. C. A mulher e o direito Penal Brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v.17, n.25, 2013, p. 317-336, 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/927>. Acessado em: 25 de set. 2020.

QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**. 1 ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SAFIOTTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTA RITA, R. P. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. p. 180. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SOARES, B. M.; ILGENFRIT, I. **Prisioneiras**: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SWAIN, T. N. **Histórias Feministas, História do Possível**, 2014. Disponível em: <http://www.tanianavarroswain.com.br/chapitres/bresil/historia%20poss%EDvel.htm>. Acessado em: 05 abr. de 2019.

REPRESENTATIVIDADE FEMININA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS CANDIDATURAS DE MULHERES NO CENÁRIO LEGISLATIVO MUNICIPAL DO SERTÃO CENTRAL CEARENSE NOS PLEITOS DE 2016 E 2020

FEMALE REPRESENTATIVITY: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CANDIDACIES OF WOMEN IN THE MUNICIPAL LEGISLATIVE SCENARIO OF THE SERTÃO CENTRAL CEARENSE IN THE 2016 AND 2020 ELECTIONS

Vitória Najara Rodrigues de Oliveira¹
Tamara Letícia Freitas Silva²
Kyev Moura Maia³

Data de Submissão: 14/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Este artigo busca comparar o índice de candidatas ao cargo de vereança das Câmaras Legislativas municipais dos 13 municípios da região do Sertão Central do Ceará nos pleitos de 2016 e 2020. Por meio dos métodos bibliográfico, comparativo e estatístico, exploraram-se teorias e estudos outrora elaborados sobre a participação de mulheres na política, as candidaturas fictícias e as leis afirmativas; assim como foram examinados e comparados dados relativos ao número de candidatos (as) nas plataformas virtuais dos tribunais eleitorais; para, por fim, realizarem-se as estimativas quali-quantitativas. A partir

1 Graduada no curso de Direito na Universidade Federal de Campina Grande – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4429-5616>. E-mail: vitorianajararodrigues@gmail.com;

2 Graduada no curso de Direito na Universidade Federal de Campina Grande – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7893-3239>. E-mail: tamaralrego@outlook.com;

3 Mestre em Ciência Política e professor da Universidade Federal de Campina Grande – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8780-5597>. E-mail: kyev.maia@gmail.com.

disso, pôde-se perceber que, na maioria dos municípios, há o cumprimento do percentual mínimo (30%) exigido em lei das candidaturas femininas. No entanto, cabe ressaltar que muitas das candidatas, mediante análise não esgotada, têm perfil de serem fictas. Além disso, a quantia de candidaturas, após a determinação de que cada partido cumpra a cota sozinho, aumentou depois da proibição da existência de coligação, mas o mesmo não aconteceu com o número de eleitas. Portanto, é notável não apenas a má-fé dos partidos frente às leis afirmativas, mas também o descompromisso democrático social em se permitir que nomes sejam utilizados para reafirmar um “não-lugar” feminino – a política.

Palavras-chave: mulher; direitos políticos; cotas de gênero; candidaturas fictícias.

Abstract: This article seeks to compare the index of candidates for the position of vereadora of the Municipal Legislative Chambers of the 13 municipalities in the region of the Central Hinterland of Ceará in the elections of 2016 and 2020. Through the bibliographic, comparative and statistical methods, theories and studies were explored elaborated on the participation of women in politics, fictitious candidacies and affirmative laws; as well as data related to the number of candidates on the virtual platforms of the electoral courts were examined and compared; finally, to carry out quali-quantitative estimates. From this, it was possible to perceive that, in most municipalities, compliance with the minimum percentage (30%) required by law for female candidates. However, it is noteworthy that many of the candidates, through analysis not exhausted, have a profile of being fictitious. In addition, the amount of candidacies, after determining that each party meets the quota alone, increased after the ban on the existence of a coalition, but the same did not happen with the number of elected representatives. Therefore, not only is the parties' bad faith in the face of affirmative laws, but also the social democratic disengagement in allowing names to be used to reaffirm a feminine “non-place” - politics.

Keywords: woman; political rights; gender quotas; fictitious candidature.

INTRODUÇÃO

As lutas feministas ao longo dos anos deram espaço para que, aos poucos, mais mulheres pudessem exercer a sua representatividade e poder. No âmbito político, o voto feminino e o direito à candidatura somente foram possíveis em fevereiro de 1932 (ORÍÁ, 2009). O costume de atribuir-lhes funções em cenários particulares desvaloriza o potencial feminino e prejudica a inserção de mulheres na política, quer em circunstâncias partidárias, quer em cargos eletivos (DIAS; SAMPAIO, 2011).

Atualmente, as mulheres, em sua maioria, estão deveras conscientes de seus direitos. Ademais, para a materialização de uma democracia, é fundamental o fortalecimento da representatividade feminina, visto que oportuniza a esse grupo um “lugar” nas discussões em torno, não apenas de garantias universais, mas também de direitos que são seus, ou seja, os direitos femininos, em um contexto em que há violência, preconceito e exclusão em relação às mulheres (LAENA, 2020). À vista disso, embora legalmente as mulheres tenham plenos direitos de exercer sua força política e pleitear cargos públicos, no que tange à representação feminina na política, a participação e o debate acerca do assunto são muito abaixo do desejado.

Dessa maneira, essa pesquisa objetiva comparar o número de candidaturas femininas nos pleitos de 2016 e 2020 e o número de candidatas eleitas aos cargos de vereador nos municípios do Sertão Central Cearense, dando importância não só à Lei nº 12.034/2009, que alterou o parágrafo 3º do artigo 10 da Lei das Eleições, dispondo que, nas eleições proporcionais, a lista de candidatos concorrentes, por coligação ou partido, deveria ter no mínimo 30% e no máximo 70% de cada sexo, mas também à Emenda Constitucional nº 97/2017 – cuja vigência se iniciou no ano de 2020 –, a qual veda a criação de coligações para as eleições dos cargos de deputado – estadual ou federal – e vereador. Assim como busca analisar a efetivação da cota feminina nos cargos eletivos proporcionais; investigar um possível aumento de candidaturas femininas após a efetivação da EC 97/2017; e estimar o possível número de candidaturas fictícias de mulheres em coligações e partidos (BRASIL, 2009) (BRASIL, 2017).

A temática abordada é juridicamente relevante, porque, apesar de a maioria do eleitorado ser feminino, consoante o TSE, o número de mu-

lheres representando o povo é demasiadamente desproporcional ao índice de homens eleitos para os cargos políticos das câmaras municipais dos 13 (treze) municípios da região supramencionada. A complexidade do tema quanto à representatividade feminina se dá devido ao significativo índice de candidaturas “laranjas” com o propósito das coligações e dos partidos de cumprirem a cota. Consequentemente, além de infringirem o objetivo da norma, dificultam ainda mais o ingresso efetivo de mulheres num cenário historicamente masculino (JUVÊNCIO; 2012).

O domínio da coleta de dados foi selecionado em virtude da ausência de pesquisa na região e do pequeno índice de representação feminina nas casas legislativas dessa área. A partir do método dedutivo, o estudo compreende, a princípio, a representatividade feminina e, em seguida, estreita-se na pesquisa sobre tal temática na região estudada, abordando sobre o quantitativo de candidaturas, o número de eleitas e a provável quantia de candidatas fictícias. Para se mensurar um possível número desse último ponto, destaca-se que a análise considerou o número máximo de 10 (dez) votos por candidata.

Em relação à modalidade de pesquisa, evidencia-se a quali-quantitativa, devido à aferição de dados e da sua interpretação a fim de basear o estudo. As informações englobam as bases de dados da TRE-CE, no que se refere às eleições de 2016, e do TSE, no que tange às eleições de 2020. A pesquisa é básica, pois, fundamentando-se em estudos, teorias e leis, investiga os conhecimentos teórico-científicos no que concerne à representatividade feminina relativa às candidatas no Sertão Central Cearense. Ademais, usam-se os métodos comparativo – na análise dos dados dos pleitos de 2016 e 2020 de acordo com o gênero; estatístico – na sintetização das informações colhidas nos sites do TRE-CE e do TSE; e bibliográfico – na fundamentação segundo estudos já publicados, legislações e emendas constituições.

REPRESENTATIVIDADE FEMININA – ARTE DE REALÇAR O SER MULHER

Ao se discorrer sobre o termo “representatividade”, diversos grupos e bandeiras são lembrados: a luta no combate ao racismo, as necessi-

dades indígenas, as lutas pelos direitos LGBTQIA+, o combate à LGB-Tfobia, os discursos feministas, a busca pela igualdade de gênero. Todos esses grupos são considerados minorias em representação, ou seja, apesar de se apresentarem em grande quantidade na sociedade como um todo, os fatores sociais e a construção histórica os tornaram menos representados em bastantes espaços: televisão, jornalismo, posições de grande prestígio social, política (ANDRADE, 2020).

Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), falar sobre representatividade indica um sentido político e ideológico, tendo em vista que a representatividade é a expressão dos interesses de um determinado grupo, sendo essa coletividade uma classe, uma nação ou um partido. Dessa forma, o grupo expressa suas vontades mediante a figura de um representante o qual se pronuncia em nome do coletivo e se compromete com os interesses dos representados de maneira a efetivar esse sentido político e ideológico. Em razão disso, a representatividade está intimamente ligada à democracia.

A conceituação de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) se assemelha demasiadamente com a representatividade em sua conceituação nominal, que significa “a qualidade de alguém, de um partido, de um grupo ou de um sindicato, cujo embasamento na população faz que ele possa exprimir-se verdadeiramente em seu nome” (REPRESENTATIVIDADE, 2020). Por intermédio disso, sabe-se que existem diversas razões pelas quais se pode justificar a importância da representatividade nas relações sociais, seja pelo reconhecimento e manutenção da igualdade, seja pelo respeito dos direitos individuais e das identidades grupais, pois é por meio dessas que se possibilitam caminhos distintos e democráticos, em que a diversidade é normalizada (ANDRADE, 2020).

No que tange à representatividade feminina na política, no decorrer da história, a mulher foi delimitada às atividades domésticas e/ou às incumbências de proporcionar prazer aos homens. Dessa maneira, formaram-se padrões básicos que limitavam as mulheres a serem “incapazes”, “submissas”, “irracionais”, “emotivas”; ficava, então, para os “homens de bem” – que eram contrários à emancipação feminina – o poder de decidir acerca do destino da nação (FERREIRA, 2020). Conforme Dias e Sampaio (2011), a pressão social exercida sobre o “sexo frágil” fez

com que, durante anos, as mulheres não participassem da vida política do Estado embora as leis não as proibissem, isto é, a exclusão se originava do senso comum.

À vista disso, é possível entender a representatividade de forma prática, quando, por exemplo, uma mulher alcança cargos altos no governo de um determinado país, porquanto a efetivação da figura feminina em um cargo de sublime influência política cria uma subjetividade em relação à identidade feminina de que outras mulheres também podem alcançar determinados cargos (ANDRADE, 2020). Como forma de corroborar a afirmativa, apresenta-se um trecho do discurso de posse, em 2011, da primeira mulher eleita à presidência da República Federativa do Brasil, Dilma Rousseff: “Gostaria muito que os pais e as mães de meninas olhassem hoje nos olhos delas e lhes dissessem: SIM, a mulher pode!” (SABINO; LIMA, 2015, p. 713-714).

A subjetividade criada em relação a essa identidade feminina inspira outras mulheres e revoluciona o pensamento feminino. Com isso, mulheres deixam de se voltar somente aos espaços privados e passam a ocupar um espaço público, que até então era composto apenas por homens (LAENA, 2020). Por conseguinte, participam ativamente dos negócios, da ciência e, especialmente, da política, em busca de tornar a sociedade mais igualitária na garantia de direitos. Desse modo, é notável a indispensabilidade, no âmbito político, da representação feminina, principalmente para discutir acerca de temas que interferem diretamente na vida cotidiana de mulheres; dentre eles, citam-se violência doméstica e desigualdade de gênero.

Além disso, a presença feminina nos cargos públicos não apenas traz efetivamente melhores debates em relação às questões fundamentais – saúde, educação, segurança pública (FLORENTINO, 2018), mas também os deixa mais justos, assim como discursou, em 1934, a primeira mulher brasileira eleita deputada federal, Carlota Pereira de Queirós: “Além de representante feminina, única nesta Assembléa, sou, como todos os que aqui se encontram, uma brasileira, integrada nos destinos do seu paiz e identificada para sempre com os seus problemas” (ORÍÁ, 2009, p. 35).

PARTIDOS POLÍTICOS: UM LUGAR VIRIL

Procriar, educar os filhos e encarregar-se de tarefas domésticas foram os valores tradicionais reservados particularmente para as mulheres, e suas conquistas representaram, por anos, uma intimidação. Muito além de uma simples concorrência indesejada, a participação feminina apresentou ameaças ao grupo masculino por serem temidos a desestruturação familiar, a desmoralização dos costumes e o desinteresse por suas tarefas em ambiente doméstico. Com isso, pode-se afirmar que a diferença entre homens e mulheres no âmbito político é fundamentalmente visto como um problema de herança cultural e modo de vida, tornando assim, desde o princípio, essa esfera propícia para uma maior participação masculina (ARAÚJO, 2003).

Devido a uma conjuntura histórica, os homens são vistos como verdadeiros líderes. Nos escritos relacionados ao período pré-histórico a respeito dos primeiros agrupamentos sociais, fica notória a divisão entre as funções masculinas e femininas. O grupo masculino denominado “homínídeo” era composto por caçadores, pescadores e coletores, enquanto as mulheres daquela época tinham como único dever cuidar de seus filhos. Essa construção histórico-social, que se iniciou em face dos povos pré-históricos, reflete na nossa realidade até os dias atuais. Pode-se, então, considerar que a desigualdade de gênero em todos os seus aspectos é um fenômeno cultural, resultado de ações costumeiras levadas de geração a geração. Com base nisso, e ainda em uma análise histórica, as sociedades foram formadas e desenvolvidas com base em um modelo expressamente patriarcal (BARRETO, 2016).

A palavra “patriarcal” tem origem na palavra grega “pater” e remete ao predomínio de homens em uma determinada organização social. Dessa forma, cabe dizer que a diferença entre as atividades exercidas em sociedade por homens e mulheres sempre existiu, e que, somada a diversos elementos, fizeram com que, por séculos, as mulheres continuassem em uma rotina detida a uma vida doméstica, servindo ao marido com obediência e respeito, e com a finalidade de procriação (BARRETO, 2016). Isso se deve ao fato de que, mesmo no decorrer dos séculos, com evoluções gradativas dos direitos femininos, os primeiros trabalhos ocupados por

mulheres, os cargos ocupados, o salário e o prestígio social sempre foram demasiadamente inferiores se comparados aos de um homem.

No cenário político, o sexo masculino sempre se estabeleceu com uma desproporcional disparidade em relação ao sexo feminino. Um dos motivos para a pouca ocupação por cargos femininos que se mantem comum até os dias de hoje é a dificuldade de optar pela política como carreira, pelos inúmeros obstáculos que se encontram no âmbito familiar, seja pela resistência do cônjuge ou por questões domésticas (GROSSI; MIGUEL, 2001). Pode-se destacar também, como razão da pequena participação feminina no cenário partidário, que as agremiações escolhem como candidatos aqueles que potencializam as chances de vitória. Estando num sistema proporcional, a viabilidade dessa “não seleção” ser considerada discriminação é bastante alta, já que, nesse caso, espera-se do partido a apresentação de candidatos representantes de diversos grupos sociais (ARAÚJO, 2005).

Araújo (2005) aborda ainda que, para os partidos políticos, um dos critérios de escolha está relacionado ao (à) candidato (a) ser ou não “bom de voto” (“boa de voto”). A partir disso, enfatiza-se a influência de famílias políticas as quais controlam essas agremiações impulsionando parlamentares hereditários (LAENA, 2020 *apud* OLIVEIRA, 2002). Desse modo, as candidaturas se tornam mais simples e a eletividade mais provável, em virtude de já serem figuras conhecidas pela sociedade. Consequentemente, reproduz-se um ciclo de uma mesma ideologia que não colabora com a inserção de novos representantes no poder legislativo, seja porque não é dada a oportunidade de serem conhecidos, seja pela inflexibilidade dos partidos em adaptarem a agenda dos eventos partidários (LAENA, 2020). Mães solteiras que trabalham fora de casa e à noite cuidam dos filhos não teriam ocasião favorável para participarem de reuniões noturnas, por exemplo.

Dessa maneira, enquanto homens dedicam a vida para exercer cargos de extrema importância política, mulheres são reconhecidas pela sua sensibilidade e preocupação, e muitas vezes relacionadas somente a essas percepções. Com essa visão patriarcal conservada durante anos, consolidou-se, na visão da sociedade, que a carreira política é um instrumento do qual deve ser gerenciado por homens (GROSSI; MIGUEL, 2001).

Assim, os homens fixaram-se como protagonistas no meio partidário ao passo que as mulheres são vistas como coadjuvantes.

LEIS AFIRMATIVAS DE GÊNERO ELEITORAIS

A Lei Maior Brasileira (1988) promove, no caput do artigo 5º, a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza e, notadamente, no inciso I, a equidade entre homens e mulheres. No contexto eleitoral, com o objetivo de igualar a participação política de ambos os gêneros, diante da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw) de 1979 – promulgada pelo decreto nº 4.377 (2002) – fez-se necessária a implantação de leis afirmativas que reservassem uma porcentagem das vagas das candidaturas às mulheres (SABINO; LIMA, 2015).

A Lei nº 9.100 de 1995 foi a pioneira nessa questão, determinando regras para as eleições municipais de outubro de 1996. Em seu artigo 11, parágrafo 3º, estabeleceu que pelo menos 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidatas mulheres (DIAS; SAMPAIO, 2011). Em seguida, o texto legal foi alterado visando seu aperfeiçoando, estendendo a reserva de vagas as outras instâncias políticas – Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas. Dessa forma, em 1997, a Lei nº 9.504 dispôs que “[...] cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo” (BRASIL, 1997).

Somente em 2009, por meio da Lei nº 12.034, o princípio da obrigatoriedade foi consagrado, quando, num texto mais objetivo, a redação da lei expressou que “[...] cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo” (BRASIL, 2009). Ademais, além de ter substituído o termo “deverá reservar” por “preencherá”, a lei 12.034/2009 estipulou medidas punitivas para quem violasse a norma, o que não existia ainda na legislação brasileira. (SABINO; LIMA, 2015).

Entretanto, o VII Relatório Nacional Brasileiro da Cedaw (BRASIL, 2011), relacionado ao período 2006-2009, faz críticas ao sistema de cotas de gênero brasileiro, pois, por si só, ele não assegura uma representatividade

de equitativa no poder entre os gêneros. Tal sistema configura tão-somente a exigência do percentual mínimo de candidatas, isto é, há apenas uma igualdade formal, a qual é inepta de atenuar as desigualdades de gênero. Como consequência da busca pelo cumprimento da lei, surgem as fraudes de partidos e/ou coligações, o que, de fato, torna mais árdua a efetiva representação feminina. Nas palavras de Laena (2020), essa “democracia capenga” impede a real atuação popular em domínios decisórios.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/2017

Sistema proporcional é o método utilizado nas eleições para os cargos de deputado federal, deputado estadual e vereador (ROSA, s.d). Antes da Emenda Constitucional (EC) nº 97 de 2017, devia-se analisar, primeiramente, quais as coligações ou partidos atingiram o quociente eleitoral, e só então seria averiguado quem alcançou o maior quantitativo de votos. Nesse sistema, procura-se a proporcionalidade entre as linhas ideológicas presentes na sociedade. Dessa forma, é mais relevante o voto no partido ou coligação do que no próprio candidato (TRE/SC, 2010). Com a promulgação da EC nº 97/2017, a partir do ano de 2020, é prescindível a formação de coligações. Logo, cada partido, sozinho, terá de conquistar o quociente eleitoral (CAVALCANTE, 2017).

Destarte, a nova ordem constitucional pôs fim às coligações partidárias, deixando a competição eleitoral mais proba e minimizando a ação dos “partidos de aluguel” – partidos menores que se juntam aos grandes a fim de ambos ganharem maior número de cadeiras nas casas legislativas após a contagem do quociente eleitoral (ABREU, 2018). De acordo com Zílio (2016), coligação é a união de partidos políticos, de natureza temporária, com o objetivo de ação cooperativa em uma eleição. A problemática quanto às coligações nas eleições proporcionais diz respeito aos partidos pequenos se privilegiarem ao se unirem com partidos maiores (FERREIRA, 2018).

Dessa maneira, em razão da decadência das coligações, com o propósito de cumprir com o dispositivo da Lei de Cotas de Gênero o qual expressa os percentuais de candidatura para cada sexo, será exigido que cada partido, individualmente, apresente no mínimo 30% de filiadas con-

correndo ao pleito com início no ano de 2020 (BRASIL, 2017). Portanto, é indispensável que, nas eleições municipais de 2020, pelo menos 30% dos candidatos para vereador de cada partido sejam mulheres.

CANDIDATURAS FICTÍCIAS: UMA BURLA À COTA DE GÊNERO

Normalmente, as inscrições dos partidos para concorrer aos cargos eletivos são de homens. No entanto, é imprescindível o cumprimento da cota prevista no parágrafo 3º, artigo 10 da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições – de ter no mínimo 30% de cada gênero (BRASIL, 2009). Neste caso, o percentual se refere às mulheres. Destarte, não é opcional o cumprimento do mencionado dispositivo, é uma obrigação dos partidos (LOURA JÚNIOR, 2019). Apresenta-se, então, a figura da candidatura fictícia, uma vez que partidos e coligações incluem, em sua lista de candidatos, mulheres cuja intenção não é concorrer verdadeiramente a um cargo eletivo, a fim de atingirem a porcentagem de cotas.

Para Loura Júnior (2019), candidatura “laranja” é aquela aparente, que o (a) candidato (a) não tem o intuito de concorrer de verdade, tais fatos podem ter propósitos irregulares ou ilegítimos: cadastrar pessoas sem seu prévio consentimento com intuítos fraudulentos, desviar dinheiro dos fundos eleitorais; ceder seu nome para a lista de candidatos e ajudar na candidatura de outros com o objetivo de fraudar a legislação eleitoral afirmativa.

A legislação vigente nada expressa acerca da conceituação de candidatos fictícios. Para a caracterização da fraude, é fundamental analisar o repasse tardio ou inexistente, porque serve de indicativo de que o dinheiro não será usado na campanha em razão do tempo inábil; a ausência de campanha, visto que essa omissão demonstra a falta de intenção em concorrer ao pleito; os apontamentos carentes, que são configurados quando candidatas desistem após serem registradas, indicando que o registro requerido era apenas para validar a candidatura dos outros candidatos; a prestação de contas, já que, a partir do exame detalhado, é viável investigar se o dinheiro foi de fato usado para fins eleitorais; excesso de dinheiro, pois muitos candidatos embolsam dinheiro público recebendo

uma votação insignificante; e carência de votos – até mesmo do próprio – ou quantidade de votos inexpressiva (CALHEIROS; BRASIL; IGNÁCIO, 2020).

Os últimos são, de fato, os elementos mais claros na determinação de uma candidatura fictícia. Todavia, não é possível determinar com certeza que uma candidata é “laranja” considerando apenas a quantidade de votos, já que existem prováveis cenários que configurem uma votação ínfima, por exemplo, a desistência da candidatura, no decorrer do período eleitoral, sem, contanto, a candidata ter efetuada sua desistência junto à Justiça Eleitoral (LAENA, 2020).

Por isso, o presente ensaio faz uma estimativa não esgotada no que tange às presumíveis candidatas fictícias. Assim, torna-se perceptível a maneira encontrada por partidos e coligações de sobrepor o que a Lei de Cotas de Gênero sobretudo preconiza: incentivar a participação política feminina e promover a isonomia política entre os gêneros (BONA; MAY, 2019).

A REGIÃO SERTÃO CENTRAL DO CEARÁ

Conforme o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE, 2017), a região do Sertão Central Cearense é composta por 13 (treze) municípios: Banabuiú, Choró, Deputado Irapuan Pinheiro, Ibaretama, Ibicuitinga, Milhã, Mombaça, Pedra Branca, Piquet Carneiro, Quixadá, Quixeramobim, Senador Pompeu e Solonópole. Neles, a maioria da população (50,66%) é constituída por mulheres, como mostram os dados do Censo Demográfico de 2010 divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Vale destacar que a coleta de dados do Censo Demográfico costuma ser realizada de 10 em 10 anos, todavia, em razão das orientações do Ministério da Saúde sobre a pandemia do COVID-19 no ano de 2020, o Instituto adiou a aferição para 2021 (IBGE, 2020). Eis os dados:

Tabela 1 – Censo Demográfico dos 13 municípios do Sertão Central do Ceará

CIDADE/SEXO	HOMEM	MULHER
Banabuiú	8.737	8.578
Choró	6.586	6.267
Deputado Irapuan Pinheiro	4.562	4.533
Ibaretama	6.667	6.255
Ibicuitinga	5.865	5.470
Milhã	6.528	6.558
Mombaça	21.249	21.441
Pedra Branca	20.697	21.193
Piquet Carneiro	7.790	7.677
Quixadá	39.769	40.835
Quixeramobim	35.729	36.158
Senador Pompeu	13.019	13.450
Solonópole	8.838	8.827
TOTAL	186.026	187.242

Fonte: elaboração própria baseada nos dados do IBGE.

Quanto às vagas nas Câmaras Municipais de Vereadores, o inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do limite máximo consoante a quantidade de habitantes (BRASIL, 1988). Na região estudada, conforme o Tribunal Superior Eleitoral, assim se configura a composição das casas legislativas em cada pleito:

Tabela 2 – Cadeiras nas Câmaras de Vereadores dos 13 municípios do Sertão Central

CIDADE/ANO	2016	2020
Banabuiú	11	11
Choró	9	9
Deputado Irapuan Pinheiro	9	9
Ibaretama	9	9
Ibicuitinga	9	9
Milhã	9	9
Mombaça	13	13
Pedra Branca	13	13
Piquet Carneiro	11	11
Quixadá	17	17
Quixeramobim	15	17
Senador Pompeu	11	11
Solonópole	11	11
TOTAL	147	149

Fonte: elaboração própria baseada nos dados do TRE-CE.

Embasados nos dados supracitados, nota-se o aumento da quantidade de cadeiras nas Casas Legislativas Municipais, em virtude do município de Quixeramobim, no intervalo entre os pleitos, ter somado mais 2 (duas) posições de vereador.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O universo da coleta de dados foi escolhido tanto devido à falta de pesquisa na região, como em razão do baixo índice de representação feminina nas casas legislativas dessas localidades., e abrange os 13 (treze) municípios da Região do Sertão Central Cearense: Banabuiú, Choró,

Deputado Irapuan Pinheiro, Ibaretama, Ibicuitinga, Milhã, Mombaça, Pedra Branca, Piquet Carneiro, Quixadá, Quixeramobim, Senador Pompeu e Solonópole (IPECE; 2017). Conforme o Tribunal Superior Eleitoral (2020) – dados de agosto de 2020 – o quantitativo do eleitorado está assim mensurado seguido do percentual de eleitoras: Banabuiú – 14126 eleitores (50,48%); Choró – 11052 eleitores (49,28%); Deputado Irapuan Pinheiro – 7351 eleitores (50,44%); Ibaretama – 11510 eleitores (50,18%); Ibicuitinga – 11950 eleitores (49,1%); Milhã – 11400 eleitores (51,08%); Mombaça – 30664 eleitores (52,05%); Pedra Branca – 32321 eleitores (52,5%); Piquet Carneiro – 11519 eleitores (51,37%); Quixadá – 55981 eleitores (53,45%); Quixeramobim – 58944 eleitores (51,04%); Senador Pompeu – 21094 eleitores (51,69); Solonópole – 14659 eleitores (50,94%)

Destarte, o presente estudo tem como método de abordagem o método dedutivo, pois parte de uma ideia mais geral para uma mais particular. Dessa forma, a pesquisa abordará, em primeiro plano, a conceitualização de representatividade – mais especificamente a representatividade feminina –, o exame das leis afirmativas, a análise da Emenda Constitucional nº 97 de 2017, um breve estudo sobre as candidaturas fictícias, a fim de, em segunda análise, especificar tais pontos no âmbito espacial da região do Sertão Central do Ceará.

Os dados concernentes à população são fundamentados no Censo Demográfico de 2010 divulgados no site eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. As informações eleitorais foram extraídas a partir de dados encontrados nas plataformas virtuais do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE-CE) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dos quais foram coletados, mediante a averiguação da contagem e média simples, os quantitativos e os percentuais de candidaturas de acordo com o gênero, bem como a estimativa de candidaturas fictícias de mulheres. A proposta analítica aqui exposta referente às candidaturas “laranjas” femininas levou em consideração o número máximo de 10 (dez) votos por candidata para considerá-la “laranja”, pois, na legislação atual, não há um conceito propriamente dito. Existem tão-somente acepções com o propósito de reputar a uma possível representante a alcunha de “laranja”.

Quanto à modalidade de pesquisa, destaca-se a quali-quantitativa, em virtude da mensuração dos dados e da sua interpretação com o intuito de fundamentar a pesquisa. Para Mezzaroba e Monteiro (2009), essa modalidade de pesquisa tanto normaliza os dados da melhor forma possível, como torna viável a compreensão mais global do fenômeno, relacionando com os fatores variados e dentro de outros contextos. O domínio da coleta de informações abrange os relatórios processados pelo TRE-CE em relação aos resultados da totalização das eleições 2016 em cada município, assim como as informações lançadas sobre os candidatos e os resultados das eleições 2020 divulgados pelo TSE.

Quanto à natureza, o presente estudo se caracteriza como uma pesquisa básica, porque procura aprofundar os conhecimentos teórico-científicos sobre a representatividade feminina relacionados às candidaturas de mulheres no Sertão Central do Ceará, apoiando-se nos estudos e nas teorias antes realizados a respeito da participação de mulheres na política, das candidaturas fictícias e das leis afirmativas.

Quanto aos objetivos, a pesquisa classifica-se como descritiva, pois, não só oferece um registro da comparação de dados, como também busca interpretar, através da média estatística simples, os atos de partidos e coligações no tocante à má-fé quando na aplicação da norma afirmativa eleitoral.

Como método de procedimento, utilizam-se os métodos comparativo, estatístico e bibliográfico. O método comparativo é utilizado no exame das informações acerca das candidaturas nos pleitos de 2016 e 2020 nos municípios do Sertão Central Cearense, aferindo-se o quantitativo consoante o gênero. O método estatístico é aplicado para a análise dos dados coletados, como forma de sintetizar a investigação feita alicerçada nos documentos e informações divulgados nos sites do TRE-CE e do TSE. Por fim, o método bibliográfico é empregado em razão do embasamento derivar de materiais já publicados – artigos científicos, livros, revistas –, emendas constitucionais e leis infraconstitucionais. Segundo Gil (1994), a vantagem desse método é que se permite ao investigador compreender uma variedade de fenômenos mais ampla do que aquela que poderia pesquisa diretamente.

RESULTADOS

Anterior à EC 97/2017, o percentual das cotas era exigido por coligação e a eleição municipal anterior à sua vigência foi a de 2016. Analisando os dados do TRE-CE (2016) acerca das candidaturas e dos resultados totalitários nos municípios da região do Sertão Central do Ceará nas eleições deste referido ano, nota-se que o percentual de candidaturas femininas pouco ultrapassa o mínimo e, em alguns casos, nem é cumprido, como nos casos das coligações: “PP/PDT/PSC/PMB/PSB/PEN/PSD” em Mombaça; “PRB/PMN” e “PSC/PTN/PR/PSB/SD” em Quixadá; e “PT/PC do B” e “PHS” em Solonópole. Eis os dados:

Tabela 3 - Candidaturas – Eleições 2016

Coligação	Número de mulheres	Número total	Percentual de candidatas	Candidatas fictícias
Banabuiú				
PRB/PP/REDE/PC do B/SD	7	22	31,82%	5
PDT/PT	4	13	30,77%	2
PRTB/PSC/PMN/PMDB/PTB	6	17	35,29%	1
PV/PTN/PPS/PEN/PSD	6	17	35,29%	2
PROS/DEM/PHS	6	20	30%	1
Choró				
PDT/PR/PSD/PMB	6	17	35,29%	4
PT/PEN	6	17	35,29%	0
PSC/PMN/PSB/PPL	5	14	35,71%	2
PC do B/SD	5	14	35,71%	2
				Número de eleitas: 0

Deputado Irapuan Pinheiro				
PT/PEN/PMDB/PTC	4	13	30,77%	2
PSDB/PR/PDT/PSD/PV/ PMB/PTN	6	18	33,33%	2
Número de eleitas: 0				

Ibaretama				
PMDB/PRB/PSDB/PR/PEN/PSC	6	18	33,33%	2
PSD/PDT/PV/PTB/PT/PRS/ PT do B/PTN/PMB/SD/PSB	6	18	33,33%	5
PC do B/PRTB	4	13	30,77	3
Número de eleitas: 1				

Ibicuitinga				
PP/PMDB/PHS/PT/PSDB	6	18	33,33%	5
PDT/PSB/PSD	6	18	33,33%	5
PR/PV/PC do B	4	12	33,33%	3
Número de eleitas: 1				

Milhã				
PRB/PP/PMDB/PTN/PC do B/ PT/PSB	6	18	33,33%	3
PSD/PSDB/PPS/PEN/PDT/ PR/PRTB/PMN	9	17	52,94%	3
Número de eleitas: 3				

Mombaça				
PP/PDT/PSC/PMB/PSB/PEN/PSD	5	18	27,78%	3
PDT	1	3	33,33%	0
PMDB/PSDB/PRB/PR/SD/ <u>DEM/PRS/PMN</u>	6	20	30%	3
Número de eleitas: 2				

Piquet Carneiro				
PDT/PP/PT/PTB/PMDB/PPS/ PMB/PSB/PSDB/PSD/PROS	7	22	31,82%	4
PR/PV	2	5	40%	1
Número de eleitas: 2				

Pedra Branca				
PT/PRP/PSL/PSC/PPS/DEM/ PSB/PSDB/PC do B	5	14	35,71%	2
PMDB/PDT/PP/PR/PROS/ PMB/PSD/PTB	3	10	30%	2
Número de eleitas: 2				

Quixadá				
PRB/PMN	3	11	27,27%	2
PT/PEN/PPL/PSD/PTB/PTC	13	33	39,39%	7
PMDB/PV	3	10	30%	1
PSL/PRTB	11	34	32,35%	8
PSC/PTN/PR/PSB/SD	9	31	29,03%	2
PPS/DEM/PSDB	8	26	30,77%	2
Número de eleitas: 2				

Quixeramobim				
PDT/PSD/PROS/PSL	8	25	32%	3
PT/REDE/PTN/PEN	7	21	33,33%	4
PMDB/PSB/DEM	6	18	33,33%	1
PMN/PTC/PRB/PSDC/PPS	9	28	32,14%	5
SD/PR/PP/PT do B/PSDB/ PV/PC do B	9	30	30%	5
Número de eleitas: 3				

Senador Pompeu				
PDT/PPS/PSDB/PEN/PRP/ PSB/PR	6	18	33,33%	1
PT/PRB/PTN/PHS/PROS	6	16	37,5%	1
PTB/PMB/PSL/PSD	3	8	37,5%	1
REDE/PT do B/ PC do B	3	10	30%	2
PSOL	3	6	50%	0
Número de eleitas: 3				

Solonópole				
PRB/PDT/PMDB/PR/PMB/ PSB/PROS/PTC/PSDB	7	22	31,82%	5
PP/PTB/DEM/PSD	8	22	36,36%	7
PT/PC do B	2	7	28,57%	1
PHS	2	7	28,57%	1
PSL	0	1	0	0
Número de eleitas: 0				

Fonte: elaboração própria baseada nos dados do TRE-CE.

Outrossim, constata-se, inclusive, o baixo índice de vitória de candidatas: de 265 candidaturas femininas apresentadas concorrendo a 147 cadeiras nas Câmaras de Vereadores dos municípios dessa região, apenas 21 foram eleitas em 2016 – totalizando um percentual de 14,28% dos cargos de vereadores desses municípios. Ou seja, a porcentagem configura uma exígua representatividade feminina no legislativo municipal.

Além disso, é relevante mencionar o índice demasiado de possíveis candidatas fictícias, levando em consideração a quantidade ínfima de votos (≤ 10) ou a ausência de votos, isto é, candidatas que sequer votaram em si mesmas. Em algumas coligações, o número de prováveis candidatas “laranja” é quase o mesmo de candidaturas femininas: na coligação “PC do B/PRTB” no município de Ibaretama, por exemplo, de 4 inscrições de candidaturas de mulheres, 3 são, provavelmente, fictícias.

Com a EC nº 97/2017, o percentual da cota eleitoral de gênero passou a ser obrigação dos partidos a partir das eleições de 2020. Desse modo, cada partido teria que possuir pelo menos 30% das inscrições das candidaturas de cada gênero (BRASIL, 2009). Eis os dados:

Tabela 4 - Candidaturas – Eleições 2020

Partido	Número de mulheres	Número total	Percentual de candidatas	Candidatas fictícias
Banabuiú				
PDT	3	9	33,33%	1
PV	4	13	30,77%	4
MDB	2	4	50%	1
PROS	5	17	29,41%	2
PT	3	8	37,5%	0
SOLIDARIEDADE	3	9	33,33%	0
PTC	3	9	33,33%	3
				Número de eleitas: 3

Choró				
PT	2	6	33,33%	1
PP	4	13	30,77%	1
PL	5	14	35,71%	0
CIDADANIA	5	14	35,71%	1
SOLIDARIEDADE	5	14	35,71%	1
Número de eleitas: 2				

Deputado Irapuan Pinheiro				
PDT	3	9	33,33%	1
PT	2	6	33,33%	2
PSD	4	12	33,33%	1
Número de eleitas: 1				

Ibaretama				
DEM	3	6	50%	0
PSD	4	10	40%	0
PC do B	3	8	37,50%	2
PT	4	10	40%	1
PP	2	5	40%	1
MDB	2	5	40%	0
PDT	4	6	66,67%	0
Número de eleitas: 2				

Ibicuitinga				
PSL	4	10	40%	2
PP	3	9	33,33%	2
PDT	4	13	30,77%	0
PV	4	13	30,77%	0
Número de eleitas: 0				

Milhã				
PMB	4	12	33,33%	0
PP	2	6	33,33%	1
PODE	3	7	42,86%	0
PL	4	13	30,77%	2
PT	1	2	50%	1
PSDB	2	3	66,67%	2
Número de eleitas: 0				

Mombaça				
PL	5	14	35,71%	1
MDB	6	16	37,5%	0
PP	3	9	33,33%	1
PSD	3	8	37,5%	1
Número de eleitas: 3				

Piquet Carneiro				
PSB	5	16	31,25%	0
PDT	5	18	31,25%	0
PL	2	7	28,57%	1
PT	2	3	66,67%	0
PSL	3	9	33,33%	2
PTB	1	3	33,33%	1
Número de eleitas: 0				

Pedra Branca				
PC do B	2	6	33,33%	1
PSB	3	10	30%	2
PT	2	5	40%	0
SOLIDARIEDADE	6	18	33,33%	4
PDT	3	5	60%	0
REPUBLICANOS	2	5	40%	2
CIDADANIA	1	2	50%	1
PP	3	9	33,33%	0
PSD	2	6	33,33%	1
MDB	1	2	50%	0
Número de eleitas: 2				

Quixadá				
PL	4	12	33,33%	1
CIDADANIA	8	25	32%	2
PDT	5	13	38,46%	0
PT	5	16	31,25%	0
PSB	4	13	30,77%	3
PSD	6	19	31,58%	1
PATRIOTA	8	26	30,77%	5
PODE	7	22	31,82%	2
PSOL	2	3	66,67	0
PTC	4	9	44,44%	1
REDE	2	7	28,57%	0
PTB	4	9	44,44%	1
Número de eleitas: 2				

Quixeramobim				
PC do B	7	12	58,33%	0
PDT	8	18	44,44%	0
MDB	5	15	33,33%	2
PSD	6	20	30%	0
DC	5	16	31,25%	2
PSB	5	17	29,41%	1
PTC	7	23	30,43%	1
PSL	7	23	30,43%	2
AVANTE	8	22	36,36%	2
PP	6	18	33,33%	0
<u>PROS</u>	2	6	33,33%	0
PT	5	14	35,71%	0
PV	1	3	33,33%	0
Número de eleitas: 2				

Senador Pompeu				
PDT	5	16	31,25%	1
PTC	5	17	29,41%	3
PT	3	10	30%	0
PSD	3	9	33,33%	1
PSDB	3	7	42,86%	0
PSL	3	9	33,33%	0
Número de eleitas: 1				

Solonópole				
PSD	5	16	31,25%	2
PSB	3	7	42,86%	0
PT	5	12	41,67%	1
DEM	2	6	33,33%	2
PP	3	10	30%	1
Número de eleitas: 1				

Fonte: elaboração própria baseada nos dados do TSE.

Nessas eleições municipais, ainda é possível perceber que alguns partidos não cumpriram a porcentagem mínima: “PROS” em Banabuiú; “PL” em Piquet Carneiro; “REDE” em Quixadá; “PSB” em Quixeramobim; e “PTC” em Senador Pompeu. Para mais, observa-se que a representatividade feminina continua insuficiente: de 337 inscrições de candidaturas femininas concorrendo às 149 cadeiras, apenas 19 foram eleitas, isto é, um percentual de 12,75% dos cargos de vereador desses municípios é ocupado por mulheres.

Ademais, nota-se um índice acentuado de possíveis candidaturas femininas fictícias: 88 candidatas. Destaca-se a ocorrência de, em alguns casos, 100% das candidatas inscritas pelo partido serem consideradas “laranjas” de acordo com o critério utilizado nessa pesquisa – quantitativo de pelo menos 10 votos –; tal acontecimento pode ser evidenciado em Banabuiú com o Partido Verde (PV), por exemplo, em que as 4 candidatas inscritas são também possíveis fictícias.

Assim sendo, fundamentando-se nas tabelas preliminarmente apresentadas, comparam-se as informações de ambos os pleitos. Eis os dados:

Tabela 5 – Comparação dos pleitos de 2016 e 2020

	2016	2020
Nº de cadeiras	147	149
Nº de candidatas inscritas	265	337
Nº de candidatas eleitas	21	19
Nº de possíveis candidatas fictícias	126	88

Fonte: elaboração própria baseada nos dados do TRE-CE e do TSE.

A partir dos elementos indicados, é viável deduzir que, com o dever de cada partido cumprir sozinho a porcentagem legal da cota de gênero (BRASIL 2017), o número de registros de candidatas mulheres cresceu aproximadamente 27,17%. Em contrapartida, o total de eleitas diminuiu cerca de 9,52%. À vista disso, depreende-se que as leis afirmativas de cotas de gênero em âmbito eleitoral não são suficientes para concretizar a representatividade nas casas legislativas, ou seja, há uma igualdade tão-somente formal assim como discute Laena (2020). Apesar de o percentual de candidaturas aumentar, não é possível inferir, com convicção, que o mesmo aconteça com a porcentagem de mulheres eleitas.

Além disso, percebe-se a redução da quantia de prováveis candidatas fictícias em torno de 30,16%, conseqüentemente, demonstra-se um avanço por parte dos partidos no que diz respeito ao seu compromisso progressista - serem “guardiões da democracia” (LEVITSKY; ZIBLATI, 2018). Entretanto, ressalta-se que, embora tenha diminuído, o número ainda é elevado. Convém reafirmar, inclusive, que o critério utilizado nessa pesquisa para a caracterização desse fenômeno é não exaustivo.

Outrossim, destacam-se alguns casos relevantes: os municípios de Milhã e Piquet Carneiro, segundo o TRE-CE, em 2016, elegeram, respectivamente, 3 e 2 mulheres, já, em 2020, consoante o TSE, elegeram sequer uma. Por outro lado, o município de Choró, que antes não tinha nenhuma vereadora, de acordo com dados do TRE-CE, em 2020, elegeu 2 conforme o TSE. Mesmo que seja um número aquém do esperado

com o intuito de existir uma efetiva igualdade, é de suma importância o avanço democrático evidenciado nesse município.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade assegurada pela Constituição Federal de 1988 é, de maneira evidente, respeitada sob um aspecto formal. As legislações eleitorais de cotas de gênero, apesar de proporcionarem mais candidaturas, não dão embasamento legal para haver, concretamente, conformidade entre as eleitoras e suas representantes.

Essas ocorrências tornam-se viáveis em razão da construção histórico-social vivenciadas nos partidos políticos os quais fazem dele um ambiente essencialmente masculino, corroborando, assim, para a perpetuação da ideia de que espaço político não é feminino, ou seja, é um “não-lugar”. Além disso, frisa-se a relevância da representatividade de mulheres nas Câmaras de Vereadores, em virtude da oportunidade de lutar pelos direitos a elas garantidos e de tornar mais justo os debates legislativos.

No que se relaciona à comparação entre os pleitos de 2016 e 2020, nada obstante tenha diminuído o índice desse fenômeno, mantêm-se altas as taxas de prováveis candidatas fictícias. Por conseguinte, é clara a desonestidade dos partidos ao increverem dezenas de mulheres apenas com o intuito de cumprir a cota. Isso os deslegitima e faz deles atores significativos na inmaterialização da essência das leis afirmativas de gênero – combater discriminações e ampliar as participações. Persevera-se, também, o baixo índice de mulheres nas Câmaras Legislativas do municípios da região do Sertão Central Cearense. Mesmo havendo um acréscimo no número de candidatas na comparação dos pleitos, decresceu a quantidade de eleitas.

Persistem, portanto, alguns atos sociais que destroem progressivamente a democracia representativa, inefetivando as garantias constitucionais e as leis afirmativas. É necessário que a população dessa região tenha ciência tanto dos desvios partidários, como da importância da representatividade, para que, no decorrer dos pleitos seguintes, haja mais fiscalização contra as inscrições ilegítimas e quiçá mais candidatas eleitas.

REFERÊNCIAS

ABREU, A. M. P. **Pluralismo político e constitucionalidade da EC 97/2017**. 2018. (25 f.). Graduação em Direito – Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2018. Disponível em: < <http://repositorio.ascs.edu.br/handle/123456789/1634>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ANDRADE, R. Representatividade: o que isso significa?. **Politize**, 15 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/representatividade/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ARAÚJO, C. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n.24, p. 193-215, jun. 2005. ISSN 1678-9873. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100013>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

ARAÚJO, R. C. B. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 133-150, dez. 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142003000300009>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BARRETO, G. P. A evolução histórica do Direito das mulheres. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://gabipbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/395863079/a-evolucao-historica-do-direito-das-mulheres>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONA, C.; MAY, Y. de O. A cidadania feminina: fatores estruturantes e fraudulentos que dificultam o acesso das mulheres ao cenário político nacional. In: XVI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. n. atual, 2019, Santa Cruz do Sul. **Anais...**Santa Cruz do Sul: UNISC, 2019. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19613>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Assembleia Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Congresso. **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/112034.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Congresso. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.100%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20a%20realiza%C3%A7%C3%A3o,Art.>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Congresso. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017**. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 10 out 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Decreto nº 4.377, de 13 setembro 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.ht>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **VII Relatório Brasileiro**, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/CEDAW%20VII%20Relatorio%20_ingles_.pdf/view>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CALHEIROS, I. L.; BRASIL, S. F. C.; IGNÁCIO, R. P. A fraude de cota de gênero nas eleições brasileiras. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 2, n. 6, 2020. ISSN 2675-1488. Disponível em: <<https://revista.ufrr.br/boca/article/view/Calheirosetal>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CAVALCANTE, M. A. L. Breves comentários à EC 97/2017: fim das coligações nas eleições proporcionais e cláusula de barreira. **Dizer o Direito**. [s.l.], 9 de out. de 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/breves-comentarios-ec-972017-fim-das.html>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

DIAS, J.; SAMPAIO, V. G. A inserção política da mulher no Brasil: uma retrospectiva histórica. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 55-92, set./dez. 2011. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorias_v6_n3.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

FERREIRA, F. F. Reforma política: reflexos sobre a composição do Parlamento de acordo com a Emenda Constitucional nº 97/2017. **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - REDESP**, São Paulo, n. 3, p. 1-10, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5783>>. Acesso em 16 nov. 2020.

FERREIRA, M. M. A eleição de mulheres no Brasil e os paradoxos para construir a igualdade de gênero. **Coletânea de Pesquisa Científica. Mais inclusão com ciência e tecnologia**, v. 2. São Luís: FAPEMA, 2020.

FLORENTINO, K. Representatividade das mulheres na política. **Politize**, 18 de out. de 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mulheres-na-politica/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GROSSI, M. P.; MIGUEL, S. M. Transformando a diferença: as mulheres na política. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 167-206, 2001. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100010>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Conselho Diretor do IBGE. Censo 2020 adiado para 2021. **IBGE**, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques/27161-censo-2020-adiado-para-2021.html>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sistema IBGE de Recuperação Automática - Sidra. **Censo Demográfico - Tabela 200 - População, por sexo, situação e grupos de idade - Amostra - Características Gerais da População**. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/200#resultado>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ. **Perfil das Regiões de Planejamento**, 2017. Disponível em: <http://www2.ipece.ce.gov.br/estatistica/perfil_regional/2017/PR_Sertao_Central_2017.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.

JUVÊNCIO, J. S. M. As candidaturas consideradas “laranjas” e sua relação com a Lei de Cotas. In: ENCONTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS DO NORTE E NORDESTE e PRÉ-ALAS BRASIL, 15, 2012, Teresina. **Anais...** Teresina: UFPI, 7 set. 2012. Disponível em: < <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/45545>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

LAENA, R. **Fictícias: candidaturas de mulheres e violência política de gênero**. Fortaleza: Editora Radiadora, 2020.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018 (LIVRO DIGITAL) 364 p.

LOURA JÚNIOR, J. dos S. Julgamento de candidaturas laranjas não pode virar discurso vazio. *Revista Consultor Jurídico*, [s.l.], 22 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/juacy-loura-tse-acelerar-julgamento-candidaturas-laranjas>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. [s.l.]: Editora Saraiva, 2009.

ORIÁ, R. Mulher e cidadania: a conquista do voto feminino no Brasil. **Cadernos Aslegis**, Brasília, n. 38, p. 30-38, set./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4829>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

REPRESENTATIVIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://tecnoblog.net/355283/como-fazer-citacao-de-dicionario-segundo-a-abnt/>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ROSA, P. L. B. P. Como funciona o sistema proporcional?. **Tribunal Superior Eleitoral**. [s.d.] Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/ots/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

SABINO, M. J. C.; LIMA, P. V. P. S. Igualdade de gênero no exercício do poder. **Revista Estudos Feministas**, Fortaleza, v. 23, n. 3, set./dez. 2015. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2015000300713&script=sci_arttext>. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p713>. Acesso em: 19 nov. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ. **Resultados Eleitorais** – Eleições Municipais 2016. Disponível em: <<http://apps.tre-ce.jus.br/tre/eleicoes/resultados/2016/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DE SANTA CATARINA. Entenda o funcionamento do sistema eleitoral proporcional. **Jusbrasil**, 2010. Dis-

ponível em: <<https://tre-sc.jusbrasil.com.br/noticias/2411741/entenda-o-funcionamento-do-sistema-eleitoral-proporcional>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. Disponível em: <<https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/estados/2020/2030402020/CE/municipios>>. Acesso em: 26 out. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas do eleitorado – por sexo e faixa etária**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resultados – TSE**. Disponível em: <<https://resultados.tse.jus.br>>. Acesso em: 6 mar. 2021.

ZÍLIO, R. L. **Direito Eleitoral**. 05. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

UMA DISCUSSÃO ACERCA DA “ÚNICA RESPOSTA CORRETA” A PARTIR DAS TEORIAS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO DE DWORKIN, ALEXY E FINNIS

A DISCUSSION ABOUT THE “ONE-RIGHT-ANSWER” FROM THE THEORIES OF LEGAL REASONING OF DWORKIN, ALEXY AND FINNIS

Mathews Thiago Carvalho Mendonça¹
Lucas Oliveira Vianna²

Data de Submissão: 19/01/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente estudo pretende analisar em que medida o raciocínio prático, em geral, e o raciocínio jurídico, em particular, são capazes de determinar uma única resposta correta. Com o objetivo de responder a essa pergunta, instrumentalizando a revisão bibliográfica como metodologia, o trabalho apresenta uma descrição da tese afirmativa da única resposta correta em Dworkin. Posteriormente, aborda as críticas da tese afirmativa formulada a partir das teorias do direito de Alexy e Finnis. Concluiu-se que a distinção feita por Finnis entre a dimensão técnica e a dimensão moral do raciocínio jurídico mostra-se de suma utilidade para explicar as possibilidades e limitações da razão para chegar a uma única resposta correta. Assim, na face técnica do raciocínio jurídico, seria possível identificar uma opção como a mais correta ou justa, em que existiria uma unidade de medida que possi-

1 Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”, da Universidade Federal do Pará. Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

2 Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).

bilitaria determinar com grande precisão qual solução melhor se encaixa no caso concreto. Desse modo, a determinação das respostas jurídicas corretas é certamente uma questão problemática na dimensão moral do raciocínio jurídico, quando o intérprete jurídico pode ter várias opções moralmente aceitáveis que são incomensuráveis entre si.

Palavras-chave: Raciocínio jurídico. Raciocínio prático. Dworkin. Alexy. Finnis.

Abstract: This study aims to analyze the extent to which practical reasoning in general and legal reasoning in particular are capable of determining a single correct answer. In order to answer this question, using the bibliographic review as a methodology, the work presents a description of the affirmative thesis of the only correct answer in Dworkin. Subsequently, it addresses the criticisms of the affirmative thesis formulated from the theories of law by Alexy and Finnis. It was concluded that the distinction made by Finnis between the technical dimension and the moral dimension of legal reasoning is extremely useful to explain the possibilities and limitations of the reason for arriving at a single correct answer. Thus, on the technical side of legal reasoning, it would be possible to identify an option as the most correct or fair, in which there would be a unit of measurement that would make it possible to determine with great precision which solution best fits the specific case. Thus, determining the correct legal responses is certainly a problematic issue in the moral dimension of legal reasoning, when the legal interpreter may have several morally acceptable options that are immeasurable.

Keywords: Legal reasoning. Practical reasoning. Dworkin. Alexy. Finnis.

INTRODUÇÃO

No Estado de Direito Constitucional – para usar a expressão de Zagrebelsky (2011) – tornou-se proeminente a figura do juiz que pratica o controle da constitucionalidade – o que causaria perplexidade nos tempos da hegemonia do “estado de direito oitocentista”. Essa centralidade da função judicial demanda repensar várias complexidades no campo do conhecimento jurídico. Assim, um dos desafios mais prementes da atualidade é determinar quais são os fundamentos e limitações do juiz ao resolver casos específicos com base em uma margem mais ou menos ampla de respostas juridicamente aceitáveis. Em outras palavras, o Estado de Direito Constitucional enfrenta o desafio de escolher uma opção entre aquelas que são jurídica e moralmente aceitáveis.

Uma das soluções para esse desafio foi dada pela atual tradição analítica anglo-saxônica, que considera que a linguagem pela qual o direito é mediado permite certos casos em que a aplicação da norma jurídica pode ser indeterminada. Desse modo, todas as palavras e frases da linguagem jurídica podem mostrar-se vagas diante de um caso concreto, *i.e.*, todos os termos carecem de um consenso sobre o alcance da aplicação. Nessas áreas de indeterminação jurídica, como soube precisar Hart (1994), a discricionariedade judicial há de ser muito ampla, embora a conclusão alcançada pelo juiz não deva chegar ao extremo de ser arbitrária ou irracional. Portanto, como sugere Waluchow (1994), essa discricionariedade implica um ato de escolha entre alternativas abertas, ou seja, a indeterminação da linguagem jurídica resultaria em uma ampla noção de discricionariedade judicial.

Nesse contexto de ideias, Ronald Dworkin desenvolveu uma noção de raciocínio jurídico que se opunha à jusfilosofia analítica (*analytical jurisprudence*) hartiana e pós-hartiana. O estadunidense argumentou que o raciocínio prático, em geral, e o raciocínio jurídico, em particular, são sempre capazes de alcançar uma única resposta correta. Assim, Dworkin mantém a possibilidade de determinar uma única resposta correta, mesmo quando o juiz enfrenta um “caso difícil” (*hard case*). Portanto, o raciocínio jurídico-prático seria capaz de resolver todos e cada um dos casos

difíceis, ao determinar uma solução que pudesse ser considerada uma resposta insuperavelmente mais correta do que as demais.

A discussão da possibilidade de conhecer a única resposta correta teve um impacto tão significativo no cenário jusfilosófico contemporâneo que se tornou uma das questões mais controversas da filosofia do direito atual. De fato, a tese levantada excedeu os limites do debate entre Hart e Dworkin a tal ponto que essa discussão envolveu autores de diferentes concepções ou tradições filosóficas, como John Finnis – que está inserido na nova tradição da lei natural. No âmbito continental, poderia ser destacado o nome de Robert Alexy (2000; 2002), que mantém um conceito de direito “não positivista”, que estabelece conexões conceituais necessárias entre o direito e a moral.

No tocante à metodologia deste trabalho, o texto parte da descrição da tese dworkiniana que mantém a existência e a possibilidade de determinar uma única resposta correta. Posteriormente, pretende-se discutir a posição de Dworkin com base nos textos de Alexy e Finnis. A opção por esses autores deve-se ao fato de que: (i) são professores-pesquisadores que abordaram diretamente a questão e, além disso, dialogaram em primeira mão com os textos da Dworkin; (ii) Alexy e Finnis representam diversas tradições filosóficas, mas, além das múltiplas diferenças conceituais e de cosmovisão, ambos compartilham a possibilidade de algum tipo de objetividade no momento técnico-aplicativo do raciocínio jurídico-judicial; e (iii) finalmente, são filósofos do direito que, ao longo de sua carreira, dialogaram intensamente não apenas com autores de sua própria tradição, mas têm-se mostrado permanentemente dispostos a discutir suas abordagens com diversas concepções – inclusive antagônicas às suas.

Em resumo, o desenvolvimento deste trabalho está focado em responder à seguinte pergunta: em que medida o raciocínio prático, em geral, e o raciocínio jurídico, em particular, são capazes de determinar uma “única resposta correta”?

1. A DEFESA DA “ÚNICA RESPOSTA CORRETA”: A TESE DE RONALD DWORKIN

Desde seus primeiros escritos, Dworkin desenvolveu um notável interesse em enfrentar o problema da única resposta correta (*one-right-answer*), com base em sua pretensão de negar a doutrina analítica positivista, pela qual se argumenta que os juízes resolvem os chamados “casos difíceis”³ de maneira discricionária (ZHAO, 2018). Nesse sentido, o professor estadunidense nega que o papel dos juízes consista em criar o direito nesses casos, como apregoava a teoria analítica hartiana.

Na opinião de Hart (1994 p. 15), o significado do conceito de direito tem uma distinção entre seu núcleo, dentro do qual o significado do conceito é certo e definido, e penumbra, dentro da qual não temos consenso para decidir se algo pode ser coberto por esse conceito. Hart entende que os juízes têm dois raciocínios diferentes aqui: se o caso é suficientemente claro, os juízes apenas subsumem os fatos concretos sob uma regra geral e extraem uma conclusão silogística, mas se o caso não for, eles têm que usar o arbítrio (HART, 1994, p. 132-133). Seu famoso exemplo é se houvesse uma regra proibindo veículos no parque, um automóvel certamente está dentro do conceito de “veículo”, mas que tal bicicletas, aviões e patins? (HART, 1994, p. 128-129). Na taxonomia de Hart, os primeiros são casos fáceis e os últimos são difíceis⁴ (HART, 1994, p. 128).

Em casos fáceis, os juízes podem julgar de acordo com as regras jurídicas (BIX, 2015, p. 47-48), mas em casos difíceis, não há regras ju-

3 No entanto, uma das principais dificuldades verificadas na tese dworkiniana é o fato de que ela não especifica o que deve ser entendido por “casos difíceis”. Não obstante, essa definição pode ser reconstruída da seguinte forma: “são casos em que a solução não pode ser derivada direta ou exclusivamente de uma determinada regra positiva; em outras palavras, quando é possível resolver um caso de maneiras diferentes, incompatíveis entre si, sem confrontar o texto explícito de uma norma positiva” (MASSINI-CORREAS, 2006, p. 97).

4 Como Zhao (2018) observa, Hart não utiliza o conceito de “casos difíceis” diretamente, vez que este é um conceito-chave na teoria de Dworkin. Mas a distinção entre casos difíceis e fáceis compreende com precisão o que Hart implica: em casos difíceis, as regras legais não podem fornecer orientação para os juízes.

rídicas que os obriguem a seguir e, portanto, eles têm que tomar uma decisão com base em seu próprio arbítrio. Em comparação com os casos fáceis, as decisões nos casos difíceis dependeriam mais das características dos juízes (BIX, 1993, p. 63-71). Nesse sentido, se poderia dizer que não há uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes em casos difíceis

Contudo, Dworkin, numa direção distinta, afirma que quem exerce a magistratura judicial “descobre” os direitos que correspondem às partes intervenientes (DWORKIN, 1977, p. 80). No entanto, não é uma solução que necessariamente se manifeste de maneira uniforme em todos os tribunais, mas apenas a melhor solução que o juiz considera para o caso singular e particular (DWORKIN, 1977, p. 282). Também reconhece que tal “descoberta” pode ser falível e que não necessariamente satisfará todas as partes envolvidas. Considera, entretanto, que é melhor atribuir essa tarefa ao Poder Judiciário do que a outra instituição, ou que os juízes devem estar sujeitos a diretrizes políticas (*policies*) ou a qualquer outro critério que os impeça de seguir sua melhor avaliação dos direitos que correspondem aos sujeitos do processo (DWORKIN, 1977, p. 281).

Em trabalhos posteriores, a argumentação dworkiniana em defesa da única resposta correta concentra-se num certo entendimento da lógica aplicada do direito. Isso se baseia na ideia de que conceitos jurídicos são dispositivos, ou seja, declarações que dão ao juiz o dever de decidir em um único sentido ou direção. No caso de não entender esse dever, pelo menos em princípio, cabe ao tribunal resolver a mesma petição na direção oposta (DWORKIN, 1985, p. 119). Essa visão da lógica transferida para o campo do direito, segundo Dworkin, baseia-se na ideia de que todos os enunciados jurídicos são bivalentes, ou seja, verdadeiros ou falsos – disjunção exclusiva. Nessa direção, o direito deve ser aplicado de forma bivalente, porque não há possibilidade de qualquer valor veritativo intermediário (DWORKIN, 1985). Para dizer em outro tom, segundo o professor americano, a afirmação da existência de mais de uma resposta correta levaria à contradição de sustentar que duas proposições contrárias poderiam ser verdadeiras ao mesmo tempo.

Finalmente, Dworkin aprofunda sua compreensão da lógica aplicada ao direito em seus últimos escritos. Explica que a determinação de uma única resposta correta pressupõe certos juízos de valor (*value*

judgments) feitos por operadores do direito em casos particulares e concretos. Assim, os juristas, diante de vários conjuntos de princípios morais concorrentes, devem decidir qual deles é o que fornece a justificativa moral mais convincente da prática jurídica considerada globalmente (DWORKIN, 2006, p. 144-145).

Para recapitular, o raciocínio jurídico deve culminar na determinação de uma única resposta correta para todos os casos que surgem na prática jurídica. Dessa forma, segundo a síntese de Massini-Correas (2006, p. 98) acerca da posição dworkiniana, até casos difíceis são resolvidos através da aplicação de um ou mais princípios que fornecem um critério de solução, em última instância unívoco, para as situações em que a legislação resulta vaga ou ambígua.

Esta tese resultou em debates e desafios substanciais, que se desdobraram da seguinte forma: por um lado, alguns comentaristas – a exemplo de Kress e Anderson (1989) e Shapiro (2007) – consideram que a tese da única resposta correta não é consistente com o ponto de vista teórico posterior de Dworkin (a interpretação construtiva), porque esta última considera a prática e a teoria jurídicas como argumentativas, mas a primeira parece eliminar qualquer debate na jurisdição. Por outro lado, muitos estudiosos apontam que não há resposta certa em casos difíceis, mas respostas diferentes, o que significa que a preferência dos juízes poderia decidir um caso (RAZ, 1972, 1986; SOPER, 1977).

2. A ÚNICA RESPOSTA CORRETA COMO “IDEAL REGULADOR”: A TESE DE ALEXY

Robert Alexy aborda diretamente a questão em seu texto *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica* (1988), onde examina a tese afirmativa da única resposta correta, à luz de uma avaliação crítica da teoria dos princípios jurídicos formulada por Dworkin. Sendo mais preciso, Alexy afirma que a tese dworkiniana oscila entre duas maneiras de distinguir entre regras e princípios.

Por um lado, sempre de acordo com o professor germânico, Dworkin diferencia os princípios das regras de acordo com vários níveis de generalidade e, por outro, de acordo com as diferenças estruturais

entre os dois tipos de normas. A seguir, examinar-se-á esses argumentos separadamente.

2.1 Primeiro argumento: a distinção entre regras e princípios de acordo com os níveis de generalidade

Alexy inicia o estudo de teses dworkinianas com um primeiro argumento para distinguir entre regras e princípios. Esses últimos seriam normas de um grau relativamente alto de generalidade e as regras, por outro lado, teriam um nível relativamente baixo (ALEXY, 1988, p. 140-141). Por um lado, uma norma funcionaria como princípio quando, por exemplo, a Constituição de 1988 (art. 3º, I) estabelece como um dos objetivos fundamentais da República do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 19XX); e, por outro, tratar-se-ia como regra a norma que estabelece que “são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”⁵. Nesse diapasão, diz Alexy:

Quem considera a generalidade como decisiva chega à conclusão de que entre as regras e os princípios há apenas uma distinção de grau. Isso pode ser designado como a “tese débil da separação”. A tese forte da separação representa, no entanto, quem afirma que a diferença entre regras e princípios não é apenas de grau, mas de tipo qualitativo (ALEXY, 1988, p. 141, tradução nossa).

Assim, em primeiro lugar, Dworkin sustenta que as regras se aplicam a tudo ou nada (*all-or-nothing-fashion*), mas não os princípios. Com efeito, estes não determinam inteiramente como resolver um caso, mas apenas fornecem razões que falam a favor de uma ou outra decisão. Por outro lado, se coincidem os pressupostos do fato de uma regra, existem apenas duas possibilidades: ou a regra é válida e, em seguida, as consequências jurídicas devem ser aceitas; ou é inválida e, portanto, deve ser excluída do raciocínio jurídico (ALEXY, 1988, p. 141). De fato, existe realmente um conflito entre

5 Código Civil, art. 4º, I

regras quando confrontadas com normas que prescrevem comportamentos que são completamente contraditórios entre si.

Então Alexy apresenta o seguinte episódio: o caso em que a norma jurídica do Estado Federal (*Bund*) proíbe a abertura de postos de venda às quartas-feiras até às 19 horas e a norma jurídica estadual (*Landesgesetze*) estabelece a mesma proibição às quartas-feiras até às 13 horas. Esse caso judicial foi resolvido por meio de uma regra de conflito própria de uma organização constitucional do tipo federal: a norma federal tem primazia sobre a local. Aqui, de acordo com o professor de Kiel, ocorre claramente um conflito de regras (ALEXY, 1988, p. 142). Mais especificamente, essas são duas normas contraditórias entre si, já que o que uma permite, a outra proíbe. Tal contradição, com efeito, é resolvida declarando a não aplicação de uma regra e, portanto, o dever de aplicar a outra.

2.2 Segundo argumento: a distinção entre princípios e regras segundo critérios estruturais

O segundo argumento sustenta que os princípios são caracterizados por uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) que as regras não possuem. De tal maneira que, se dois princípios colidem, um valor decisivo é atribuído ao princípio que – na estrutura precisa de um caso específico – tem um peso relativamente maior (ALEXY, 1988, p. 141). Com efeito, a colisão de princípios demanda a avaliação de qual princípio tem maior peso no contexto particular do caso específico. Alexy ilustra tal ponto com um exemplo paradigmático de uma colisão de princípios: a decisão de realizar um julgamento oral em desfavor de um réu com a saúde afetada (sob o risco de um derrame e um ataque cardíaco). Então, por um lado, existe a norma do direito fundamental da República Federal da Alemanha, que reconhece ao indivíduo um direito fundamental à vida e à integridade física e, por outro lado, um princípio fundamental do Estado de direito que impõe ao ente público o dever de garantir um funcionamento eficiente e eficaz das instituições jurídico-criminais (ALEXY, 1988, p. 142).

Segundo Alexy, essa segunda maneira de entender a distinção entre princípios e regras é a mais apropriada. Isso seria devido, desde que es-

truturas completamente diferentes estejam no centro da distinção entre regras e princípios (ALEXY, 1988, p. 141-142). Assim, o cerne de uma decisão judicial que precisa enfrentar um conflito entre princípios é determinar qual princípio tem o maior peso relativo no contexto de um caso particular e concreto. Voltando ao caso do acusado com risco à sua vida e integridade, não é que ambos os princípios estejam em contradição ou – o que é o mesmo – que a questão não passa por especificar qual dos princípios é válido e o que não é. De fato, a resolução de um caso envolve a realização de uma ponderação, pelo que toda a questão é reduzida para determinar se o interesse do acusado contra a conclusão do julgamento – no contexto do caso específico – tem um peso maior do que os interesses do Estado atendidos pelo processo criminal. Noutro tom, não se trata de declarar a invalidade de um princípio, mas de determinar qual deles tem o maior peso no contexto de um caso particular.

A estrutura e dinâmica de tal julgamento de ponderação é, sem dúvida, uma das contribuições mais significativas da teoria discursivo-dialógica de Alexy e seus discípulos para a filosofia do direito e a dogmática jurídica fundamental. Agora, no que é central para este trabalho, essas questões serão abordadas a partir de um escopo preciso que pode ser resumido da seguinte forma: até que ponto o teste de ponderação implica necessariamente a existência e a possibilidade de determinar uma única resposta correta? A posição de Alexy (1988, p. 150) é que somente seria possível identificar uma única resposta correta se as demandas do discurso prático – cujo discurso jurídico é apenas um caso especial – sempre conseguissem chegar a um consenso. Agora, isso é possível? Ou as condições do discurso jurídico simplesmente não são ideais regulatórios?

2.3 Das condições ideais do discurso jurídico à única resposta correta como ideal regulatório

As exigências procedimentais do discurso jurídico que Alexy (1988, p. 151) propõe – como ele mesmo reconhece – são atendidas apenas de maneira aproximada em condições reais, pelo que não caberia a possibilidade de consenso para cada questão ou caso particular. Portanto, seria possível continuar sustentando a existência de uma única resposta

correta com base em cinco idealizações: 1) tempo ilimitado; 2) informação ilimitada; 3) clareza linguística conceitual ilimitada; 4) capacidade e disposição ilimitadas para a troca de papéis; e 5) ausência de preconceitos ilimitada (ALEXY, 1988, p. 151). Contudo, essas idealizações também são sempre aproximadas, pelo que sua realização há de ser necessariamente imperfeita. Em outras palavras, as condições sobre as quais reside a existência de uma única resposta correta representam ideais aos quais os operadores do Direito devem ajustar suas práticas jurídicas concretas.

Portanto, Alexy (1998) conclui que não há procedimento discursivo que inevitavelmente leve ao conhecimento de uma única resposta jurídica correta para cada um dos casos específicos levantados pela prática do direito. Isso não implica, todavia, abandonar a ideia da única resposta correta, mas faz-se necessário precisar seu status. Mais especificamente, Alexy sugere que, se os participantes do discurso jurídico pretendem atribuir sentido aos seus argumentos e fundamentações, precisam atribuir às suas reivindicações a classificação da única resposta correta possível para o caso específico. Dessa forma, os operadores do direito devem assumir a existência de uma única resposta correta, não como um objetivo perfeitamente realizável, mas como um ideal regulatório. Isso não quer dizer que efetivamente exista a possibilidade de reconhecer sem dificuldade a única resposta correta. Simplesmente implica pressupor que, em alguns casos, haja uma resposta correta e, como não é possível saber com antecedência quando isso acontecerá, em todos os casos deve-se buscar alcançar o conhecimento da única resposta correta.

Em resumo, as regras sobre as quais o discurso jurídico está estruturado formam um tipo de código de razão prática que visa conferir sentido aos argumentos desenvolvidos pelos operadores jurídicos. Nessa ordem de ideias, os operadores do direito devem assumir a possibilidade de reconhecer ou determinar a única resposta correta como ideal regulatório, a fim de dar pleno significado aos seus argumentos com os quais eles intervêm no discurso jurídico-prático. Dito em outro tom, para além da discussão teórica sobre a (in)existência de uma única resposta correta para os casos em que há conflito entre princípios, os operadores jurídicos devem agir como se ela existisse e, sobretudo, como se fosse possível reconhecer uma resposta insuperavelmente mais acertada do que as outras opções juridicamente aceitáveis.

3. DA DETERMINAÇÃO DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA À EXCLUSÃO DE RESPOSTAS INCORRETAS: A TESE DE JOHN FINNIS

Este é um dos autores contemporâneos pertencente à “tradição central do Ocidente”, que se caracterizou por rejeitar a tese afirmativa da única resposta correta de Dworkin. Contudo, antes de discutir diretamente a proposta teórica dworkiniana, Finnis considera necessário dissipar certas ambiguidades que surgem ao abordar questões relacionadas ao raciocínio jurídico. O professor australiano, especificamente, se baseia em duas distinções extremamente úteis para analisar o problema: a distinção entre razões (*reasons*) e sentimentos (*feelings*) e a distinção entre agir e fazer. Por um lado, deve-se notar as diferenças e conexões entre dois aspectos da personalidade que conduzem o indivíduo no plano da ação e decisão: emoções e razão. Por outro lado, pode-se notar uma diferença entre o agir – isto é, a configuração da existência de alguém mediante escolhas pessoais racionalmente motivadas – e o fazer – que se refere ao exercício de uma técnica através da atividade sobre alguma forma de objeto ou método cultural (FINNIS, 2011a, p. 212). Nas próximas páginas, essas distinções serão apresentadas em um nível maior de detalhes e, em seguida, analisar-se-ão as críticas que Finnis aponta contra a tese afirmativa da única resposta correta de Dworkin.

3.1 A distinção entre razões e sentimentos

Segundo Finnis (2011a, p. 212), os estados de coisas que paradigmaticamente se buscam alcançar têm um duplo aspecto: a meta que se acredita envolver os sentimentos e o benefício inteligível que é apresentado diante da racionalidade individual como capaz de realizar, mediata ou imediatamente, algum bem humano básico. Assim, por um lado, alguns dos propósitos aos quais a inteligência humana é direcionada são alcançados exclusivamente por meio de sentimentos. Por outro lado, alguns desses propósitos são essencialmente motivados pela compreensão de algum bem humano básico e, portanto, em algum aspecto da razão. Isso levanta algumas questões: são esses dois propósitos que a inteligência

busca de maneira desconectada? Existe alguma ligação entre ser guiado por sentimentos e guiar a própria conduta no sentido de concretizar algum bem humano básico?

Para Finnis (2011a), os bens humanos básicos são diversos e racionalmente atraentes. Isso torna frequente e necessário operar uma livre escolha entre as formas ou a intensidade da execução de cada um desses bens. No entanto, a palavra “escolha”, como qualquer outro termo da filosofia prática, costuma sofrer de alguns mal-entendidos que são consequência direta de algumas distinções feitas pela tradição empirista moderna, que sabia como dividir acentuadamente a razão dos sentimentos. Situado nesse contexto de ideias, Finnis (2011a, p. 214) esclarece que o significado forte ou central da livre escolha consiste na adoção de uma entre duas ou mais alternativas, racionalmente atraentes e incompatíveis. Somente em virtude dessa mesma escolha é possível determinar qual opção será escolhida e procurada. Dessarte, muitos aspectos relevantes da vida comunitária e individual e muitas obrigações encontram-se estruturados por uma escolha entre opções racionalmente desejáveis, cuja atratividade consiste na possibilidade de realizar, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, alguns dos bens humanos básicos (FINNIS, 2011a).

Portanto, pode-se perguntar, que razões podem esgrimir-se para identificar as opções que, apesar de racionais, devem ser rejeitadas por serem consideradas desarrazoadas, incorretas ou imorais? Ao que Finnis (2011a, p. 215) responde que “o pensamento moral é simplesmente racional”. Isso significa que esse pensamento incorpora emoções e sentimentos, mas sem se submeter a eles. Assim, o mesmo autor sustenta que o princípio fundamental da racionalidade prática é tomar como premissa ao menos uma das razões básicas para a ação e segui-la até chegar ao ponto de concretizar esse bem em uma ação particular e singular (FINNIS, 2011a). Em outras palavras, o princípio fundamental da moralidade poderia ser sintetizado na frase: “seja inteiramente razoável”. A “reta razão” à qual se refere a “tradição central do Ocidente” não é nada mais do que uma “razão destravada”, uma razão não governada exclusivamente por paixões e emoções.

Dessa maneira, a vontade e a razão são integradas através do “princípio moral fundamental” (*morality master principle*) que prescreve escolher

somente as possibilidades que, quando desejadas, são compatíveis com o direcionamento da vontade para o desenvolvimento completo de todos os seres humanos, considerando todos os bens humanos básicos, a fim de alcançar o ideal de realização humana integral (*integral human fulfilment*) (FINNIS, 2011a). Desse modo, por exemplo, alguém pode experimentar um sentimento que o inclina a destruir a vida de outro ser humano, em um suposto caso de defesa da honra. Porém, seria imoral e, portanto, inaceitável, conformar-se e limitar-se a esse sentimento. Isso seria assim porque, juntamente com esses sentimentos, opera um princípio moral intermediário que conecta bens humanos básicos com o primeiro princípio moral e com normas jurídicas positivas que determinam as consequências decorrentes de um homicídio. Esse princípio moral intermediário exclui a possibilidade de vingança ou justiça privada por sua própria mão (FINNIS, 2011a).

Em resumo, sentimentos e razão são certamente distintos aspectos das escolhas sobre os quais se assenta a face dinâmica da razão prática; isto é, o raciocínio para ação e decisão. No entanto, não é possível separar de maneira acentuada e radical a dimensão racional da emocional ou sentimental. Trata-se de submeter os sentimentos ao guia ou à normatividade da razão prática. Dito de outra forma, as emoções são integradas ao raciocínio prático, mas sob o domínio ou governo da razão que ordena ou guia a pessoa em direção à realização de alguns dos bens humanos básicos.

3.2 A distinção entre técnica e moral

Ao acompanhar Tomás de Aquino (2015), Finnis (1998) descreve a ordem quádrupla da ciência⁶. Em primeiro lugar, existe uma (1) ordem chamada “especulativa” que a razão não constrói, cujo objeto apenas

6 O termo ciência (science) que emprega Finnis (1998) não parece ser utilizado em sua acepção moderna, mas sim de acordo ao significado que Aquino atribui a voz latina “scientia”. Assim, “O Aquinate define a s. [scientia] como uma virtude intelectual, isso é, uma virtude que aperfeiçoa o entendimento, pela qual as verdades que são últimas são conhecidas, não absolutamente, mas em um certo gênero do cognoscível. Proceder por demonstração, considerando ao mesmo tempo os princípios desse gênero e as conclusões nas quais se explicitam esses princípios” (MAGNAVACCA, 2005, p. 622).

se considera ou se contempla, dada sua condição de existente fora do trabalho do homem – por exemplo, a ordem das coisas da natureza. É o caso das chamadas ciências naturais, como astronomia, física e química (CASAUBÓN, 1984, p. 9). Em segundo lugar, existe a (2) ordem lógica que se encontra conformada pelas ciências através das quais a inteligência ordena e conecta os pensamentos – *v.g.*, a lógica em seu sentido mais amplo, uma vez que ordena conceitos entre si e as palavras que são os signos dos conceitos. Em terceiro lugar, elenca-se a (3) ordem prática, segundo a qual a razão considera que se deve agir concretamente em operações da vontade, tais como deliberação, escolhas entre diferentes alternativas possíveis e ações voluntárias – como política, economia e moral, por exemplo. Essa ordem não considera apenas um objeto que “já está lá” sem a presença da atividade humana, e que só pode ser contemplado, mas sim um conhecimento operável; isto é, um conhecimento direcionado a algo que deve ser posto em existência concreta por meio da ação e decisão humanas. Finalmente, há a (4) ordem técnica pela qual a razão, seguindo certas regras, adquire a habilidade de produzir e construir coisas exteriores das quais ela própria é causa – como a construção de um navio ou um edifício (FERRATER MORA, 1964, p. 763; FINNIS, 1998, p. 21).

No âmbito dessas quatro ordens da ciência, o conhecimento jurídico é uma ciência da quarta ordem, isto é, de natureza técnica ou poética (FINNIS, 1990a, p. 233). Acerca disso, o professor australiano argumentou que:

O raciocínio jurídico é, então (pelo menos em grande parte), um raciocínio técnico, não moral. Como todo raciocínio técnico, ele é ordenado a alcançar um objetivo específico, um estado definido de coisas alcançáveis por meio da disposição eficiente dos meios para o fim. O fim particular aqui é a resolução de disputas (e outras imputações de má conduta), por meio da provisão de uma diretiva, suficientemente definida e específica, para identificar uma das partes como correta e a outra como incorreta (FINNIS, 1995, p. 22; 2011a, p. 220, tradução nossa).

Nesse nível técnico de raciocínio jurídico, podem ser localizados os múltiplos dispositivos legais, os termos de definição e as regras de es-

pecificação, que – com suficiente clareza artificial – estabelecem margens que tornam em “questões fáceis” as tantas questões que surgem na vida jurídica. Nesse sentido, as definições jurídicas e as regras fornecem ao cidadão, ao consultor jurídico e ao juiz um algoritmo (cálculo) para decidir sobre o maior número possível de perguntas – em princípio, para cada questão – por exemplo: se o curso da ação poderia ser legítimo; se este contrato é válido; se o negócio puder ser rescindido; se tais despesas são dedutíveis do imposto de renda. Em resumo, a lei (*the law*) pretende, na maior medida possível, fornecer recursos de raciocínio – leis e regras baseadas em leis, regras de *common law* e costumes – capazes de hierarquizar (*capable of ranking*) resoluções alternativas para disputas como corretas ou incorretas e, portanto, melhores ou piores (FINNIS, 2011a, p. 220).

Por fim, Finnis considera que as habilidades dos advogados para encontrar e usar recursos autoritativos são meios ao serviço de um propósito específico o suficiente para constituir uma técnica ou, ao menos, uma modalidade de raciocínio técnico. Esse propósito é a resolução inequívoca de cada disputa e que estas possam, de alguma forma, ser previstas e resolvidas. Em tal ordem de ideias, Finnis argumenta que:

Essa busca pela certeza através de um conjunto completo de respostas, univocamente corretas, está em si mesma à serviço de um bem mais amplo que, como todos os bens humanos básicos, não é redutível a [condição de] um objetivo definido, senão que é um bem aberto e ilimitado, no qual as pessoas e suas comunidades podem participar, sem nunca capturar (exaustivamente), o bem da justa harmonia. Esse bem é um bem moral, desde que seja promovido por si só e respeitado como um aspecto do desenvolvimento humano integral ideal. Como bem moral, suas implicações são especificadas por todos os princípios morais a ele vinculados (FINNIS, 1995, p. 23, tradução nossa).

3.3 A incomensurabilidade das dimensões que integram o raciocínio judicial: a crítica à tese afirmativa de Dworkin

Uma vez traçadas as distinções que operam entre moral e técnica, bem como entre razão e sentimentos, faz-se necessário apresentar a tese negativa da única resposta correta proposta por Finnis. O acadêmico de Oxford enfatiza que a tese de Dworkin considera que, no raciocínio judicial, existem dois critérios de julgamento que são usados e que mantêm certa analogia com a incomensurabilidade dos bens humanos básicos envolvidos nas eleições significativas e racionalmente motivadas. O primeiro desses critérios pertence à ordem prático-moral e corresponde ao julgamento de ajuste (*to fit*). Essa dimensão de “ajuste” refere-se à necessidade de manter a coerência com os materiais jurídicos existentes, originados por decisões políticas pré-existentes, como legislação e precedentes. Em segundo lugar encontra-se a dimensão da “justificação” que visa demonstrar que existe apenas uma resposta correta, inclusive para os casos difíceis (FINNIS, 2011a, p. 221).

Desse modo, a descrição de Dworkin assume uma dupla dimensão da avaliação judicial, o que torna possível afirmar que um caso é difícil para a decisão judicial, não apenas quando há mais de uma resposta que não está em evidente contradição com uma regra aplicável, mas também se as respostas disponíveis podem ser classificadas em ordens diferentes, com base em cada um dos critérios de avaliação pertinentes. No caso do raciocínio jurídico, estes devem ser julgados por sua adaptação à legislação prévia e aos precedentes e, de alguma forma, por sua profundidade moral inerente (FINNIS, 2011a, p. 221-222).

Finnis, contudo, aponta a incomensurabilidade inerente das duas dimensões ou critérios com os quais Dworkin conceitua o raciocínio judicial. Mas em que consiste essa incomensurabilidade? Ora, na ausência de uma escala objetiva única e racionalmente identificável que permita medir ou quantificar os méritos e deméritos, os ativos e os males das opções em debate (FINNIS, 2011b, p. 450). Essa incomensurabilidade é muito mais profunda do que é aparente na descrição dworkiniana do raciocínio jurídico. Nesse sentido, é possível falar sobre a incomensurabilidade em opções relativamente simples, como jogar futebol ou assistir a um filme. Mas no caso do raciocínio jurídico, quando é possível avaliar as opções e quando não?

O âmbito próprio da comensuração das opções jurídicas é a racionalidade técnica que pode ser vista paradigmaticamente na análise de custo-benefício, isto é, a comparação dos custos das alternativas disponíveis em uma deliberação ou escolha. No entanto, essa análise só pode ser realizada quando as seguintes condições coincidem: 1) os objetivos estão bem definidos; 2) os custos podem ser medidos com uma unidade de medida específica; 3) os benefícios também podem ser medidos ou quantificados e comparáveis entre si; e 4) as diferenças entre os meios, custos e benefícios mensuráveis não são significativas. Agora, nenhuma dessas condições pode ser vista no raciocínio moral (FINNIS, 2011a, p. 224). Se as mensurações pudessem ser realizadas racionalmente na ordem prático-moral, então não haveria lugar para escolhas – ou, melhor, seriam supérfluas – porque nada mais seriam do que uma conformação da decisão aos resultados dos cálculos feitos por meio do raciocínio técnico. Logo, as escolhas moral-práticas são possíveis e necessárias na medida em que o raciocínio técnico é insuficiente para resolver um determinado problema.

Em contraste, o raciocínio prático-moral implica uma escolha entre várias opções razoáveis ou aceitáveis em termos morais. Não obstante, a razão prática pode chegar a excluir opções moralmente incorretas ou inaceitáveis, mas não se pode derivar disso que seja sempre possível identificar uma única resposta correta (FINNIS, 1990c). Além disso, a eleição *per se* consiste precisamente em selecionar ou escolher entre várias opções racionalmente aceitáveis. Por outro lado, o resultado de deliberações de opções comensuráveis, de acordo com as características do raciocínio técnico descrito acima, não termina em uma escolha – no sentido abordado neste trabalho –, mas em uma decisão racional que finaliza em uma ação ou melhor, na aplicação de critérios quantificáveis (FINNIS, 2011a, p. 225).

Em síntese, o campo específico das escolhas implica uma deliberação prática na qual uma opção é escolhida entre várias moralmente aceitáveis; isto é, entre diversas opções que realizam algum aspecto ou dimensão dos bens humanos básicos. Essa deliberação não pode determinar quão melhor ou mais desejável uma alternativa é sobre a outra, vez que estariam em jogo opções moralmente aceitáveis e inco-

mensuráveis entre si. Isso sinaliza um desafio de importância crucial para a teoria do raciocínio prático-jurídico de John Finnis: quais são os limites desse raciocínio? Existe alguma fronteira que defina o leque de escolhas que os agentes podem fazer ao agir e decidir? A resposta para tais perguntas, no trabalho do autor australiano, deve ser encontrada na noção de absolutos morais.

4. ABSOLUTOS MORAIS: UM LIMITE NEGATIVO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

A noção de absoluto moral proposta por Finnis (2011a, p. 226) argumenta que eles constituem a estrutura ou o esqueleto do raciocínio jurídico. Dessa maneira, o raciocínio jurídico atende a um limite que supõe excluir todas as alternativas que, por exemplo, supõem assassinato intencional (*intentional killing*); um dano intencional à pessoa ou aos interesses econômicos de uma pessoa, o esquema deliberado para obter os resultados desejados, a escravidão envolvida no tratamento de um indivíduo humano como um objeto de entidade menor, um sujeito humano autônomo (FINNIS, 2011a, p. 226-227).

Agora, é necessário esclarecer que o caráter absoluto referido no conceito de “absoluto moral” não significa designar qualquer tipo de poder ilimitado, mas significa que é uma norma que não admite exceções: ou seja, quando se toma uma decisão, jamais cabe realizar positivamente uma ação que não faça mais que lesionar direta ou indiretamente um bem humano básico, como explica Finnis (1991, p. 3-4) e endossam os professores Masini-Correias e García-Huidobro (2011, p. 144). Nessa linha, Finnis especificou a noção de normas morais absolutas nos seguintes termos:

Um absoluto moral substantivo (não meramente formal) é uma norma na qual um ato humano é descrito em termos que, embora não sejam morais, nos permitem afirmar que nenhum ato dessa descrição precisa pode ser escolhido sem preferir uma emoção à razão, ou seja, sem seguir certas preferências emocionais em detrimento do tipo de razão constituída pela determinação de um bem humano básico, por exemplo: vida humana (no caso de assassina-

to direto), a verdade na comunicação (como no caso da mentira, adequadamente definida), harmonia interpessoal (como no caso da escravidão, mais precisamente entendida nos termos de Aristóteles ou Aquino; ou a manipulação de seres humanos) ou o complexo de bens básicos da vida e a harmonia interpessoal e intrapessoal envolvida na relação conjugal, expressa sexualmente, de amizade procriadora (como no caso de adultério) (FINNIS, 1993, p. 25, tradução nossa).

No entanto, Finnis se preocupa em esclarecer que as normas morais absolutas configuram apenas um segmento da moralidade, mas não todo o raciocínio moral. São a explicitação ou manifestação dos princípios básicos ou fundamentais da moralidade que prescrevem aquilo que tanto as pessoas quanto as comunidades devem sempre escolher – e até desejar – em todos os momentos e em todos os lugares; *i.e.*, princípios que merecem ser adotados como modelo e ideal crítico da vida prática. Esse princípio nada mais é do que uma expressão da compreensão prática inteligente da normatividade integral dos bens humanos básicos, como razões abertas para a ação, tal como todas as razões para a ação (FINNIS, 1993).

5. ESBOÇO DE UM APORTE À DISCUSSÃO: A INTEGRAÇÃO DE LIMITES NEGATIVOS COM CRITÉRIOS POSITIVOS

A distinção feita por Finnis entre a dimensão técnica e a dimensão moral do raciocínio jurídico mostra-se de suma utilidade para explicar as possibilidades e limitações da inteligência humana ou da razão para chegar a uma única resposta correta. Nesse sentido, na face técnica do raciocínio jurídico, seria possível identificar uma opção como a mais correta ou justa. Em tal dimensão técnica – ou poiética – existe uma unidade de medida que possibilitaria determinar com grande precisão qual solução melhor se encaixa no caso concreto. Assim, a determinação das respostas jurídicas corretas é certamente uma questão problemática na dimensão

moral do raciocínio jurídico, quando o intérprete jurídico pode ter várias opções moralmente aceitáveis que são incomensuráveis entre si.

Situado neste contexto de ideias, nesta seção, argumentar-se-á que os desafios do nível moral do raciocínio jurídico – no sentido estabelecido no parágrafo anterior – poderiam ser analisados pela diferenciação entre um nível abstrato e um nível concreto. Com efeito, com base na distinção entre interpretação abstrata e interpretação concreta formulada por Guastini (2008, p. 30; 2011, p. 15), se sustentará que é necessário distinguir entre os limites do raciocínio jurídico-prático que operam principalmente no nível abstrato – como nos padrões morais absolutos – e outras limitações positivas que estão localizadas centralmente em um nível concreto, como emoções.

Faz-se necessário ressaltar que esse trabalho não tem pretensão alguma de caracterizar completamente os limites do raciocínio jurídico nas páginas a seguir. Sem dúvida, o estudo desses limites poderia ser estendido a outras questões, como, por exemplo, o espaço das virtudes judiciais em uma teoria do raciocínio jurídico. No entanto, sob uma ótica particular, normas e emoções morais absolutas representam dois tópicos que são de fundamental importância para fazer escolhas racionais entre várias alternativas moralmente corretas.

5.1 Uma distinção preliminar: a dimensão abstrata e a dimensão concreta

De plano, cabe esclarecer que a dessemelhança entre a dimensão abstrata e a dimensão concreta utilizada neste trabalho se tomará a partir da distinção que Guastini (2008) levantou no campo da teoria da interpretação jurídica. Desse modo, duas dimensões poderiam ser distinguidas no plano do raciocínio jurídico. Por um lado, a dimensão abstrata implica identificar o conteúdo normativo expresso por ou logicamente implícito em um texto normativo, sem referência a qualquer evento factual específico (GUASTINI, 2011, p. 15). Em outras palavras, o plano abstrato envolve elucidar o significado de uma afirmação normativa sem fazer nenhuma conexão ou referência a um caso concreto ou particular. Por outro lado, a dimensão concreta reside na subsunção de uma suposição

factual específica no campo de aplicação de uma norma anteriormente identificada de maneira abstrata (GUASTINI, 2008, p. 30). Portanto, embora a interpretação concreta arraste as conclusões alcançadas no nível abstrato, a primeira é caracterizada por certos desafios cognitivos específicos próprios. Nesse sentido, parafraseando Guastini (2008; 2011) com certa liberdade, embora a dimensão concreta pressuponha logicamente a dimensão abstrata do raciocínio jurídico, trata-se de momentos completamente diferentes.

5.2 Os absolutos morais como limites negativos: seu lugar no nível abstrato do raciocínio jurídico

As normas morais absolutas funcionam como um limite negativo do raciocínio prático-jurídico que excluiria certas opções disponíveis na escolha entre alternativas abertas. Nesse diapasão, é conveniente realizar uma precisão conceitual, tal como Finnis soube fazer: absolutos morais não obrigam a abster-se de produzir certos resultados, mas a abster-se de desejá-los ou de escolhê-los como um fim ou um meio de agir em si (FINNIS, 1990b, p. 194). O núcleo central dos absolutos morais consiste em conceder prioridade às ações humanas destinadas a concretizar bens humanos básicos em detrimento das preferências morais que apenas prejudiquem ou restrinjam tais bens. Nessa direção, como Finnis (1990b, p. 197) argumenta, a escolha de manter a vida humana deve ter preeminência em detrimento de um homicídio malicioso; a veracidade na comunicação sobre difamação; a harmonia nas relações interpessoais sobre a escravidão, entendida como alienação de outro ser humano como se fosse um objeto semovente.

É necessário destacar que o caso focal ou central dos absolutos morais consiste em mostrar os princípios básicos do raciocínio moral-prático, a partir do qual o raciocínio jurídico não passaria de um caso especial ou derivado (FINNIS, 1990b). Assim, essas normas mostram as direções básicas ou fundamentais que devem moldar as deliberações práticas das pessoas, mas não visam – ao menos, não centralmente – dirigir decisões em um nível de máxima determinação ou concretização (FINNIS, 1990b). Por conseguinte, pode-se sugerir que a normatividade

dos absolutos morais se encontra primariamente no nível abstrato do raciocínio jurídico. Sucede que as normas morais absolutas não pretendem fornecer direções positivas em relação às quais a ação e a decisão devem ser ordenadas, mas fornecer critérios negativos, ou seja, razões proibitivas que justificam abster-se de agir em um certo sentido ou direção (RHONHEIMER, 2008, p. 6).

De fato, no nível abstrato, é onde os tipos de ação prescritos por padrões morais absolutos são apreendidos ou capturados racionalmente, enquanto servem como limites negativos da decisão ou raciocínio jurídico-prático. Por conseguinte, a adoção de absolutos morais é centralizada – mas não exclusivamente – em um plano abstrato. Contudo, isso não implica negar que uma das alternativas em jogo ante um “caso difícil” exija determinar se as suposições de fato se subsumam ou não ao que as normas morais absolutas fornecem; ou seja, absolutos morais também são caracterizados por sua implantação em uma dimensão específica. Em outras palavras, os desafios cognitivos também surgem no nível concreto em termos de determinar se um elenco de fatos é incluído ou não dentro do que é estabelecido por normas morais de tipo absoluto. Todavia, a normatividade dos absolutos morais está eminentemente localizada no plano abstrato, vez que prescreve genericamente quais ações não devem ser escolhidas, em todas as circunstâncias possíveis.

Em suma, como argumenta Finnis (1995, p. 33), “os absolutos morais dão o esqueleto ao raciocínio jurídico”, mas não através de uma especificação de qualquer uma das alternativas moralmente aceitáveis como a mais justa ou a mais correta. Pelo contrário, absolutos morais prescrevem negativamente quais alternativas devem ser excluídas do raciocínio jurídico. Essas normas morais absolutas orientam o raciocínio jurídico em seu nível eminentemente abstrato, indicando os tipos genéricos de ações a serem executadas. Entretanto, os absolutos morais também têm uma dimensão concreta, ou seja, essas normas também supõem especificar se um fato em particular está incluído ou não no significado abstrato dessas normas morais absolutas. Contudo, o caso focal ou central dos absolutos morais reside em proibições que prescrevem que certos tipos de ação e decisão nunca devem, sob nenhuma circunstância, ser escolhidos ou selecionados por qualquer pessoa

5.3 O papel das emoções como critérios positivos do raciocínio prático-jurídico

Nesta subseção analisou-se até que ponto os padrões morais absolutos envolvem vários limites negativos ao raciocínio jurídico. Em contraste, o trabalho aborda aqui o problema em relação aos critérios positivos que permitiriam escolher entre várias opções moralmente aceitáveis. Para esse fim, com base em alguns textos de Finnis, se propõe dar aos elementos emocionais um lugar de importância central no raciocínio jurídico empregado para resolver o que Dworkin chamou de “casos difíceis”. Além disso, se pretende conectar explicitamente este último à noção de “ciências práticas”. Tal praticidade, segundo o próprio Finnis (2011b, p. 12), é uma orientação para decisão e ação. Situados em tal contexto, as seguintes indagações armam-se sobre a seguinte questão: que espaço as emoções têm em um raciocínio prático-jurídico direcionado à resolução de um “caso difícil”?

Destaca-se, primeiramente, que a escolha que envolve a resolução de um caso difícil está enquadrada na ordem das ciências práticas – como moral, direito, política, economia – caracterizadas por terem um objeto formal de conhecimento que poderia ser descrito como operável. Isso, como sugere Fernández Sabaté (1968, p. 18), significa que o sujeito que pretende saber o que deve ser feito ou decidido não é colocado na frente de um objeto de conhecimento completamente concluído, mas frente a um objeto em projeto. Portanto, a razão, em sua dimensão prática, limita-se a imprimir uma forma acabada a essa obra em estágio de projeto. Além disso, a imagem da “obra em estágio de projeto” destaca que o sujeito cognitivo não parte do vazio ou do nada e, portanto, o objeto do conhecimento prático não seria um mero constructo racional. Consequentemente, o objeto formal do conhecimento prático – seja jurídico ou moral – em alguma medida preexiste em um estado potencial (FERNÁNDEZ SABATÉ, 1968, p. 19).

Agora, este último poderia sugerir que o raciocínio jurídico é integrado exclusivamente por atos de conhecimento que visam conhecer esse objeto em estágio de projeto”. Desse modo, o que deve agir e decidir no nível da máxima determinação ou concretização do raciocínio práti-

co-jurídico, isto é, o que é devido a uma pessoa no contexto de um caso particular e concreto, seria determinado exclusivamente a partir de uma série de atos cognitivos. Todavia, como explicado anteriormente, a proposta de Finnis é muito mais modesta pois se limita a incluir na dimensão racional do raciocínio jurídico a exclusão de opções inaceitáveis por ferir normas absolutas morais. Contudo, após excluir tais alternativas inaceitáveis, é necessário perguntar: como escolher entre opções moralmente aceitáveis? Como o raciocínio prático seria capaz de selecionar uma alternativa entre várias opções aceitáveis em termos morais?

A resposta finnisiana implica a exclusão de razões por serem moralmente inaceitáveis, pois atentam contra os absolutos morais ou ferem diretamente bens humanos básicos. Não obstante, tendo deixado de lado essas opções, é cedido um lugar de importância central às emoções. Como isso é possível? Ora, Finnis parte do fato de que a filosofia prática é um conhecimento orientado para determinar o que deve ser feito (*ought to do*). Dessarte, a razoabilidade prática consiste em ser razoável no momento de decidir, de assumir compromissos, ao escolher e executar determinados projetos e, em geral, em toda a ação humana. “A filosofia prática consiste numa reflexão disciplinada e crítica sobre o bem que pode ser realizado na ação humana e os requisitos de razoabilidade prática” (FINNIS, 2011b, p. 12). Tudo isso enfatiza que o espaço que corresponde às emoções no raciocínio jurídico-prático deve estar condicionado a não violar a concretização de tais bens humanos básicos.

Nesse contexto de ideias, se absolutos morais forem assumidos como limites negativos que moldam uma reserva de ações que nunca, sob nenhuma circunstância, devem ser escolhidas deliberadamente, as emoções podem ser um elemento de importância capital para escolher entre alternativas abertas. Assim, o espaço das emoções no raciocínio jurídico não se reduz a um monte de impulsos desordenados, sem nenhuma teleologia ou direção – como Hume eventualmente sugeriria –, mas muito pelo contrário. Dessa maneira, os sentimentos – *feelings*, como Finnis diz – têm uma direção que implica uma rejeição da mera arbitrariedade, na medida em que se apoiam no princípio moral fundamental (*morality's master principle*) que prescreve uma abertura para a realização do desenvolvimento humano integral, tanto na própria vida como na vida

de todos os seres humanos, em todas as comunidades (FINNIS, 2011c, p. 32).

Contudo, as orientações fornecidas por esse princípio levarão não tanto ao reconhecimento de uma resposta quanto à mais justa ou mais correta, mas – parafraseando Aarnio (2011, p. 165) –, à “uma resposta definitiva” (final answer), isto é, uma resposta que fecha uma deliberação entre várias opções moralmente aceitáveis. Tal resposta, como sustenta o Aarnio, nem sempre será a única correta. Porém, com Finnis, pode-se argumentar que, na medida em que os absolutos morais sejam respeitados, não será uma resposta injusta, mas razoável – embora possa haver outras ainda mais razoáveis ou adequadas. Dito em outro tom, será uma solução definitiva que pode ser descrita como razoável, mas não necessariamente a única correta; nem sequer a mais correta de todas as alternativas disponíveis.

CONCLUSÃO

O presente trabalho debruçou-se sobre a questão: em que medida o raciocínio prático, em geral, e o raciocínio jurídico, em particular, são capazes de determinar uma única resposta correta? Ante essa pergunta, o seguinte poderia ser respondido:

Segundo Dworkin, há sempre a possibilidade de determinar uma resposta que possa ser qualificada como a mais correta, mesmo diante de “casos difíceis”. Entretanto, como ele próprio reconhece, isso não significa que sua determinação ou especificação será simples ou – o que é o mesmo – que será pacificamente aceita por todos os operadores jurídicos.

Para Alexy, por outro lado, a possibilidade de uma única resposta correta depende das condições do discurso prático e do discurso jurídico – que nada mais seria do que um “caso especial” do discurso prático-moral. Contudo, como o próprio autor reconhece, essas condições representam condições ideais que, por definição, são sempre cumpridas de forma incompleta ou imperfeita. Apesar disso, vale a pena reconhecer a relevância da única resposta correta, não como uma possibilidade real, mas como um ideal regulatório de toda a prática do direito. Noutras palavras, os operadores legais, se desejam fazer com que suas reivindica-

ções pareçam fundamentadas, devem defender suas respostas a “casos difíceis”, como se essa fosse a solução mais justa ou correta.

Finnis, por sua vez, tem uma posição muito mais reticente à possibilidade de determinar uma única resposta correta ou uma solução única, que se mostre insuperavelmente mais justa ou mais correta para casos difíceis. Nessa lógica, o professor australiano argumenta que o raciocínio jurídico se baseia em um “limite” ou “teto superior” estabelecido por padrões morais absolutos, isto é, normas morais que prescrevem a possibilidade de assumir certas respostas que nada fazem além de ferir diretamente bens humanos básicos – aspectos fundamentais da realização humana integral, tanto da pessoa considerada individualmente quanto das comunidades. Todavia, como observa Rhonheimer (2008), normas morais absolutas são proibitivas e, portanto, não indicam linhas de ação positivas, mas implicam a exclusão de certas opções de qualquer deliberação prática – legal ou moral. É nesse contexto que as emoções, guiadas pelo princípio moral fundamental, que prescrevem uma abertura para a realização do desenvolvimento humano integral, fornecem critérios positivos para escolher entre várias alternativas corretas ou, para dizer bem, moralmente aceitáveis.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011.

ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. **Ratio Juris: International Journal of Philosophy of Law and General Jurisprudence**, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Transl. by B. Litschewski & L. P. Stanley. Oxford: Oxford University Press, 2002

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Trad. de Manuel Atienza. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and Context**. 7th ed. Durham: Carolina Academic Press, 2015

BIX, Brian. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 19XX.

CASAUBÓN, José. **El conocimiento jurídico**. Buenos Aires: EDUCA, 1984.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo. **Los grados del saber jurídico**. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, 1968.

FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FINNIS, John. Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales. Trad. de Carlos. I. Massini-Correas. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 28, p. 9-26, 1993.

FINNIS, John. Commensuration and Public Reason. In: FINNIS, John. **Reason in Action**. Oxford: Oxford University Press, 1990a.

FINNIS, John. Derecho natural y razonamiento jurídico. Trad. de Carlos I. Massini-Correas. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 33, p. 9-39, 1995.

FINNIS, John. Legal Reasoning and Practical Reason. In: FINNIS, J. **Reason in Action: Collected Essays**. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

FINNIS, John. **Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth**. Washington: The Catholic University of America Press, 1991.

FINNIS, John. Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas. In: FINNIS, John. **Reason in Action**. Oxford: Oxford University Press, 1990b.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning Natural Law. **Cleveland State Law Review**, v. 38, n. 1, p. 1-13, 1990c.

FINNIS, John. **Reason in Action: Collected Essays**. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Trad. de M. Carbonell e P. Salazar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

KRESS, Ken; ANDERSON, Scott. Dworkin in Transition. **The American Journal of Comparative Law**, v. 37, n. 2, p. 337-351, Spring 1989.

MAGNAVACCA, Silvia. **Léxico técnico de filosofía medieval**. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. Dworkin, Finnis y la “única respuesta correcta”. **Cuadernos de Extensión Jurídica**, Santiago, n. 13, p. 95-117, 2006.

MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio; GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. Valoración e inclusión en el derecho: La máxima ‘lex injusta non est lex’ y la iusfilosofía contemporánea. In: CIANCIARDO, Juan, et al. **Razón jurídica moral: Estudios sobre la valoración ética en el Derecho**. México: Porrúa, 2011.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **Yale Law Journal**, v. 81, n. 52, p. 823-854, 1972.

RAZ, Joseph. Review: Dworkin: A New Link in the Chain. **California Law Review**, v. 74, n. 3, p. 1103-1119, May 1986.

RHONHEIMER, Martin. **The Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy**. Washington: The Catholic University of America Press, 2008.

SHAPIRO, Scott. The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 22-50

SOPER, E. Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Debate. **Michigan Law Review**, v. 75, n. 3, p. 473-519, 1977.

TOMÁS DE AQUINO. **Comentário à Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Edição, tradução e notas de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Rio de Janeiro: Mutuus, 2015.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. Trad. M. Gascón. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZHAO, Yingnan. Do We Really Know Dworkin's 'One-Right-Answer' Thesis?. 20 março, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3144793>

O INSTITUTO JURÍDICO DAS CANDIDATURAS AVULSAS EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

INDEPENDENT CANDIDATES IN A
COMPARATIVE PERSPECTIVE

Luís Carlos Moura Guimarães¹

Data de Submissão: 04/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente trabalho busca analisar o instituto jurídico das candidaturas avulsas sob uma perspectiva comparada, destacando-se aspectos relacionados a experiências internacionais prévias (Alemanha, França, Reino Unido, Estados Unidos e Chile). Ao final, conclui-se que, ainda que haja pesquisas indicando um alto índice de descrença de brasileiros em relação aos representantes eleitos, governos estabelecidos e partidos políticos nacionais, as experiências internacionais analisadas apontam que dificilmente o permissivo das candidaturas avulsas por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal traria grandes repercussões no cenário político nacional, justamente pelo processo político estatal ser essencialmente calcado na figura das agremiações partidárias. Logo, por mais que possa se vislumbrar a alteração no cenário eleitoral como válida e positiva, não se compreende que seja dotada de exequibilidade imediata e nem que seus efeitos venham a alterar significativamente o quadro político-partidário consolidado no Brasil.

Palavras-chave: Direito Eleitoral; Direito Comparado; Candidaturas avulsas; Partidos políticos; Eleições.

1 Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador nas áreas de Direito Eleitoral e Direito Constitucional, vinculado ao Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da UnB, sob coordenação do Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6537009980527973>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6663-8731>.

Abstract: This paper aims to examine the independent candidates in a comparative perspective, highlighting some aspects of previous international experiences, including Germany, France, United Kingdom, United States and Chile. Finally, this paper reaches the conclusion that, although there are surveys indicating that Brazilians disbelieve elected representatives, established governments and national political parties at large, the international experiences analyzed point out that independent candidates do not have great repercussions on the national political scenario, precisely because the Brazilian electoral system is essentially based on political parties. Therefore, even if the change in the electoral scenario may be seen as valid and positive, it is not expected to be immediately feasible or to significantly affect the current electoral scenario in Brazil.

Keywords: Electoral Law; Comparative Law; Independent candidates; Political parties; Elections.

1. INTRODUÇÃO

A candidatura avulsa é um instituto jurídico existente em vários ordenamentos ao redor do globo, de forma que seu significado específico varia em função dos conformes dados pelas legislações de cada país que o apropria. No Brasil, como a filiação partidária é uma condição constitucional de elegibilidade (art. 14, § 3º, V) e a legislação ordinária e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) não reconhecem a candidatura avulsa, o significado da expressão em nosso ordenamento jurídico se dá *a contrario sensu*, a saber, uma candidatura dissociada de partidos políticos.

No cenário nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) avaliará se a adoção das candidaturas avulsas fere ou não as disposições do supracitado dispositivo da Constituição Federal (CF/1988), por meio do RE 1.238.853/RJ, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, havendo efetivamente um debate entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade, uma vez que a discussão é oriunda do prescrito no Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992).

Quanto a isso, há linhas argumentativas que presam pela supremacia da Constituição Federal em face do Pacto, com a conseqüente impossibilidade de admissão das candidaturas avulsas, dado que o STF já se manifestou pela caráter de cláusulas intangíveis² das disposições contidas entre os arts. 5º e 17 e pelo fato de o Pacto de São José da Costa Rica não ter auferido o patamar de Emenda Constitucional, na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988. Outros, porém, entendem pela constitucionalidade do instituto, calcando-se na previsão de que o fenômeno encontra repercussão em tratados de Direitos Humanos e a própria Constituição não elenca rol taxativo de direitos e garantias fundamentais, além de existirem precedentes relativos à flexibilização das condições de elegibilidade (ARAS, 2018, p. 12-18).

Fato é que o Artigo 23 do Pacto prevê o direito de todo cidadão ter acesso, em condições gerais de igualdades, às funções públicas de seu país, inspirando-se no Artigo 20 da Declaração Universal dos Direitos

2 CF/1988, Art. 60, § 4º.

Humanos, a qual enuncia que ninguém pode ser compelido a participar de uma associação. A conjugação de ambos os diplomas indica, ao menos no plano do Direito Internacional, para a possibilidade de os cidadãos concorrerem a cargos eletivos quando não estejam filiados a partidos políticos, desde que a legislação do respectivo país não imponha referida condição (ACE ELECTORAL KNOWLEDGE NETWORK, 2012, p. 65), visto que cabe a cada Estado, por meio de sua soberania, definir as regras do jogo eleitoral.

Nesse sentido, no caso *Castaneda Gutman v. Mexico*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apontou que o requerimento da legislação local de filiação a partidos políticos para que os candidatos pudessem disputar algum cargo eletivo não viola o Artigo 20, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde que não sejam discriminados no processo intrapartidário de seleção (DEMOCRACY REPORTING INTERNATIONAL, 2012, p. 32).

Como já exposto, o Brasil se encontra no grupo que faz restrições à participação de candidatos não filiados a partidos políticos, por meio da supramencionada disposição constitucional e de sua respectiva regulamentação infraconstitucional (Lei nº 9.096/1995). Em termos práticos, constata-se uma certa restrição à participação de candidatos avulsos na maioria dos sistemas parlamentaristas ao redor do mundo, especialmente à nível nacional, em virtude de apenas os partidos políticos receberem financiamento público e terem condições mais palpáveis de disputarem os cargos eletivos (ACE ELECTORAL KNOWLEDGE NETWORK, 2012, p. 66).

Assim, ao menos em uma primeira visão, as candidaturas avulsas parecem estar mais alinhadas com eleições e cargos regidos pelo sistema majoritário. Se os pressupostos dos partidos políticos modernos estão justamente calcados na despersonalização do poder e no ideal de representação coletiva de determinadas matizes ideológicas suficientemente organizadas na sociedade (BARACHO, 1979, p. 151), a ideia de um cidadão ser eleito sem esse substrato contraria a evolução do arquétipo representativo das agremiações partidárias, cuja atuação deve ser calcada em programas ideológicos definidos, por meio da canalização das necessidades, solicitações e esperanças da sociedade em geral, e não apenas

de seus filiados, de forma que o pluralismo se torna um dos pilares da liberdade política (CERRONI, 1982, p. 50, 51 e 58).

Passando ao largo dos debates adjacentes que circundam a discussão acerca do binômico “candidaturas avulsas e partidos políticos”, o presente trabalho busca analisar algumas experiências internacionais relativas às candidaturas avulsas, com enfoque na Europa³ e na América, a fim de que possam ser posteriormente observadas as principais características de cada um dos sistemas, tanto no âmbito político como no cenário jurídico, bem como os efeitos percebidos no respectivo processo eleitoral em face de sua adoção.

Ao final, cotejam-se as conclusões extraídas com o cenário político-partidário observado no Brasil, a fim de que se compreenda como a adoção do instituto jurídico poderia influir no cenário nacional.

2. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

2.1. Alemanha

Constitui-se em uma república parlamentar federal, subdividida em 16 (dezesesseis) *Länder* (estados). Atualmente, o sistema eleitoral que vige na Alemanha para a composição do *Bundestag* (Parlamento) é o distrital misto, que congloba características de dois outros modelos eleitorais, quais sejam, o majoritário e o proporcional.

Para o componente majoritário do sistema distrital misto, o *Land* (estado) é dividido em distritos eleitorais, no quais se elege um único parlamentar para cada um desses distritos (caráter personalíssimo, permitindo-se a candidatura avulsa). Quanto à dimensão proporcional do sistema, cada partido político apresenta uma lista fechada de candidatos, formulada exclusivamente com seus integrantes. Logo, no caso das eleições para o Parlamento Alemão, o eleitor possui direito a 2 (dois) votos: o primeiro, no candidato de

3 No caso dos países europeus, serão analisados apenas os cenários das eleições nacionais, não se levando em conta os pleitos para o Parlamento Europeu ou para mandatos que não os de índole nacional.

sua preferência e no âmbito de seu distrito; o segundo, na legenda política de sua preferência (BARROSO, 2006, p. 6).

Além disso, as eleições para Presidente (chefia de Estado) e Chanceler (chefia de Governo) não possuem participação popular direta, sendo esses indicados, respectivamente (i) pela Assembleia Federal (composta por membros do *Bundestag* e por delegados dos legislativos estaduais) e (ii) pela bancada majoritária do *Bundestag*⁴. Interessante notar, inclusive, que nenhum dos cargos precisa ser necessariamente ocupado por um parlamentar federal, apesar de serem ambos escolhidos com a participação do *Bundestag*.

Nessa toada, relativamente aos 299 (duzentos e noventa e nove) membros do Parlamento Alemão que são eleitos no sistema majoritário por meio dos distritos (primeiro voto), dentre os quais estão os candidatos avulsos, não há a exigência de pagamento para que se participe do pleito eleitoral e são necessárias ao menos 200 (duzentas) assinaturas em favor de sua candidatura. Os outros 299 membros são oriundos das listas partidárias dos *Länder* (segundo voto), determinando-se primeiramente a quantidade de cadeiras por cada *Land*, baseada na população do local. Ademais, essa quantidade pode ser ampliada no processo de conversão de votos em cadeiras no *Bundestag*, no intuito de garantir que cada partido receba um mínimo de assentos e que o número final esteja alinhado com o desempenho nacional da legenda, com base nesse segundo voto (DEUTSCHER BUNDESTAG).

Na 19ª legislatura do *Bundestag*, os 299 assentos originais para o segundo voto foram ampliados para 410, de forma que os 3 candidatos avulsos inicialmente eleitos se converteram em 8, no intuito de manutenção da proporcionalidade inicialmente vislumbrada:

4 Informações disponíveis no ambiente virtual da Deutsche Welle, em <<https://p.dw.com/p/2XJwu>> e <<https://p.dw.com/p/7IMq>>. Acesso em 09/06/2021.

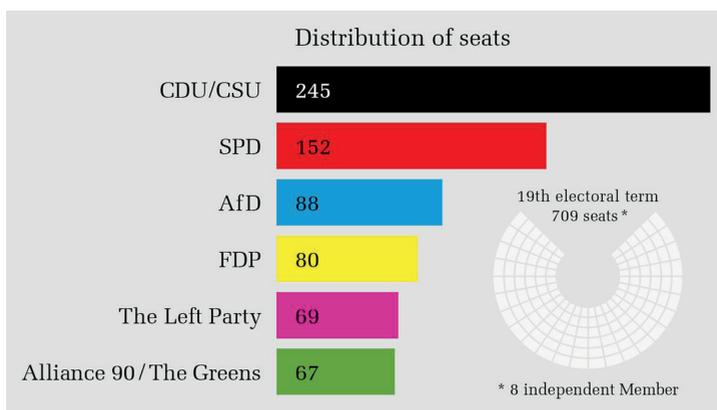


Figura 1 – *Distribution of seats in the 19th German Bundestag*. Fonte: *Deutscher Bundestag*⁵

Grupo Parlamentar	Mandatos Diretos	Lista dos <i>Länder</i>	Total
União Democrata-Cristã (CDU) e União Social-Cristã (CSU) – Coligação CDU/CSU	230	15	245
Partido Social-Democrata da Alemanha (SPD)	58	94	152
Alternativa para a Alemanha (AfD)	2	86	88
Partido Democrático Liberal (FDP)	–	80	80
O Partido da Esquerda	5	64	69
Aliança 90/Os Verdes	1	66	67
<u>Candidatos Avulsos</u>	<u>3</u>	<u>5</u>	<u>8</u>
Total	299	410	709

Tabela 1 – Mandatos diretos e Listas dos *Länder*.

Fonte: *Deutscher Bundestag*⁶. Tradução livre.

5 Informações disponibilizadas em <<https://www.bundestag.de/en/parliament/groups#url=L2VuL3BhcmxpYW1lbnQvZ3JvdXBzL2dyb3Vwcy1kaXN-0cmlidXRpb24tMTk3NjQ0&mod=mod487054>>. Acesso em 09/06/2021.

6 Informações disponibilizadas em <<https://www.bundestag.de/en/parliament/ple-nary/19thbundestag-245692>>. Acesso em 09/06/2021.

2.2. França

A França é uma república unitária semipresidencialista, dividida em 18 (dezoito) regiões administrativas⁷, que estão subdivididas em departamentos numerados. No caso do semipresidencialismo, há uma combinação de elementos dos sistemas presidencial e parlamentar. O Presidente da República Francesa é eleito diretamente pelo povo⁸, exercendo a chefia do Estado e desempenhando um conjunto limitado de competências, incluída entre elas a participação na nomeação do Primeiro-Ministro e a indicação de Ministros da Suprema Corte, por exemplo. Já o Primeiro-Ministro é o chefe do Governo, sendo o chefe da Administração Pública e responsável pela rotina política (BARROSO, 2006, p. 6).

O Parlamento da República Francesa é composto pela Assembleia Nacional (Câmara Baixa), com 577 (quinhentos e setenta e sete) membros e pelo Senado (Câmara Alta), composto de 348 (trezentos e quarenta e oito membros), totalizando 925 (novecentos e vinte e cinco) parlamentares⁹.

Paras as eleições da Assembleia Nacional, cujo mandato é de 5 (cinco) anos, a França adotou o sistema distrital-majoritário, no qual o país é dividido em 577 distritos, cada um representando uma cadeira na Assembleia. Para que o parlamentar possa ser eleito em primeiro turno, deve obter mais de 50% dos votos, sendo que todos aqueles que compareceram para votar devem representar pelo menos 25% do eleitorado apto para o distrito; caso nenhum candidato consiga tal marca, haverá um segundo turno no qual participarão todos aqueles candidatos que alcançaram ao menos 12,5% dos votos¹⁰ – logo, um candidato que não alcance 50% dos votos pode acabar sendo eleito, no segundo turno.

7 Dessas 18 regiões administrativas, 13 (treze) estão na França Continental, ao passo que as outras 5 (cinco) estão em regiões ultramarinas.

8 O Presidente da República Francesa é eleito para um mandato de 5 (cinco) anos, não podendo servir mais de dois mandatos consecutivos. Caso nenhum candidato obtenha a maioria dos votos válidos no primeiro turno, um segundo turno deve ser organizado.

9 As eleições para o Senado Francês são indiretas, razão pela qual não serão abordadas no presente trabalho, em razão do escopo que fora anteriormente definido.

10 Essa porcentagem de 12,5% se refere ao total de votos do distrito, e não àquele percentual dos que efetivamente votaram.

Tal qual ocorre na Alemanha, a França permite a participação de candidatos não filiados a partidos políticos nos pleitos de forma gratuita, mas não exige nenhuma quantidade de assinaturas, seja para as candidaturas avulsas, seja para as candidaturas partidárias.

No tocante à representação política, após as Eleições de 2017 e segundo dados oficiais da Assembleia Nacional, a França possui 23 (vinte e três) congressistas sem filiação a partido político (cor cinza). Deve-se ressaltar também que o atual Presidente da França, Emmanuel Macron, bem como 269 (duzentos e sessenta e nove) congressistas (cor roxa), são membros do partido político *La République Em Marche!*, fundado apenas um ano antes do pleito¹¹:

11 Informações disponibilizadas em <<http://www.assemblee-nationale.fr/>>. Acesso em 09/06/2021.

Les députés de la XV^e législature

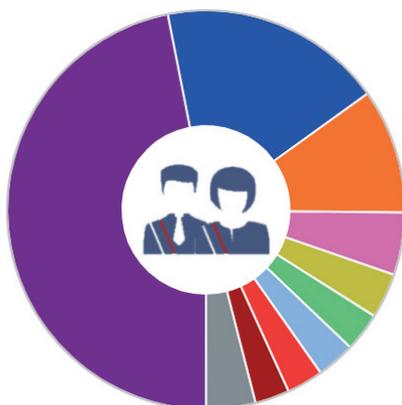


Figura 2 – *Les députés de la XV^e législature.*

Fonte: *Assemblée nationale*¹²

NON INSCRIT⁽²³⁾

Mme Delphine Bagarry
Mme Delphine Batho
M. Bruno Bilde
Mme Émilie Cariou
M. Sébastien Chenu
M. Guillaume Chiche
M. Nicolas Dupont-Aignan
M. José Evrard

Mme Paula Forteza
M. Olivier Gaillard
Mme Albane Gaillot
Mme Myriane Houplain
M. Hubert Julien-Laferrrière
Mme Fiona Lazaar
Mme Marine Le Pen
Mme Marie-France Lorho

M. Nicolas Meizonnet
Mme Emmanuelle Ménard
M. Matthieu Orphelin
Mme Catherine Pujol
M. Joachim Son-Forget
M. Aurélien Taché
M. Cédric Villani

Figura 3 – *Liste des députés par groupe politique – Non inscrit (23).*

Fonte: *Assemblée nationale*¹³

12 *Ibid* [12].

13 Informações disponibilizadas em <<https://www2.assemblee-nationale.fr/deputes/liste/groupe-politique>>. Acesso em 09/06/2021.

2.3. Reino Unido

O Reino Unido é um país insular, composto por quatro nações: (i) Inglaterra, (ii) Escócia, (iii) País de Gales e (iv) Irlanda do Norte. O sistema de governo adotado é a monarquia constitucional parlamentarista, na qual a chefia de Estado fica a cargo do monarca e a chefia de Governo é de competência do Primeiro-Ministro. Nesse sentido, interessante ressaltar que o cargo é fruto de um desenvolvimento histórico e, segundo as convenções britânicas, responsável por exercer os poderes executivos que originalmente pertencem ao monarca, a despeito de ser ele na prática o comandante do Poder Executivo do Reino-Unido¹⁴.

Relativamente ao Poder Legislativo, a figura central da política britânica é o *UK Parliament* (Parlamento), sendo esse subdividido na Câmara dos Comuns e na Câmara dos Lordes. Os integrantes da Câmara dos Lordes são indicados pelo monarca, ao passo que os membros do Parlamento são eleitos pela população britânica, em um sistema que divide o Reino Unido em 650 (seiscentos e cinquenta) círculos eleitorais, com as eleições sendo regidas pelo sistema majoritário simples.

O Reino Unido também permite a participação de candidatos não filiados a partidos políticos em suas eleições, não exigindo nenhuma lista de assinaturas para tal, mas sim o pagamento de uma taxa de 500 (quinhentas) libras esterlinas até o décimo nono dia anterior ao pleito (THE ELECTORAL COMMISSION, 2018, p. 7).

A Câmara dos Comuns é composta por 650 membros, de forma que, após as Eleições Gerais de 2019 e segundo dados oficiais atualizados do *Parliament*, há cinco representantes não filiados a partidos políticos: (i) Jonathan Edwards, pelo círculo eleitoral de *Carmarthen East and Dinefwr*, (ii) Jeremy Corbyn, por *Islington North*, (iii) Rob Roberts, por *Delyn*, (iv) Margaret Ferrier, representante de *Rutherglen and Hamilton West*, e (v) Cláudia Webbe, de *Leicester East*¹⁵.

14 O Primeiro-Ministro é designado pelo monarca, mas tipicamente é o líder do partido político/coalizão que possui o maior número de representantes no *Parliament*.

15 Informações disponibilizadas em <<https://members.parliament.uk/members/commons?partyid=8>>. Acesso em 09/06/2021.

Existe um outro membro do *Parliament* que não é filiado a nenhum partido político, que é aquele eleito pelos seus pares para ocupar o cargo de *Speaker of the House of Commons*, responsável pela mediação das atividades da casa. Todavia, essa “neutralidade” para com os partidos políticos é uma exigência para a ocupação do cargo, devendo o *Speaker* renunciar a sua filiação partidária e se manter distante da rotina da agremiação inclusive após a sua aposentadoria; sua representação do círculo eleitoral por meio do qual foi eleito permanece, compatibilizando-se com o cargo de *Speaker* e não sendo perdidas suas demais funções como membro do Parlamento (THE PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM):



Figura 4 – *State of the parties*. Fonte: *The Parliament of the United Kingdom*¹⁶

16 Informações disponibilizadas em <<https://members.parliament.uk/parties/Commons>>. Acesso em 09/06/2021.

2.4. Estados Unidos

Os Estados Unidos da América são uma república federativa, integrada por 50 (cinquenta) estados e por 1 (um) distrito federal (*Washington, D.C.*). No âmbito das eleições federais, que envolvem (i) o cargo de Presidente da República e (ii) mandatos na *House of Representatives* (Câmara dos Deputados) e no *Senate* (Senado), há possibilidade de candidaturas avulsas. Em relação aos estados federados, o regramento acerca das eleições locais fica a cargo do respectivo ente, de forma que não serão levados em conta no presente tópico, a fim de que se mantenha um faixa de análise em âmbito nacional.

O Presidente ocupa tanto a função de chefia de Estado como de chefia de Governo, sendo eleito a cada 4 (quatro) anos. Apesar da existência de partidos políticos menores e da possibilidade de candidatos não filiados a agremiações, há uma polarização histórica entre o Partido Democrata e o Partido Republicano, os quais escolhem seus candidatos por meio da realização de prévias eleitorais; posteriormente, o candidato mais votado escolhe seu Vice-Presidente, o qual integrará seu *ticket* nas eleições para a Presidência.

Segundo o Artigo 2º, Seção 1, da Constituição dos Estados Unidos da América¹⁷, os cidadãos americanos, ao irem às urnas para escolherem o candidato de sua preferência, não votam diretamente para o Presidente, mas sim de forma indireta, visto que quem escolhe o presidente efetivamente é um colégio eleitoral formado pelos *electors* (delegados) daquele estado e do distrito federal. O mesmo dispositivo constitucional determina que o número de delegados de cada estado e de *Washington, D.C.* é igual ao somatório de número de deputados e senadores a que esse ente federativo tem direito, proporcionalmente à sua população, o que resulta ao final em 538 (quinhentos e trinta e oito) delegados.

Em 48 (quarenta e oito) estados e no Distrito Federal de Washington, o candidato mais votado no respectivo local por meio do voto popular “ganha” todos os delegados daquele ente federado (*“the winner takes all”*), ao passo que os estados do Maine e do Nebraska adotam um

17 Texto integral disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 09/06/2021.

sistema no qual os delegados são designados proporcionalmente aos números dos votos populares. Em termos matemáticos, o candidato precisa de 270 (duzentos e setenta) votos de delegados para ser eleito; no caso de a quantidade não ser alcançada, a decisão cabe à *House of Representatives*.

Historicamente, os colégios eleitorais ratificam o voto popular e replicam o desejo do eleitorado, ainda que a Constituição Americana não obrigue, com alguns poucos exemplos de dissidência. Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do julgamento *Chiafalo v. Washington*¹⁸, afirmou a constitucionalidade de leis estaduais que obrigam os colégios eleitorais a seguirem a determinação do voto popular e que eventualmente imponham sanções aos delegados que o descumprirem.

A Câmara dos Deputados possui 435 (quatrocentos e trinta e cinco) membros, cada um oriundo de um distrito eleitoral ao longo dos EUA, com a realização de novas eleições a cada 2 (dois) anos, de forma que cada distrito possui direito a um membro e o estado possui o número de deputados proporcional a sua população. Já no caso do Senado, seus integrantes são eleitos para mandatos de 6 (seis) anos, de forma que, a cada 2 anos, 1/3 dos membros da casa é eleito para um novo mandato; como cada estado possui direito a 2 senadores, há um total de 100 (cem), sendo que a Presidência do Senado é exercida pelo Vice-Presidente dos EUA. Tanto deputados como senadores são eleitos no âmbito dos distritos e estados, respectivamente, por meio do sistema majoritário simples.

O critério dos Estados Unidos para registro de candidaturas, seja para a Câmara dos Deputados ou Senado, seja para Presidente, é exclusivamente financeiro: cumpridos os requisitos do cargo, a pessoa precisa ou gastar ou angariar ao menos US\$ 5.000 para a campanha, sendo ou não filiada a partido político (FEDERAL ELECTION COMMISSION OF THE UNITED STATES OF AMERICA). No momento, para o 117º Congresso dos Estados Unidos da América, há a presença de apenas 2 senadores independentes, os quais entretanto são alinhados ao Partido Democrata. Atualmente, a divisão das cadeiras por grupo político é a seguinte:

18 Decisão proferida em 6 de julho de 2020. Texto integral disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-465_i425.pdf>. Acesso em 09/06/2021.



Figura 5 – *House of Representatives (117th Congress House Lineup)*.

Fonte: *U.S. House of Representatives*¹⁹

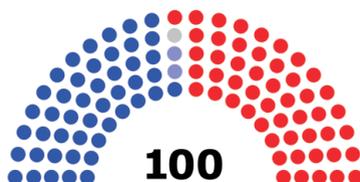


Figura 6 – *Senate composition by party*.

Fonte: *Wikimedia Commons*²⁰

O representante avulso de maior relevo no cenário político estadunidense atual é do Senador Angus Stanley King Jr. (estado do Maine), político não filiado a uma agremiação partidária desde 1993. Além de ter vencido os representantes dos Partidos Republicano e Democrata por uma das cadeiras no Senado, foi Governador do Maine entre 1995 e 2003 – o estado conta com uma população de cerca de 1,3 milhão de pessoas, segundo dados de julho de 2019²¹.

19 Informações disponibilizadas em <<https://pressgallery.house.gov/member-data/party-breakdown>>. Acesso em 09/06/2021.

20 Cada círculo representa um senador eleito pelo seu respectivo partido: (i) em azul, os democratas; (ii) em vermelho, os republicanos; (iii) em lilás, os independentes; e (iv) em cinza, a Presidência.

Informações disponibilizadas em <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_current_United_States_senators#/media/File:117th_United_States_Senate.svg>. Acesso em 09/06/2021.

21 Informação disponível em <<https://www.census.gov/quickfacts/ME>>. Acesso em 09/06/2021.

2.5. Chile

O Chile é uma república unitária presidencialista, subdividida administrativamente em regiões e estas em províncias; para efeito da administração local, as províncias são ainda subdivididas em comunas. Segundo a Constituição Política da República Chilena²², o Presidente da República é eleito para um mandato de 4 (quatro) anos, sem possibilidade de reeleição, e o Congresso Nacional adota a forma bicameral (Câmara dos Deputados e Senado).

Com relação às candidaturas avulsas, a própria Constituição do Chile, em seu artigo 18, prevê não só a sua efetiva existência, como também a plena igualdade entre essas e aquelas candidaturas fundadas nos partidos políticos²³. Interessante notar que, entre os países destacados no presente trabalho, o Chile é o único que possui previsão constitucional expressa relativa às candidaturas avulsas, seja para o Congresso Nacional, seja para a Presidência da República, de forma que nos demais países o tratamento ficou a cargo do legislador ordinário.

No caso das eleições presidenciais, o eleito é definido pelo voto popular, sob o critério de maioria absoluta, possibilitando-se eventual realização de um segundo turno, caso um dos candidatos não alcance mais da metade dos votos válidos.

A divisão político-eleitoral do Chile relacionada ao Poder Legislativo é diversa da administrativa, havendo as circunscrições e os distritos, que definem, respectivamente, os integrantes do Senado e da Câmara dos Deputados. Após uma reforma eleitoral promovida pela *Ley 20.840, el 5 de mayo de 2015*, o Chile refez o desenho de seu Congresso Nacional, de forma que existem atualmente 15 (dezenove) circunscrições e 28 (vinte e oito) distritos.

22 Decreto n° 100, de 17 de setembro de 2005, que coordena e sistematiza a Constituição. Texto integral disponível em <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=8563602>>. Acesso 09/06/2021.

23 “Artículo 18.- Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos. Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral.”

O Senado, em 2022, será composto por 50 (cinquenta) senadores, ao passo que a Câmara dos Deputados já é composta por 155 (cento e cinquenta e cinco) deputados desde 2018 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE):

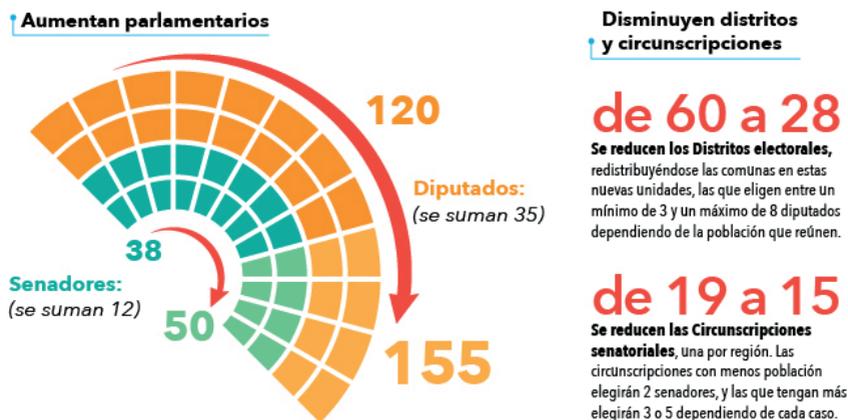


Figura 7 – Nova formatação do Congresso Nacional do Chile.

Fonte: *Universidad de Chile*²⁴

O número de parlamentares a ser eleito nas circunscrições e distritos também foi redefinido pela *Ley n° 20.840*, estando relacionado ao número de cidadãos da respectiva área. Segundo os artigos 47 e 49 da Constituição da República do Chile, os membros do Congresso Nacional são eleitos pelo voto direto, de forma que os deputados possuem mandatos de 4 (quatro) anos e o senadores de 8 (oito) anos – nesse sentido, os membros do Senado se renovam alternativamente, a cada 4 (quatro) anos.

A reforma eleitoral promovida pelo Chile inaugurou um sistema eleitoral calcado no Método D'Hont, um modelo matemático destinado à distribuição de votos a mandatos eletivos, no âmbito de um órgão co-

24 Imagem utilizada na matéria *Claves para entender el nuevo sistema electoral proporcional*, de Felipe Ramirez, publicada em 09/05/2017. Disponível em <<https://www.uchile.cl/noticias/133013/claves-para-entender-el-nuevo-sistema-electoral-proporcional>>. Acesso em 09/06/2021.

legiado, cujo objetivo central é a manutenção de uma proporcionalidade na distribuição das cadeiras. Em apertada síntese, no caso do Chile, os votos angariados pelos partidos políticos, coligações e candidatos avulsos em determinada lista são sucessivamente divididos por quocientes, com os números variando desde 1 (um) ao máximo de vagas a serem preenchidos no âmbito daquela circunscrição ou distrito. Posteriormente, organizam-se os valores em ordem decrescente para apontamento dos eleitos (SERVICIO ELECTORAL DEL CHILE, 2015). Caso haja empate entre candidatos de uma mesma lista ou de uma lista diversa, o *Tribunal Calificador de Elecciones* procederá à realização de uma audiência pública, com o sorteio do vencedor (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2015).

No caso de uma coligação que tenha alcançado determinado número de cadeiras para a Câmara dos Deputados ou para o Senado, há nova aplicação do Método D'Hont em seu âmbito interno, a fim de que os mandatos eletivos sejam distribuídos proporcionalmente aos partidos políticos que a integram.

Além disso, os partidos políticos e as coligações só podem indicar para o pleito no âmbito da respectiva circunscrição ou distrito apenas 1 (um) número a mais que o número de representantes previstos na legislação (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2015).

Tendo-se como exemplo a *Región de Atacama*: (i) há um único distrito no qual os candidatos concorrerão a 5 (cinco) vagas para a Câmara dos Deputados, (ii) a coligação e cada partido político poderão indicar no máximo 6 (seis) candidatos, (iii) existe uma população hipotética de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) habitantes e (iv) os votos alcançados pela coligação, partidos e pelo candidato avulso foram os apontados na tabela abaixo, ter-se-ia o que segue²⁵:

25 No exemplo hipotético traçado, o Partido Z foi o vencedor do sorteio promovido pelo *Tribunal Calificador de Elecciones*.

Concorrentes	Quociente				
	1	2	3	4	5
Coligação	90.000	45.000	22.500	11.250	5.625
Partido X	60.000	<u>30.000</u>	15.000	7.500	3.750
Partido Y	50.000	25.000	12.500	6.250	3.125
Partido Z	<u>30.000*</u>	15.000	7.500	3.750	1.875
Independente	20.000	10.000	5.000	2.500	1.250

Tabela 2 – Exemplo de eleição para a Câmara dos Deputados do Chile na *Región de Atacama*. Elaborada pelo autor.

No âmbito interno da Coligação, no exemplo integrada pelos Partidos A, B e C²⁶, há a seguinte situação quanto aos 90.000 (noventa mil) votos recebidos:

Agremiações integrantes	Número de candidatos eleitos pela Coligação	
	1	2
Partido A	52.000	26.000
Partido B	27.000	13.500
Partido C	11.000	5.500

Tabela 3 – Exemplo dos votos recebidos pela Coligação na *Región de Atacama*. Elaborada pelo autor.

Assim, na situação hipotética acima delineada, os 5 (cinco) deputados chilenos representantes da *Región de Atacama* seriam os candidatos mais votados oriundos dos Partidos A, B, X, Y e Z, mediante aplicação do Método D'Hont.

Segundo a *Ley n° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios*, os candidatos não filiados a partidos políticos podem concorrer de forma independente ou integrando coligações, os chamados *pactos*. Independentemente da modalidade, os candidatos avulsos não

26 O Chile também permite com que os partidos políticos se associem a candidatos avulsos em coligações eleitorais (artigo 4°, da *Ley n° 18.700, el 06 de septiembre de 2017*).

podem estar filiados a partir políticos nos nove meses anteriores ao prazo para apresentação dos registros de candidatura.

Para os candidatos avulsos que competirão de forma independente, a legislação chilena exige uma quantidade mínima de apoiadores da candidatura, no patamar de 0,5% dos cidadãos que tenham votado nas eleições periódicas anteriores²⁷, de acordo com os dados oficiais do *Tribunal Calificador de Elecciones*. Os apoiadores da candidatura não podem estar vinculados a um partido político constituído ou em formação; além disso, devem estar habilitados para votar no âmbito da respectiva circunscrição ou distrito. No caso de candidatos avulsos integrantes de *pacto*, não há referido requisito (LEICHTLE, 2018, p. 1-2).

Após as Eleições de 2017, existem atualmente 26 (vinte e seis) parlamentares independentes no Congresso Nacional²⁸: 20 (vinte) para a Câmara dos Deputados e 6 (seis) para o Senado.

3. CONCLUSÕES E CENÁRIO BRASILEIRO

Como anteriormente abordado, não se pretende aqui discutir a (in) conformidade das candidaturas avulsas com o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim se extrair reflexões e perspectivas na hipótese de sua adoção pelo Brasil, em comparação com os quadros político-partidários descritos nos países acima citados.

Nesse sentido, a escolha de observação dos europeus Alemanha, França e Reino Unido, bem como dos americanos Chile e Estados Unidos se justifica, em primeiro lugar, pela qualidade da democracia apurada nesses países: no estudo realizado pelo grupo da revista britânica *The Economist*, relativamente ao ano de 2019, todos os 5 (cinco) países foram qualificados como *full democracies* (“democracias amplas”), ao passo que

27 O voto no Chile é facultativo, mas o artigo 13 da Constituição da República outorga a qualidade de cidadão ao nacional, e o conseqüente direito de sufrágio, de forma automática aos 18 (dezoito) anos.

28 Informações disponíveis em <https://www.camara.cl/diputados/partidos_politicos.aspx> e <<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=senadores&ac=listado>>. Acesso em 09/06/2021.

o Brasil foi enquadrado como uma *flawed democracy* (“democracia falha”) (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2020).

Dessa forma, se o instituto das candidaturas avulsas (i) só existe genuinamente em países nos quais há um ambiente democrático para as eleições e (ii) coloca o cidadão no centro da cultura política do país, pois o desvincula da figura de uma agremiação partidária para sua participação oficial no processo do poder do Estado, entende-se que as lições sobre o tema devem ser buscadas em países cujos índices apontam para ambientes suficientemente sólidos e íntegros, sob pena do próprio desvirtuamento da análise.

Além disso, Alemanha, França, Reino-Unido e Estados Unidos estão entre os países mais populosos do mundo, juntos alcançando a marca de aproximadamente 548 (quinhentos e quarenta e oito) milhões de pessoas, segundo o *World Population Dashboard*, com dados angariados pelo *United Nations Population Fund*²⁹. Assim, possibilita-se uma análise de países cujas democracias são consideradas suficientemente sólidas e com populações, ao menos diante do recorte selecionado, relativamente próximas à brasileira – 221 (duzentos e vinte e um) milhões.

O Chile, a despeito de possuir cerca de 19 (dezenove) milhões de habitantes, portanto menos de 10% do Brasil, é um país cuja história recente muito se assemelha à do Brasil, especialmente no que tange à existência de um severo regime militar no séc. XX, o qual muito marcou a história política do país. Ademais, ambos os países são enquadrados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) como países em desenvolvimento, o que conjuntamente revela um quadro socioeconômico interessante para fins de análise comparada (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2017).

Perpassados referidos pontos, deve-se frisar que os partidos políticos, enquanto efetivos entes intermediários entre o poder e a população civil, são instituições que devem possuir papel perene no processo estatal, sendo impossível vislumbrar uma agremiação partidária, em sua concepção orgânica, que se preocupe apenas com seu desempenho nos chamados anos eleitorais.

29 Dados disponíveis em <<https://www.unfpa.org/data/world-population-dashboar>>. Acesso em 09/06/2021.

Com relação ao Brasil, a própria Lei dos Partidos Políticos prevê a criação pelas agremiações de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política por meio de recursos oriundos do Fundo Partidário³⁰, o que demonstra a opção brasileira para que os partidos políticos sejam efetivos polos de uma cultura política na sociedade civil, buscando-se construir uma ponte entre o processo de poder estatal e o povo.

Entretanto, fato é que essa perspectiva sócio-política e normativa não encontra respaldo na população. Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos em 2017, revisitada em 2018, apontou que (i) 64% dos brasileiros acredita que seus representantes não se preocupam com o bem-estar do povo e (ii) 81% da população não confia no governo estabelecido. Ademais, a mesma pesquisa apurou que igualmente 81% dos cidadãos brasileiros não enxerga os partidos políticos como instituições confiáveis (IPSOS PUBLIC AFFAIRS, 2018, p. 9, 23 e 24), o que demonstra a altíssima descrença da população para com as agremiações partidárias, tidas como nucleares para nossa democracia pela Constituição Federal e pela legislação ordinária.

Ademais, soma-se a esse quadro o fato de a liderança política tradicional brasileira ser calcada no personalismo, a exemplo do que ocorrera com Getúlio Vargas, de forma que, em geral, os partidos políticos e o Poder Legislativo são retirados do foco do debate popular, sendo que o político unitário é visto como aquele que “canaliza as ações políticas e conduz as operações e negociações políticas e econômicas” (ORTUNES, MARTINHO e CHAIA, 2019, p. 195).

A conjugação entre a descrença popular nos partidos políticos e uma histórica personificação do poder no Brasil leva a outros dados relevantes: o Instituto Ipsos também constatou que (i) 51% da população nacional aceitaria um líder forte e disposto a quebrar as regras tradicionais para “consertar o Brasil”, nos exatos termos em que indagados e (ii) 46% dos brasileiros acredita não ser arriscado a escolha de partidos ou políticos com ideias de mudanças radicais que não estiveram no poder anteriormente (IPSOS PUBLIC AFFAIRS, 2018, p. 11 e 12).

Assim, ao menos em tese, há subsídio sócio-político e fático para se defender que as escolhas brasileiras de representantes são eminente-

30 Lei nº 9.096/1995, Art. 44, inciso IV.

mente calcadas nas figuras unitárias dos políticos, com as agremiações partidárias em um segundo plano, inclusive com número relevante de eleitores aceitando governantes relativamente radicais.

No tocante às experiências internacionais analisadas, é perceptível que a adoção pura e simples de candidaturas avulsas não produziu um número relevante de eleitos não filiados a partidos políticos. Em alguns países, os números percentuais aproximados indicam uma baixíssima presença de candidatos avulsos nas Câmaras de Deputados, a exemplo de Alemanha (1%) e Inglaterra (0,8%), o que acaba por viabilizar inclusive uma governabilidade do bloco dominante sem a necessidade de diálogos com essa parcela minoritária.

Percentualmente, a França não possui um grande volume de candidatos independentes – 4% na Assembleia Nacional, aproximadamente; entretanto, esse percentual representa 23 (vinte e três) deputados, número próximo aos 30 (trinta) eleitos pelo grupo de partidos socialistas – *Groupe Socialistes et apparentés*³¹.

Ademais, ressalta-se que o partido político dominante na Assembleia Nacional e ao qual o Presidente Emmanuel Macron é filiado, *La République Em Marche!*, cujo objetivo central é inclusive a renovação da política francesa³², foi criado apenas 1 (um) ano antes das eleições nacionais do país. Logo, apesar de o grupo ser considerado pela legislação francesa como partido político válido e poder participar das eleições no país, é difícil apontar pela existência de uma agremiação partidária em sua concepção orgânica (CERRONI, 1982, p. 74).

O Chile possui percentuais mais altos de candidatos eleitos não filiados a partidos políticos – 13% na Câmara dos Deputados e 14% no Senado –, os quais inclusive possuem consonância com os “números absolutos”: os 20 (dezoito) deputados formam o terceiro maior “bloco” da casa, ao passo que os 6 (seis) senadores são número próximo ao de eleitos por partidos políticos tradicionais no país, como o *Partido por la*

31 *Ibid* [14].

32 Status, *La République Em Marche! “Article 2 – Objet”*. Disponível em <https://storage.googleapis.com/en-marche-prod/documents/adherents/1-charte-et-manifeste/LaREM_regles_de_fonctionnement.pdf>. Acesso em 09/06/2021.

Democracia (PPD) e a *Renovación Nacional (RN)* – 6 e 7 (sete) senadores, respectivamente.

Quanto a esse ponto, deve-se ressaltar que o Chile atravessa um momento político delicado, sendo o país com o mais alto índice de desconfiança popular com relação a seus partidos políticos (89%) (IPSOS PUBLIC AFFAIRS, 2018, p. 24), o que inclusive motivou a convocação de uma assembleia constituinte para a confecção de um novo texto constitucional, com aprovação de 78,27% dos cidadãos³³ e com a eleição de 48 (quarenta e oito) candidatos independentes para 155 (cento e cinquenta e cinco) das cadeiras existentes na assembleia, superando-se inclusive grupos tradicionais da política chilena³⁴.

Assim, pode-se observar que, a despeito de situações relativamente destoantes, o preenchimento dos mandatos eletivos é realizado, em geral, por meio da escolha de candidatos filiados a partidos políticos, mesmo quando a respectiva legislação autoriza a existência de candidaturas avulsas. Nesse sentido, a despeito de existirem situações em que os candidatos não filiados alcançam números um pouco mais expressivos, como na França e no Chile, ainda ficam bem abaixo do volume eleito pelas agremiações partidárias.

Ainda que as explicações para esse fato não constituam objeto de estudo da presente produção, uma hipótese para sustentar tal fenômeno reside no fato de as legislações eleitorais em geral absorverem a pressuposição natural acerca da existência de partidos políticos, prevendo candidaturas avulsas como mera faculdade aos cidadãos, na linha do defeso pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e não como verdadeiro pilar do sistema político. Assim, consequência lógica é que as regras de financiamento e propaganda possibilitem maiores meios aos partidos políticos e seus candidatos que aos avulsos.

Outro ponto é que, como a maioria dos candidatos eleitos são filiados a partidos políticos, é natural que aqueles que desejam exercer

33 Informações disponíveis em <<https://www.gob.cl/procesoconstituyente/>>. Acesso em 09/06/2021.

34 Informações disponíveis <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2021/05/17/esquerda-e-independentes-lideram-eleicao-de-constituente-no-chile.htm>>. Acesso em 09/06/2021.

mandato eletivo optem pela via da filiação partidária em detrimento da candidatura avulsa. Como citado anteriormente, o fenômeno ocorrido na França com o partido *La République Em Marche!*, que elegeu número expressivo de deputados e o próprio Presidente da República logo em sua primeira eleição, demonstra bem como a organização de um novo grupo sob o arquétipo jurídico de um partido político pode ser determinante para o sucesso em pleitos eleitorais.

Além disso, especificamente quanto à realidade do Brasil, há uma questão de ordem abstrata que igualmente produz dificuldades quanto ao tema. As candidaturas avulsas existem distanciadas de um grupo político e, conseqüentemente, relacionadas apenas à figura personalíssima do candidato. Dessa forma, não há como se estabelecer critérios legais que venham a tratar os candidatos avulsos como um grupo para eventual acesso a institutos eleitorais previamente existentes – *e.g.*, propaganda política em rádio e televisão e financiamento público –, sob pena de próprio desvirtuamento do instituto. Afinal, se o candidato opta por não ser filiado a um partido político, sua escolha é naturalmente por permanecer fora de um grupo de semelhantes, havendo certa incompatibilidade com eventuais critérios abstratos que venham a igualar os candidatos avulsos.

Por todo o exposto, eventual entendimento do Supremo Tribunal Federal por meio do RE 1.238.853/RJ de que o instituto das candidaturas avulsas está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro não deverá promover de imediato grandes alterações nos quadros da representatividade nacional, especialmente pelo fato de o sistema eleitoral consolidado após a Constituição Federal de 1988 ser calcado justamente na existência e proteção dos partidos políticos.

Em verdade, fato é que a autorização para o registro de candidatos avulsos pelo STF encontraria verdadeiro vácuo normativo quanto a sua própria existência, o que por consequência gera questionamentos quanto a eventuais critérios e institutos já previstos na legislação eleitoral, como eventual números de apoiadores necessários, tempo disponível de televisão e rádio para propaganda, financiamento público, etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACE ELECTORAL KNOWLEDGE NETWORK. **The Ace Encyclopaedia: Legal Framework**. ACE Electoral Knowledge Network. Estocolmo, p. 167. 2012.

ARAS, A. A. B. D. **As candidaturas avulsas à luz da Carta de 88**. [S.l.]: Edição do Autor, 2018.

BARACHO, J. A. D. O. Teoria Geral dos Partidos Políticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Outubro/Dezembro 1979. 127-166.

BARROSO, L. R. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, 2006.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Nuevo sistema electoral para elecciones parlamentarias (Fin del sistema binominal). **Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)**, 2015. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/nuevo-sistema-electoral-para-elecciones-parlamentarias-%28fin-del-sistema-binominal%29>>. Acesso em: 09 Junho 2021.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. División Político-Electoral. **Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN) | Información Territorial**. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/divisionelectoral/index.htm>>. Acesso em: 09 Junho 2021.

CERRONI, U. **Teoria do partido político**. São Paulo: Ciências Humanas, 1982.

DEMOCRACY REPORTING INTERNATIONAL. **Strengthening International Law to support democratic governance and genuine elections**. The Carter Centre. Atlanta, p. 64. 2012.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Parliament – Election of Members of the German Bundestag. **Deustcher Bundestag**. Disponível em:

<https://www.bundestag.de/en/parliament/elections/electionresults/election_mp-245694>. Acesso em: 09 Junho 2021.

FEDERAL ELECTION COMMISSION OF THE UNITED STATES OF AMERICA. House, Senate and presidential candidate registration. **Federal Election Commission**. Disponível em: <<https://www.fec.gov/help-candidates-and-committees/registering-candidate/house-senate-president-candidate-registration/>>. Acesso em: 09 Junho 2021.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **World Economic Outlook (WEO): October, 2017**. International Monetary Fund. Washington, DC, p. 305. 2017. (978-1-48432-114-0).

IPSOS PUBLIC AFFAIRS. **Beyond Populism? Revisited**. Ipsos Global Advisor. United Kingdom, p. 29. 2018.

LEICHTLE, G. D. **Candidaturas Independientes fuera de pacto: Requisitos y particularidades para su materialización**. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN) | Asesoría Técnica Parlamentaria. Santiago, p. 10. 2018.

ORTUNES, L.; MARTINHO, S.; CHAIA, V. Lideranças políticas no Brasil: da Teologia da Libertação ao Neofundamentalismo. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, Janeiro-Junho 2019. 195-232.

SERVICIO ELECTORAL DEL CHILE. Nuevo sistema electoral chileno: Método D'Hondt. **SERVEL | Servicio Electoral del Chile**, 2015. Disponível em: <<https://www.servel.cl/nuevo-sistema-electoral-chileno-metodo-dhont-2/>>. Acesso em: 09 Junho 2021.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest**. The Economist Group. Londres, p. 69. 2020.

THE ELECTORAL COMMISSION. **Guidance for candidates and agents: Part 2a of 6 – Standing as an independent candidate**. The Electoral Commission. London, p. 20. 2018.

THE PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM. Office and Role of Speaker. **Parliament**. Disponível em: <<https://www.parliament.uk/business/commons/the-speaker/the-role-of-the-speaker/role-of-the-speaker/>>. Acesso em: 09 Junho 2021.

A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA BRASILEIRA: CAMINHOS E FATORES NACIONAIS EM UM FENÔMENO GLOBAL

BRAZILIAN CLIMATE LITIGATION: PATHS AND NATIONAL
FACTORS ON A GLOBAL PHENOMENON

Luíza Silva Lisboa¹

Data de Submissão: 04/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Em 2020, houve uma virada no cenário da litigância climática brasileira. Um movimento que vinha ganhando força em tribunais internacionais e de outros países continuava pouco expressivo e diluído no Brasil, um grande emissor de gases de efeito estufa (GEE). No entanto, o surgimento de novos casos brasileiros que abordem as mudanças climáticas diretamente abre mostra uma nova possibilidade de combate à crise climática e um possível aumento no engajamento com o tema. Este trabalho se propõe, por meio de revisão literária, a analisar a posição brasileira no fenômeno global da litigância climática e seu contexto interno. Para isso o texto se divide em: i) introdução geral sobre a litigância climática e a urgência de ações; ii) contexto interno e jurisprudências relevantes; iii) características dentro do contexto global; iv) instrumentos jurídicos úteis e; v) conclusão. Observar essas características, é uma maneira de traçar novas estratégias para combater a crise climática no Brasil e abrir o diálogo sobre o tema, engajando partes importantes da sociedade civil para uma luta cada vez mais urgente.

Palavras-Chave: Litigância climática; crise climática; mudanças climáticas; direito ambiental; sul global.

1 Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

Abstract: In 2020, there was a turning point in the Brazilian climate litigation scenario. A movement that had been gaining strength in international courts and other countries remained small and diluted in Brazil, a large emitter of greenhouse gases (GHG). However, the emergence of new Brazilian cases that directly address climate change shows a new possibility of tackling the climate crisis and a possible increase in engagement with the issue. This paper proposes, through a literature review, to analyze the Brazilian position in the global phenomenon of climate litigation and its domestic context. To this end, the text is divided into: i) a general introduction on climate litigation and the urgency of action; ii) the domestic context and relevant jurisprudence; iii) characteristics within the global context; iv) useful legal instruments and; v) conclusion. Observing these characteristics, is a way to outline new strategies to fight the climate crisis in Brazil and open the dialogue on the subject, engaging important parts of civil society for an increasingly urgent fight.

Keywords: Climate litigation; climate crisis; climate change; environmental law; global south.

INTRODUÇÃO

A litigância climática é um fenômeno relativamente novo por todo o mundo, tendo começado apenas nos anos 1980 nos Estados Unidos, onde permaneceu contida antes de se espalhar para outros países². No Brasil, o primeiro caso atualmente considerado um litígio climático ocorreu apenas em 2008, interposto pela Procuradoria do Estado de São Paulo e resultando no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1094.873/SP que proibiu a queima da palha de cana de açúcar levando em conta as emissões de carbono advindas da prática e citando explicitamente o efeito estufa. Na doutrina brasileira o interesse no fenômeno é ainda mais novo, tendo aparecido efetivamente apenas há alguns anos.

O recurso à litigância na busca pela justiça é algo que, de maneira geral, somente deve ser usado como medida extrema. Nas últimas décadas, principalmente, a preocupação com o clima tem crescido. Os últimos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC têm alertado cada vez mais sobre a necessidade da redução imediata das emissões de gases de efeito estufa (GEE) e dos efeitos que as mudanças climáticas já ocasionam e ocasionarão no planeta. Diversos comitês da Organização das Nações Unidas (ONU) têm explorado o tema, relatórios encomendados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas mostram em específico o efeito que mudanças climáticas têm nos direitos humanos de populações por todo o mundo³. Cresce

2 O caso mais antigo registrado no Sabin Center, umas das maiores e mais compreensíveis base de dados para litigância climática do mundo, é “City of Los Angeles v. National Highway Traffic Safety Administration” de 1986. Outros dois casos (Foundation on Economic Trends v. Watkins e Seattle Audubon Society V. Lyons) ainda foram interpostos antes do primeiro caso fora dos Estados Unidos aparecer na Austrália em 1994, Greenpeace Australia Ltd. v. Redbank Power Co.

3 Especificamente: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights (2009); Analytical study on the relationship between climate change and the human right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health (2016); Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment (2016).

também cada vez mais a preocupação com o direito das gerações futuras e o planeta que lhes será deixado. Todos esses fatores têm levado a um reconhecimento cada vez maior de que a humanidade já vive uma crise climática e que, juntamente à inação ou à inefetividade de empresas e governos por todo o mundo frente a esse desafio, tem motivado cada vez mais o surgimento de disputas em tribunais.

Dentro desse contexto, o Brasil tem experimentado um aumento nos últimos anos no número de casos de litígio climático e mostrado um interesse maior pelo tema. No ano de 2020 ocorreu um “boom” no número de litígios ambientais no país, dos dez casos brasileiros registrados no *Sabin Center* cinco foram iniciados no ano passado⁴. De certa forma isso foi possível devido ao arcabouço legal nacional, apesar de o interesse doutrinário e a maioria dos casos de litigância climática serem novos no país. Em sua análise sobre tendências para a litigância climática de 2020, Setzer e Byrnes identificam 28 legislações brasileiras tratando de mudanças climáticas. É importante ressaltar, contudo, que esse não pode ser considerado o único fator para o recente interesse no tema, uma vez que essas legislações são anteriores a 2020.

Sendo assim, não existe carência de razões ou meios para um uso mais intenso da litigância como instrumento de combate às mudanças climáticas no país. Durante esse trabalho pretendo explorar o cenário brasileiro e os instrumentos jurídicos que vêm sendo utilizados nas cortes, fazendo paralelos e comparações a casos internacionais, nos quais a discussão de litígios climáticos já se encontra mais madura e que possuem características comuns àqueles que surgem em nossos tribunais. Para isso irei primeiro explorar o papel do artigo 225 da Constituição Federal, do princípio da precaução e a contribuição da jurisprudência gerada pelo

4 Nominalmente duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs 59 e 60/DF) iniciadas por uma coalizão de partidos de oposição do Governo Federal; Ação Civil Pública ACP 1009665-60.2020.4.01.3200 (Instituto Socioambiental et al v. IBAMA e União Federal); Ação Civil Pública 5048951-39.2020.4.04.7000 (Instituto de Estudos Amazônicos v. União). Por fim, tão recentemente quanto 11 de novembro de 2020 sete partidos políticos e diversas entidades da sociedade civil acionaram o Supremo Tribunal Federal por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 760) sobre a implementação efetiva do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm).

Superior Tribunal de Justiça para a atual litigância climática brasileira. Em seguida abordarei algumas características comuns a casos do Sul Global e ao brasileiro, ressaltando aqui principalmente o papel e a relação entre sociedade civil e o Ministério Público. Por fim trarei os instrumentos jurídicos e tipos de ações já utilizados e/ou que demonstram potencial para o cenário de nossa litigância climática nacional.

O Brasil, assim como outros países do Sul Global, apresenta grande potencial para não só tirar proveito da litigância climática como meio de combate à crise climática e ao desmonte da proteção ambiental que é visto atualmente, mas também para mostrar valiosas lições a outros países.

A CONSTRUÇÃO DAS BASES DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA BRASILEIRA

O relativamente recente aparecimento de casos de litigância climática não é algo exclusivo do Brasil, pelo contrário, como mencionado anteriormente, por muito tempo a litigância climática concentrou-se nos tribunais estadunidenses. Mesmo saindo dos Estados Unidos, a maioria dos casos ainda se encontra primariamente na Austrália e em algumas outras cortes do Norte Global, no entanto é inegável a expansão do fenômeno para novas jurisdições nos últimos anos (UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, 2017).

Essas novas experiências em outras cortes nacionais trouxeram novas visões e modos de se litigar pelo clima. Em especial os casos presentes no Sul Global⁵ trouxeram uma valiosa contribuição para o campo: a prevalência de casos pautados em direitos humanos, ambientais e socioeconômicos. O direito ao meio ambiente saudável tem sido uma ferramenta

5 Por “Sul Global” entende-se a mesma distinção feita por Peel e Lin (2019) ao tratar de litigância climática, alinhando-se a divisão de países “desenvolvidos” e “em desenvolvimento” comum em ambientes internacionais e em discussões sobre direito climático internacional e que dá o tom da divisão entre países do “anexo 1” (desenvolvidos e ex-membros da União Soviética) e “não pertencentes ao anexo 1” da Convenção Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas (UNFCCC). Sendo assim, mesmo grandes emissores de GEE como China, Índia, Brasil e África do Sul se enquadram nessa categoria de Sul Global.

essencial ao tratar de mudanças climáticas nesses países. Em especial na América Latina, esse direito encontra-se largamente difundido e garantido em quase todas as Constituições nacionais e em tratados regionais⁶. No caso brasileiro encontra-se explícito no *caput* do artigo 225, prevendo não só o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida do povo, mas também o dever de o preservar para as presentes e futuras gerações.

Seria ilógico pensar que a não menção de mudanças climáticas na Constituição de 1988, época em que o debate sobre o tema ainda era incipiente, resultaria em uma não obrigação do Estado de agir para a garantia dos direitos fundamentais e socioeconômicos de presentes e futuras gerações que são ameaçados por elas⁷. Sendo assim é possível entender como as normas de proteção ambiental que compõem a política climática brasileira possuem respaldo constitucional e configuram uma “política de Estado”, não apenas de governo e são, portanto, políticas públicas e obrigações jurídicas imputáveis ao Estado (ALBERTO, MENDES, 2019).

Nesse sentido, o Artigo 225 e as normas infraconstitucionais que emanam dele apresentam uma base para litigância climática, não só aquelas que tenham mudanças climáticas como tema central, mas também muitas de proteção ambiental em geral, tendo em vista a relação íntima entre a conservação ambiental, a mitigação e a adaptação à mudança do clima. No entanto, o desafio não se encontra na escassez quantitativa de dispositivos, que são

6 O artigo 11 do Protocolo de San Salvador (1988) se intitula e prevê o “Direito ao Meio Ambiente Sadio”. Além do caso brasileiro, as constituições do México (art. 4 §5º), Argentina (art. 41), Bolívia (art. 41, II, 10), Equador (art. 14), Paraguai (art. 7), Colômbia (art. 79), Costa Rica (art. 50), Nicarágua (art. 60), Panamá (art. 118), Peru (art. 2. 22), República Dominicana (art. 67) e Venezuela (art. 127) preveem o direito ao um meio ambiente saudável e/ou equilibrado. Já a constituição chilena (art. 19, 8º) e uruguaia preveem o direito a viver em um ambiente livre de contaminação e o dever de não causar contaminação grave ao meio ambiente, respectivamente. As constituições guatemalteca (art. 97) e haitiana (art. 253) tratam do equilíbrio ecológico (art. 97). A constituição de Honduras (art. 145) prevê o direito ao meio ambiente adequado à saúde das pessoas.

7 Aqui cabe não somente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado a direito fundamental e cláusula pétrea, mas também ao olharmos pelas lentes da justiça climática os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade (ARARIPE, BELLAGUARDA, HAIRON, 2019).

muitos, mas muitas vezes ou em ligá-los às mudanças climáticas ou em relacionar ações específicas de empresas, do Estado ou mesmo indivíduos com efeitos do aquecimento global.

Esse é o problema de definição de umnexo causal e está intimamente ligado com a natureza abstrata e lenta das mudanças climáticas, e, portanto, presente em litígios climáticos de maneira geral. No entanto, as defesas baseadas na intangibilidade ou não comprovação do dano climático são cada vez menos efetivas, de forma que esse problema se apresenta mais comumente ao tentar relacionar emissões específicas a danos vindos da mudança climática. Os avanços para a superação desse obstáculo estão ligados tanto a avanços na ciência quanto ao princípio da precaução. Esse princípio trata de danos futuros incertos que podem decorrer de atividades humanas atuais e, apesar de não ser comumente utilizado nas argumentações dos litigantes em si, está frequentemente presente no seio das decisões da juíza (TORRE-S-CHAUB, 2019). No Brasil, esse princípio pode ser facilmente encontrado na doutrina, além de estar presente na Política Nacional para Mudanças Climáticas (PNMC), lei nº 12.187 de 2009, mais especificamente em seu artigo 3º, juntamente ao princípio da prevenção⁸.

Na jurisprudência brasileira, ao analisar os casos, é possível ver que o princípio da precaução também é mencionado tanto em decisões judiciais quanto mesmo nas petições iniciais de autores que busquem obter resultados favoráveis à ação climática⁹. Além disso, essa postura encontra respaldo em outras decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) de matéria ambiental. Recentemente, ao convocar audiências públicas para tratar das posturas e ações do Governo Federal em relação ao Fundo Amazônia e Fundo Clima trazidas pelas Ações Diretas de Inconstitucio-

8 O princípio da prevenção, assim como o princípio da precaução busca evitar dano irreparável, irreversível ou que deixará sequelas mesmo se revertido. A maior diferença entre os dois princípios, no entanto, é a certeza e concretude do risco que é maior na prevenção, ao passo que o princípio da precaução trata de riscos abstratos ou com falta de certeza científica.

9 Aqui se usa a categorização proposta por Setzer e Byrnes (2020) que, resumidamente, classifica como resultados “favoráveis” aqueles em que a decisão da juíza favorece regulações climáticas mais efetivas, ao passo que resultados “desfavoráveis” são aqueles que a decisão enfraquece a regulação climática ou é provável a resultar em maiores emissões de gases de efeito estufa.

nalidade por Omissão (ADOs) 59 e 60 respectivamente, os ministros relatores Rosa Weber e Roberto Barroso citaram a jurisprudência existente quanto à identificação de medidas de controle de proteção inadequada e insuficiente e à conexão entre o direito ao meio ambiente saudável e o direito à saúde observando os princípios da prevenção e precaução¹⁰.

Esses novos casos em trâmite no STF mostram um interesse em fazer uso dos dispositivos constitucionais brasileiros sobre o meio ambiente uma vez que a corte se especifica em matérias constitucionais. Esse desdobramento pode parecer óbvio e lógico à primeira vista, porém mostra uma virada na litigância climática brasileira, uma vez que anteriormente casos que poderiam ser enquadrados como litígios climáticos se encontravam majoritariamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julga casos ambientais apenas de acordo com normas não constitucionais.

Ainda assim, é importante ressaltar que essa abordagem trouxe resultados positivos, uma vez que o STJ adotou alguns posicionamentos progressivos sobre a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, Wedy (2017) coloca: i) o reconhecimento da inversão do ônus da prova contra o suposto poluidor, ou seja, em que o poluidor é quem deve provar que suas atividades não causam dano ambiental; ii) a adoção da teoria do risco integral na checagem do dano ambiental, em que o pressuposto do nexo causal é o suficiente para apresentar a obrigação de indenizar, juntamente à rejeição da teoria do risco-proveito ao não aceitar isenções de responsabilidade civil; iii) o STJ também reconheceu a imprescritibilidade para procedimentos que busquem remediar dano ambiental, considerando as peculiaridades do dano que excede limites de tempo e espaço; iv) por fim, o entendimento de que a responsabilidade do Estado em relação a danos ambientais não se dá apenas em casos de ação, mas também de omissão Estatal.

10 Foram citadas: ADPF 101 - importação de pneus usados; ADI 4.066, ADI 3.937 e ADI 3.406 – amianto; ADI 4.901 - código florestal; ADI 4.350 - seguro DPVAT e proporcionalidade; ADI 5.016 - dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos; ADI 4.717 - espaços territoriais especialmente protegidos, reserva legal para alteração; ADI 4.988 - edificação por particulares em áreas de preservação permanente – APP; ADI 5.592 - pulverização aérea de produtos químicos no combate ao mosquito *Aedes aegypti*; RE 627.189 - redução de campos eletromagnéticos de linhas de energia.

Nesse sentido, não é de se surpreender que os casos analisados pelo autor ocorridos no âmbito do STJ tenham, em sua maioria, resultados favoráveis à ação climática. Portanto, é importante observar que existem outras estratégias que não o uso exclusivo de instrumentos constitucionais e princípios para a litigância climática, não só no Brasil como também no mundo. Bouwer (2018) traz essa visão em uma escala global ao comentar o potencial que casos periféricos, tangenciais e advindos do direito privado tem para a litigância climática como um todo. Tal visão pode ser aplicada de maneira extremamente efetiva ao caso brasileiro como iremos ver mais à frente.

CARACTERÍSTICAS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA BRASILEIRA

Como mencionado anteriormente, o Brasil pode ser enquadrado em um grupo de países do Sul Global que possuem características especiais compartilhadas entre si no que tange à litigância climática. Em sua análise sobre os litígios climáticos no Sul Global, Peel e Lin (2019) trazem algumas características comuns a esse grupo:

- O uso de direitos constitucionais e direitos humanos em geral, principalmente o direito à vida ou direitos ambientais.
- O foco na implementação de legislações já existentes, em contraste ao Norte Global que geralmente busca a implementação de políticas mais rígidas.
- O uso “furtivo” da questão climática, diluindo o potencial político dela em temas menos controversos ou que ressoem com políticas locais.
- Foco geralmente em mitigação ao invés de adaptação, apesar de as emissões serem geralmente muito menores nesses países (característica que não se aplica ao caso brasileiro).

Outra análise interessante sobre esse grupo de países é feita por Rodríguez-Garavito (2020). Para o autor, o uso de direitos constitucionais e a relação entre direitos ambientais e direitos humanos em geral é o que caracteriza a litigância climática do Sul, no entanto ele dificilmente vê isso como resultado de uma falta de legislações específicas ao clima, mas sim como o uso de uma estratégia a qual as bases foram firmadas

por três décadas de práticas jurídicas para o interesse público, pesquisa e ativismo jurídico em relação a direitos constitucionais de maneira geral e socioeconômicos em particular.

Para Rodríguez-Garavito essa contribuição da experiência de acionamento de direitos socioeconômicos em cortes contribuiu com a crescente litigância climática nesses países por três razões: i) o papel de atores da sociedade civil, prontos para utilizar aprendizados de ações de *advocacy* passadas contra danos ambientais, inclusive climáticos; ii) as mesmas cortes que foram receptivas à direitos socioeconômicos são prováveis a estender a casos climáticos os remédios por elas desenvolvidos para a proteção dos direitos socioeconômicos; iii) apesar de ocorrer em tribunais nacionais, em muitos países do Sul Global, a litigância sobre direitos socioeconômicos se apoia em tratados internacionais sobre direitos humanos e normas constitucionais, o que é diretamente relevante para esse tipo de litigância tendo em vista o caráter global e multinível das mudanças climáticas. Além desses pontos, ao tratar especificamente da América Latina o autor menciona a importância de povos indígenas para a construção de um constitucionalismo mais progressivo na região.

Como visto acima, essa tendência progressiva de cortes em matérias ambientais é algo que também encontra respaldo no judiciário brasileiro, juntamente a recorrência a jurisprudências passadas para tratar dos novos casos de litigância climática. Além desse fator, vale a pena destacar a participação da sociedade civil no caso brasileiro que por muitas vezes se mostrou ativa em casos de direitos socioeconômicos e também tem se mostrado disposta para agir sobre a crise climática.

Organizações da Sociedade Civil (OSCs) prestam um papel importante no combate às mudanças climáticas. Por todo o mundo essas entidades têm formado redes e promovido diversas atividades para: o aumento da conscientização sobre mudanças climáticas; apoiar atividades de adaptação que beneficiem os mais vulneráveis; construir caminhos para um desenvolvimento de baixo carbono que ajude a mitigar mudanças climáticas e melhorar moradias; conduzir pesquisas e divulgar resultados; capacitar grupos e influenciar planejamentos governamentais (REID et. al 2012). No Brasil, esses grupos tiveram relevância e participação na construção

de políticas e do panorama ambiental nacional, muitas vezes agindo inclusive junto ao Estado em diferentes níveis de governo.

O diálogo entre a sociedade civil e o Estado se deu por diversas vias nas últimas décadas; espaços importantes como a realização das Conferências Nacionais de Meio Ambiente (CNMA), representação no Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e mesmo a ocupação de cargos no Ministério do Meio Ambiente por ativistas ambientais serviram como importantes canais para a participação de OSCs na formulação de políticas ambientais e influência em decisões governamentais (LOSEKANN, 2012). Mais especificamente na agenda climática brasileira, OSCs também estão presentes em importantes espaços como o Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente (FBOMS) e o Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas (FBMC); de volta a uma nota mais geral, vale também ressaltar a atuação de ambientalistas na Assembleia Constituinte de 1988, principalmente na elaboração do Artigo 225 e seguintes (VOGAS, LEITÃO, 2019).

Esse alinhamento com o Estado, no entanto, contribui em parte para a ausência de OSCs durante a maior parte da litigância climática brasileira. Ao contrário do que vinha acontecendo na maior parte do mundo, em que Organizações Não Governamentais (ONGs) e outros representantes da sociedade civil atuam como polos ativos de processos contra governos ou, em menor nível, empresas¹¹, no Brasil, anteriormente a 2020 os casos registrados na plataforma do Sabin Center não só não contavam com a participação de OSCs como eram propostos por entes estatais como o Ministério Público e a Procuradoria do Estado de São Paulo (SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, n/a).

Ao analisar o papel da sociedade civil na litigância climática do Brasil, Vogas e Leitão (2019) consideram alguns fatores do ponto de vista das OSCs que contribuem para essa predominância do Ministério Público. O primeiro fator seria a falta de vocação para a atuação em defesa de direitos da maior parte das organizações que atuam na área. Isso ocorre uma vez que a maioria das organizações atuantes na agenda ambiental brasileira são criadas com um perfil voltado à pesquisa, à incidência polí-

11 A exemplo: Urgenda v. Governo Holandês, Juliana v. Estados Unidos e Dejusticia v. Governo Colombiano.

tica e a campanhas de engajamento, não à defesa de direitos. Ao analisar informações sobre as principais e mais antigas organizações que atuam no país junto à agenda de mudanças climáticas, as autoras encontraram a defesa de direitos explícita em na missão de apenas uma das onze entidades, especificamente o Instituto Socioambiental – ISA.

O segundo ponto levantado pelas autoras é a desigualdade de recursos e condições materiais entre essas organizações e o Ministério Público. Processos judiciais podem ser extremamente custosos tendo em vista que muitas dessas organizações não possuem advogados em seus quadros e, portanto, seria necessária a contratação de escritórios especializados que comumente cobram honorários muito acima da capacidade financeira da instituição e geralmente se encontram representando os interesses opostos de grandes corporações em conflitos ambientais, levando a uma desconfiança. Em terceiro lugar, pontuam que o protagonismo do Ministério Público não é a única faceta dessa realidade, OSCs também atuam muitas vezes nos bastidores, se alinhando aos promotores e levando casos à atenção do Ministério. Por fim, mencionam a morosidade e a complexidade do sistema judiciário brasileiro, que age como pano de fundo para todos esses fatores e leva essas organizações a aplicarem seus escassos recursos em estratégias mais rápidas.

Mesmo assim, é importante frisar a virada no comportamento dessas organizações. Dos cinco litígios climáticos iniciados em 2020, ao menos quatro contaram com a participação direta de organizações da sociedade civil, seja como autoras do processo, seja como *Amicus Curiae*. Mesmo no caso da ADO 60, único litígio em que não houve esse tipo de participação em específico, ainda é válido considerar a participação de diversas OSCs na Audiência Pública que contribuíram, entre outras coisas, com dados científicos sobre mudanças climáticas essenciais para o combate à desinformação.

Esse novo posicionamento de OSCs e a opção por tomar um papel mais ativo na litigância climática brasileira ao invés de recorrer ao Ministério Público é um fenômeno extremamente recente e que merece um estudo exclusivamente dedicado ao tema, uma vez que mesmo um trabalho tão recente quanto o de Vogas e Leitão não contempla essa faceta. No entanto, as autoras já previam uma certa mudança no posicionamento de

centralidade da competência do governo federal, uma vez que o diálogo entre sociedade civil e governo já vinha mostrando sinais alarmantes de encolhimento, o que foi e vem sendo cada vez mais demonstrado pelo governo Bolsonaro.

Atualmente, existe um clima de antagonismo intenso entre o governo federal e as OSCs que pode ser ilustrado pela redução da participação da sociedade civil no CONAMA (G1, 2019); a tentativa de extinção do Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, reestabelecido somente por ação do STF (LISBOA, PRIZIBISCZKI, 2019; CLIMAINFO, 2019); e as insinuações infundadas contra ONGs ambientalistas de estarem atendo fogo na Amazônia como retaliação ao governo (O GLOBO, 2019). Essas ações e declarações foram apenas algumas de uma longa lista de desmontes de políticas ambientais nos últimos dois anos¹². Apesar da independência do Ministério Público não só do Executivo, mas dos três Poderes, é possível acreditar que esse desencontro, juntamente ao aumento nas taxas de desmatamento na Amazônia (WATANABE, 2020; GREENPEACE BRASIL, 2020a) e na emissão de gases de efeito estufa desde 2019 (ALBUQUERQUE et. al, 2020), passaram a exigir novas estratégias e posicionamentos mais incisivos por parte dessas organizações que anteriormente viam maior lógica em atuar de maneira indireta, pelos bastidores ou diretamente junto ao governo.

Nessa linha, também é importante notar que a presença da sociedade civil em litígios climáticos muitas vezes não tem como seu objetivo apenas a obtenção de uma decisão judicial favorável; ações estratégicas podem ir muito além do resultado obtido nas cortes. Por vezes, litigantes podem utilizar a força e visibilidade gerada por uma ação na justiça, para publicizar uma causa, estabelecer responsabilidade moral, entre outras (TORRE-SCHAUB, 2019). Esse tipo de repercussão pode ser visto mesmo em casos em que não houve decisão ou a decisão foi contrária ao pedido das autoras. Exemplos são a petição sobre as violações de direitos

12 A Associação Nacional dos Servidores de Meio Ambiente (ASCEMA) publicou em setembro de 2020 um dossiê compilando diversas notícias sobre o desmonte de políticas Ambientais no Governo Bolsonaro. O documento pode ser acessado em: http://www.ascemanacional.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Dossie_Meio-Ambiente_Governo-Bolsonaro_revisado_02-set-2020-1.pdf

humanos ocasionadas pelas mudanças climáticas submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela presidente da Conferência Circumpolar Inuí, Sheila Watt-Cloutier, em que mesmo sem o pronunciamento da Comissão, o caso atraiu grande atenção do público (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2017); também vale a pena citar *Teitiota v. Nova Zelândia* e *Juliana v. Estados Unidos*, em que mesmo decisões contrárias criaram importantes precedentes para futuros casos propostos em circunstâncias diferentes¹³.

INSTRUMENTOS UTILIZADOS NAS CORTES.

Ao analisar os instrumentos com potencial para a defesa de um clima estável e direitos fundamentais relacionados ao clima, Wedy (2019) enumera sete instrumentos processuais: i) Ação Civil Pública; ii) Ação Popular; iii) Mandado de Segurança Coletivo; iv) Mandado de Injunção; v) Ação Direta de Inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo; vi) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e vii) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Aqui serão exploradas a ação civil pública, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental uma vez que são os instrumentos já utilizados nos tribunais brasileiros.

i) Ação Civil Pública Ambiental

A ação civil pública tem como objetivo a tutela de direitos e interesses coletivos e difusos em que o Estado-Juiz pode determinar repara-

13 Em *Teitiota v. Nova Zelândia*, Ioane Teitiota, cidadão da nação insular República do Kiribati, fez um Comunicado ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas pedindo o reconhecimento de sua condição como refugiado climático na Nova Zelândia. Apesar de não ter concluído que a deportação dele seria uma violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a decisão admitia que mudanças climáticas podem no futuro levar a degradação ambiental que violasse o direito à vida, acionando assim o princípio do non-refoulement e abrindo as portas para futuros casos de migrantes climáticos. No caso *Juliana* finalmente houve o reconhecimento nos Estados Unidos dos riscos proporcionados pelas mudanças climáticas (SETZER, BYRNES, 2020).

ção monetária do dano, obrigação de fazer ou não fazer, sendo primeiro, caso não tenham sido aplicados os princípios da precaução e prevenção, necessária a reparação do bem ambiental afetado, nesse caso por danos climáticos, para depois haver reparação financeira. O autor também menciona a possibilidade do pleito por dano moral ambiental por meio da ação civil pública em casos de eventos climáticos extremos ou catástrofes recorrentes deles (Ibid. pp. 91-93).

Atualmente existem duas ações civis públicas tratando de mudanças climáticas¹⁴, ambas tendo como autores organizações da sociedade civil, o que segue as tendências vistas em outros países. No entanto é importante fazer algumas ressalvas, pois certas características do ordenamento jurídico brasileiro impedem a replicação de certas estratégias utilizadas em cortes estrangeiras. Dentre esses obstáculos estão: a limitação dos legitimados para impor esse tipo de ação prevista no art. 5º da Lei 7.347/1985, já que, ao contrário do que ocorre em outras jurisdições, não é possível para um indivíduo propor essa ação pelo bem coletivo; a demonstração de interesse processual, que é uma dificuldade devido principalmente à falta de base jurídica no direito posto brasileiro; a causa de pedir, uma vez que, apesar do largo número de legislações climáticas brasileiras, poucas definem obrigações concretas ou impõem limites de emissão individualizados; e por fim, a já mencionada dificuldade advinda da comprovação do nexo causal (ELVIRA, CASTANHO, FRANCO, 2019).

ii) Ação Popular

Ao contrário da ação civil pública, a ação popular ambiental é vedada para pessoas jurídicas, mas pode ser proposta por qualquer cidadã interessada em anular ato lesivo ao meio ambiente e na defesa de direitos difusos e coletivos em geral; é isenta de custas judiciais e sucumbência, exceto em caso de comprovada má-fé. Wedy (2019) vê o dano ambiental por violação ao dever fundamental de tutela do clima como inconstitucional em face ao artigo 225 da Constituição Federal e ilegal em sentido lato, e por isso seria dispensável a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade.

14 Vide n.2

A ação popular é uma medida que visa anular ato público que viole ou ameace violar o patrimônio público, inclusive em esfera ambiental, no entanto não abarca discussões sobre inconstitucionalidade. Esse tipo de ação pode ser visto como uma forma de participação política dos cidadãos e possui potencial para a área da litigância climática e até mesmo podendo ser usada para dar maior visibilidade à ação climática. Contudo, existem entraves de cunho processual seja por causa de divergências sobre o instituto, seja por causa da falta de habitualidade de ações do tipo relacionados ao clima, como visto no caso da Ação Popular nº1017886-19.2017.4.01.3400, cujo tema era a “MP do Trilhão” que concedia “*benefícios tributários à atividade de exploração de petróleo e gás*” (OLIVEIRA et. al, 2019).

iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) tem como objetivo suprir a omissão de um dos Poderes ou de autoridade da Administração Pública e reparar lesão a um preceito fundamental por esses causada. Pode ser proposta apenas pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e partidos políticos com representação no Congresso Nacional. No caso de constatação de omissão, as consequências são, em caso de inação do Poder ou autoridade administrativa, a intimação para que supra a omissão (WEDY, 2019). Já foram mencionadas as duas ADOs 59 e 60 que atualmente tramitam sobre a aplicação e gestão do Fundo Amazônia e Fundo Clima, respectivamente.

iv) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) está prevista no artigo 102 da Constituição Federal e tem como objetivo reparar ou evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato

do Poder Público. Pode ser proposta pelos mesmos sujeitos que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atualmente tramita ação do tipo no STF¹⁵, proposta por quatro partidos políticos e construída por diversas organizações da sociedade civil, tratando do abandono do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), um dos mais efetivos mecanismos da política climática e ambiental brasileiro no combate à emissão de gases de efeito estufa (GREENPEACE BRASIL, 2020b). A ADPF menciona ainda a violação dos direitos fundamentais de povos indígenas, comunidades tradicionais e das gerações presentes e futuras.

CONCLUSÃO

2020 marcou uma nova fase para a litigância climática brasileira. Como foi possível ver, o Brasil parece estar verdadeiramente despertando para esse fenômeno tanto em matéria de jurisprudência quanto de doutrina. Existem muitos caminhos, instrumentos e possibilidades para que essa seja uma importante estratégia no combate à crise climática que parece ter sido ou ignorada ou ofuscada, perdida entre os vários outros temas socioambientais que existem no país.

Possuímos várias leis ambientais e forte jurisprudência nessa matéria e, por mais que a preservação do meio ambiente e a garantia de direitos e proteção de comunidades tradicionais esteja direta ou indiretamente ligada a ações de adaptação e mitigação das mudanças climáticas, ainda é necessária a aplicação efetiva das políticas climáticas existentes e criação de legislações mais específicas que impeçam a alta emissão de gases de efeito estufa que atualmente ocorre. Em um cenário em que aqueles que deveriam governar para o bem das atuais e futuras gerações parecem empenhados em buscar lucros imediatos mesquinhos às custas da natureza brasileira, um dos maiores bens nacionais, comprometendo os direitos básicos daqueles que viverão em um futuro não tão distante, a litigância climática pode e deve ser vista como um meio de ação urgente para a proteção desse futuro e direitos.

15 Idem.

É de se esperar que com esse novo impulso presente no judiciário e atuação da sociedade civil o tema não só da litigância, mas das mudanças climáticas em si se torne mais comum e preponderante no direito e na sociedade brasileira. É possível que, com a sensibilização da sociedade em geral e de nossas juízas e juizes, essa discussão se torne mais rica em âmbito nacional e decisões positivas para a ação climática sejam atingidas. O surgimento de novos casos desse tipo, principalmente nas mais altas cortes do país é um passo importante nessa direção. Porém essa ação deve acompanhar a criação de grupos de advogados dedicados ao assunto, um maior debate do tema em instituições de nível superior e a conscientização da população brasileira. Esses pontos possuem potencial para fortalecer o trabalho das OSCs que vêm tomando uma posição importante nessa luta.

É importante ressaltar também que, além dos casos de teor constitucional e que buscam mudanças mais estruturais ou de caráter nacional como ADOs e ADPFs é preciso ver a importância também de casos mais precisos, que tenham como objeto projetos específicos. Em tais situações, o argumento climático pode ser utilizado para fortalecer outros argumentos ambientais e criar uma jurisprudência mais rica no tema. Contudo, assim como em outros países do Sul Global, e no contexto brasileiro atual ainda é preciso utilizar o argumento de maneira estratégica principalmente quando apresentado perante magistrados que podem ou não ter uma posição pro ciência ao invés de ver as mudanças climáticas como um tema político. Aqui faz-se novamente importante o engajamento cada vez maior de advogados com a causa climática em específico.

Cada vez mais o mundo acorda para a realidade sombria da crise climática e a possibilidade de um futuro quente, assolado por desastres naturais e clima instável. Sendo assim, enquanto grande emissor, já passa da hora de o Brasil se engajar efetivamente no tema em todas as instâncias possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, M.; MENDES, C.. Litigância climática e separação de poderes. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 117-138.

ALBUQUERQUE, I. et. al. Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas de clima do Brasil 1970-2019. In: Seminário brasileiro de emissões de gases de efeito estufa – SEEG, 8., 2020, N/a. **Relatório**. N/a: Seeg, 2020. p. 1-41.

ARARIPE, E.; BELLAGUARDA, F.; HAIRON, I.. Litigância climática como garantia de futuro para as juventudes. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 177-190.

BOUWER, K.. The Unsexy Future of Climate Change Litigation. **Journal of Environmental Law**, Londres, n. 30, p. 483-506, 17 jul. 2018.

CLIMAINFO. STF **ressuscita vários conselhos revogados por Bolsonaro**. 2019. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2019/06/16/stf-ressuscita-varios-conselhos-revogados-por-bolsonaro/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

ELVIRA, M.; CASTANHO, R.; FRANCO, R.. Desafios para a implementação da ação civil pública como instrumento de litigância climática no Brasil. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 371-396.

G1. **Governo diminui participação da sociedade civil no Conselho Nacional do Meio Ambiente**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/05/29/ministerio-diminui-participacao-da-sociedade-civil-no-conselho-nacional-do-meio-ambiente.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2021.

LISBOA, C.; PRIZIBISCZKI, C.. **“Revogação” extingue órgãos colegiados do Ministério do Meio Ambiente.** 2019. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/reportagens/revogaco-extingue-orgaos-colegiados-do-ministerio-do-meio-ambiente/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GLOBO, O. **Bolsonaro diz que ONGs podem ser responsáveis por queimadas na Amazônia.** 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/bolsonaro-diz-que-ongs-podem-ser-responsaveis-por-queimadas-na-amazonia-23891984>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GREENPEACE BRASIL. **Dados divulgados pelo Inpe apontam aumento do desmatamento na Amazônia entre 2019 e 2020.** 2020. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/dados-divulgados-pelo-inpe-apontam-aumento-do-desmatamento-na-amazonia-entre-2019-e-2020/#:~:text=Dados%20do%20sistema%20Deter%2C%20do,mesmo%20per%C3%ADodo%20do%20ano%20anterior.&text=A%20verdade%20%C3%A9%20uma%20s%C3%B3,fora%20de%20controle%20na%20Amaz%C3%B4nia..> Acesso em: 18 mar. 2021.

GREENPEACE BRASIL. **Ação judicial pela Amazônia e pelo Clima.** 2020. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/acao-judicial-pela-amazonia-e-pelo-clima/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

LOSEKANN, C. **Participação da sociedade civil na política ambiental do Governo Lula.** *Ambient. soc.* [online]. 2012, vol.15, n.1, pp.179-200. ISSN 1809-4422. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2012000100012>.

OLIVEIRA, N. et. Al. A ação popular como instrumento de litigância climática e o caso da concessão de benefício fiscais ao setor petrolífero. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 372-397.

PEEL, J.; LIN, J.. Transnational Climate Litigation: the contribution of the global south. *American Journal of International Law*, [S.L.], v. 113, n. 4, p. 679-726, 26 jun. 2019. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/ajil.2019.48>.

REID, H. et. al. **Southern voices on climate policy choices: analysis of and lessons learned from civil society advocacy on climate change.** Londres: International Institute for Environment and Development, 2012.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Human Rights: the global south's route to climate litigation. **AJIL Unbound**, [S.L.], v. 114, p. 40-44, 2020. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/aju.2020.4>.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. **Non-US Jurisdiction: Brazil.** Brazil. Disponível em: http://climatecasechart.com/search-non-us/?fwp_non_us_jurisdiction=brazil&cn-reloaded=1. Acesso em: 19 mar. 2021.

SETZER, J.; BYRNES, R. **Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot.** Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020.

TORRE-SCHAUB, M. **Les dynamiques du contentieux climatique: usages et mobilisations du droit pour la cause climatique.** Paris: Institut des Sciences Juridique & Philosophie de la Sorbonne, 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. **The status of climate litigation: a global review.** Nairóbi: UNEP, 2017.

VOGAS, A.; LEITÃO, S. Litigância climática no Brasil: A atuação da sociedade civil. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 157-176.

WATANABE, P. **Desmatamento na Amazônia volta a bater recorde e cresce 9,5% de 2019 a 2020.** 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/11/desmatamento-na-amazonia-volta-a-bater-recorde-e-cresce-9.shtml>. Acesso em: 07 dez. 2020.

WEDY, G. **Climate legislation and litigation in Brazil.** Nova York: Columbia Law School, 2017. Disponível em: [<https://climate.law.co>

lumbia.edu/sites/default/files/content/Wedy-2017-10-Climate-Legislation-and-Litigation-in-Brazil.pdf]. Acesso em: 06/12/2020.

WEDY, G. A importância da litigância climática no Brasil. In: SETZER, J.; CUNHA, K.; FABBRI, A. (org.). **Litigância Climática**: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 87-116.

A EPISTEMOLOGIA WARATIANA E “O DIREITO ACHADO NA RUA”: APROXIMAÇÕES CRÍTICAS PARA UMA REFORMULAÇÃO DO ENSINO EM DIREITOS HUMANOS

WARATTAN EPISTEMOLOGY AND “DIREITO ACHADO NA RUA”:
CRITICAL APPROACHES FOR A REFORMULATION OF
HUMAN RIGHTS TEACHING

Raique Lucas de Jesus Correia¹
Marta Regina Gama Gonçalves²

Data de Submissão: 15/02/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de intersecção entre o projeto pedagógico waratiano e “O Direito Achado na Rua”, como forma de abertura a um programa educacional emancipatório em Direitos Humanos. Metodologicamente, optou-se por uma revisão bibliográfica. Verificamos que a alteração paradigmática proposta pelo “Direito Achado na Rua” conflui com a pedagogia waratiana, de modo a fomentar uma nova *práxis* política e educacional em Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Achado Na Rua. Ensino Jurídico. Epistemologia Waratiana. Direitos Humanos.

1 Mestrando em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador (UNIFACS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA). Membro do Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania (GPPEC/UNIFACS/CNPq).

2 Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania (GPPEC/UNIFACS/CNPq).

Abstract: The present article analyzes the possibility of intersection between the Waratian pedagogical project and “O Direito Achado na Rua”, as an opening way to an evvmancipatory educational programm in Human Rights. Methodologically, an option for a bibliographic research was done. It was verified that the paradigmatic alteration proposed by the “Direito Achado na Rua” is in accordance with wartian pedagogy, in a way to foster a new political and educational praxis in Human Rights.

Keywords: Direito Achado Na Rua. Law Teaching. Espistemology Waratian. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O Direito, muito embora se manifeste no “imaginário social” como algo evidente e absoluto, oculta no seu enalço a luta histórica pela consolidação das demandas sociais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, aonde reivindicações populares ainda hoje e cada vez mais entram em disputa por reconhecimento (BOBBIO, 2004; COMPARATO, 2003). Ao revés, não se pode negar que nem sempre essas exigências surgem de anseios legítimos, outros interesses — muito dos quais forjados em benefício de “minorias privilegiadas” — também se encrustam na produção normativa, valendo-se da “neutralidade legal” como forma de atingir os seus objetivos sem causar maiores suspeitas (WARAT, 1995a).

Por este prisma, Luis Alberto Warat (1885a), revela como a “dogmática jurídica” exerce uma função ideológica, ao anestesiar os sujeitos com “promessas vazias” e supostas “verdades inquestionáveis”, que impedem uma ampla reflexão acerca das estruturas sócio-políticas vigentes, permitindo com isso a manutenção de uma série de injustiças praticadas em nome da “lei”. Tal conjuntura, por sua vez, tem como pano de fundo uma cultura jurídica excessivamente positivista, aglutinada por profissionais formados dentro de um contexto educacional legalista e tecnicista; uma verdadeira “massa inconsciente”, que desde os primeiros cursos de Direito no Brasil, são treinados para reproduzir discursos e auxiliar no funcionamento da máquina estatal (CARLINI; CERQUEIRA; ALMEIDA FILHO, 2008).

Analisando este cenário, Roberto Lyra Filho (1980) propôs um esboço da crise em duas dimensões: a primeira, de ordem metodológica, diz respeito à maneira errada como o Direito é ensinado; a outra, de ordem conteudística, relaciona-se à visão incorreta que se tem do Direito. Assim, “as duas coisas permanecem vinculadas, uma vez que não se pode ensinar bem o direito errado; e o direito, que se entende mal, determina, com essa distorção, os defeitos de pedagogia” (LYRA FILHO, 1980a, p. 5). Foi buscando superar essas distorções de uma ordem jurídica estagnada que Lyra Filho se empenhou na composição de um projeto alternativo para o Direito, nascendo assim a Nova Escola Jurídica Brasileira - NAIR. Segundo a concepção lyriana, o direito se desenvolve na historicidade das

lutas sociais, cuja a “base de toda dialetização eficaz há de ser uma ontologia dialética do Direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques entre a síntese filosófica e a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora” (LYRA FILHO, 1980b, p. 42).

Fundado no humanismo dialético, o movimento de “O Direito Achado na Rua” surgiu como “um projeto de intervenção jurídica atrelado à práxis social dos movimentos de vanguarda apoiados pela NAIR” (ESCRIVÃO FILHO et al., 2015, p. 73). Com a morte de Lyra Filho, o projeto passou a ser coordenado por José Geraldo de Sousa Junior, congregando estudantes, professores, líderes sindicais, ativistas e membros da sociedade civil, todos orientados a um mesmo ideal emancipatório, que envolvia não só a demanda emergente pelo direito das classes espoliadas e oprimidas, como também a transformação radical do sistema jurídico dominante. Daí, porque, “O Direito Achado na Rua” pode ser definido como o *modelo de uma legítima organização social da liberdade*, pois almeja “à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem” (LYRA FILHO, 2006, p. 56). Neste estágio, “o Direito não mais refletirá com exclusividade a superestrutura normativa do moderno sistema de dominação estatal, mas solidificará o processo normativo de base estrutural, produzido pelas cisões classistas e pela resistência dos grupos menos favorecidos” (WOLKMER, 2002, p. 100).

Essa nova apreensão do fenômeno jurídico, a seu turno, impõe pela aceitação de novos sujeitos como atores no processo de produção e realização do Direito, bem como o assentamento de um espaço público vivo, que possibilite a “formação de novas sociabilidades e o estabelecimento de reconhecimentos recíprocos na ação autônoma da cidadania” (SOUSA JUNIOR, 2006, p. 12). Para tanto, de modo a oportunizar este trajeto, apontam-se as contribuições pedagógicas de Luis Alberto Warat, que em última instância, busca reconhecer “o ensino do direito como uma prática política pelos direitos do homem” (WARAT, 1997, p. 41). Questiona-se, por este ângulo, a possibilidade de intersecção do programa prático-teórico de “O Direito Achado na Rua” com a matriz epistemológica waratiana, pensada como fórmula viabilizadora de uma nova práxis política e educacional *desde e para* os Direitos Humanos.

1. DOGMÁTICA JURÍDICA E SENSO COMUM TEÓRICO: DA MATRIZ KELSENIANA À CRÍTICA WARATIANA

Numa época ainda dominada por categorias jusnaturalistas, podemos dizer que Kelsen promoveu uma verdadeira revolução copernicana no Direito, na medida em que propôs não só uma nova metodologia para apreensão do fenômeno jurídico, como também um novo conjunto de conceitos e princípios gerais.

Conforme aponta Pepê e Warat (1996), a *Teoria Pura do Direito* buscou responder a duas necessidades fundamentais do discurso jurídico: uma de ordem epistemológica e outra no campo da dogmática. Do ponto de vista epistemológico, Kelsen (1999) preocupou-se em estabelecer as bases pelas quais seriam possíveis analisar o Direito, de modo a constituir um método sistemático e autônomo para o estudo da norma jurídica. Em Kelsen há, portanto, uma profunda cisão entre o Direito enquanto prática social e o Direito enquanto ciência; aquele é um produto direto da práxis, este, por outro lado, se escusa das contingências políticas, enunciando um tipo conhecimento independente dos juízos de valor que se possam fazer sobre ele:

A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É, desse modo, um trabalho de epistemologia jurídica, a parte da filosofia do direito voltada exatamente para o estudo do conhecimento das normas jurídicas. A epistemologia não cuida diretamente do direito, nem da interpretação de ordens jurídicas determinadas, mas do meio pelo qual se conhecem essas realidades, ou seja, ela trata do processo de construção daquilo que no Brasil se conhece por doutrina e em outros países se chama jurisprudência. Kelsen está preocupado basicamente com o conhecimento do direito e os meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico. [...] A atividade desenvolvida pelos profissionais do direito, como advogados, promotores, delegados, ou pelos órgãos de aplicação do direito, como os juízes, legisladores ou administradores, é

absolutamente distinta da atividade de conhecer de modo científico o conteúdo de normas jurídicas. [...] Em outros termos, o princípio metodológico fundamental kelseniano afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles outros relativos à sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com a sua aplicação (COELHO, 2001, p. 1, 3).

Valendo-se deste princípio da pureza, Kelsen definiu um modelo epistemológico rígido, que excluiu do âmbito da ciência jurídica todos os aspectos vivos de repercussão e captação do Direito pela história, pela filosofia, pela sociologia, pela antropologia e demais disciplinas de cunho social e humanístico. Como reporta o próprio autor, ainda no prefácio de *Teoria Geral do Direito e do Estado*, uma ciência jurídica não é — ou não pode ser — uma ciência política do Direito (KELSEN, 2000). Segundo explica Coelho (2001), para Kelsen, ao cientista do Direito caberia apenas se ocupar da norma posta, abstraindo completamente das suas análises os aspectos pré-normativos e metanormativos envolvidos na produção e aplicação do Direito, respectivamente.

Ocorre que, ao dissociar o estudo do Direito da sua função social, o paradigma kelseniano favoreceu — ainda que sem esta finalidade — certas perversões políticas, vez que preocupado apenas com questões formais de validade, retirou qualquer possibilidade de influência da moral no Direito, tornando juridicamente aceitável aquilo que muitas vezes poderia vir a ser politicamente injusto. Ao tentar eliminar a ideologia do conhecimento jurídico, Kelsen não só reforçou aquilo que mais abominava, como também não conseguiu exortar de sua teoria os efeitos ideológicos produzidos pelo discurso científico:

Deve-se, assim, pôr em xeque o princípio da pureza metódica, segundo o qual somos levados a separar o conhecimento do Direito da sua função na sociedade. Somos levados a negar o poder do conhecimento jurídico. Resgatando unicamente o poder do conhecimento jurídico, poderíamos perceber os modos como as significações jurídicas ficam imbricadas na própria materialidade social, co-determinando-a e sendo, por sua vez, determinadas por ela. O fetichismo das formas jurídicas, das palavras da

lei, adquire seu valor simbólico na medida em que pode erigir-se em lugar de objetivação (de inscrição material) das significações sociais e jurídicas, processadas mediante o sentido comum teórico do jurista. É isto o que o princípio da pureza metódica fundamentalmente cala quando, em seu afã de obter um conhecimento neutralizado, o encobre de suas funções na sociedade, reassegurando o seu exercício (WARAT, 1983, p. 122).

Dentro desta perspectiva, “é falso supor que o conhecimento científico do Direito pode desenvolver-se mediante um processo purificador que silencie o fato de que as significações jurídicas são institucionalmente produzidas” (WARAT, 1983, p. 125), o princípio da pureza metódica, na verdade, funciona como critério de sentido da linguagem jurídica, gerando claros efeitos sociais de poder e ocultando o seu núcleo político-ideológico:

Assim, a Teoria Pura do Direito recupera a fetichização dos conteúdos normativos, produzidos pelas doutrinas do Direito Natural, acrescentando-lhe um efeito de mitificação das formas do Direito. Neste sentido, as condições de significação formuladas através do princípio da pureza metodológica produzem a fetichização dos signos jurídicos. Fetiches estes que desempenham importantes funções sociais. [...] Mediante tal postulado deve-se colocar em xeque a aparente transparência e absoluta univocidade significativa atribuída aos conteúdos das normas jurídicas pelo princípio da pureza metodológica com o qual se pretende dissimular e, portanto, construir os âmbitos ideológicos e políticos das significações jurídicas (WARAT, 1983, p. 125-126).

É nesta acepção que Warat (1994) depreende o conceito de “senso comum teórico dos juristas”, referindo-se ao conjunto acumulado de conceitos, hábitos e práticas, os quais inconscientemente os juristas se utilizam no exercício de suas funções e na produção dos seus saberes. Dessa forma, o “senso comum teórico” funciona como um *prêt-à-porter* significativo, condicionando as enunciações jurídicas a códigos de referência pré-determinados e estabelecendo o limite das questões que podem ser colocadas e resolvidas pela dogmática jurídica. Em outras palavras, pode-

-se caracterizar o “senso comum teórico” como “a voz ‘*off*’ do direito, [...] uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam” (WARAT, 1982, p. 54).

Por esta via, o “senso comum teórico” pulveriza os conflitos e contradições sociais, diluindo a complexidade do real num emaranhado de abstrações jurídicas, “coisificando” os sujeitos e dissimulando as condições materiais de existência por meio de uma falsa garantia formal dos direitos (WARAT, 1995b). Dessa forma, o positivismo enquanto ciência perscruta fundar o saber jurídico em dogmas, os quais não se pode fugir, dada a imperatividade que os reveste de um caráter intocável. Neste seguimento, “qualquer sincretismo metodológico deixa intocado o marco normativo de Kelsen, que garante a última palavra ao poder social instituído — e tranquiliza-o, portanto, no que se refere a subserviência dos hermenutas” (LYRA FILHO, 1980b, p. 14).

Trata-se de uma “astúcia da razão dogmática”, como aduz Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003), referindo-se aos dispositivos hermenêuticos instalados pela dogmática jurídica e que têm por finalidade “domesticar” o sentido das normas, criando a impressão de o que interprete examina a lei com base em elementos colhidos no real concreto, quando na verdade a sua interpretação está fundada dentro de um sistema fechado de avaliações disponíveis. Assim, “a astúcia da razão dogmática põe-se [...] a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 301), definido em termos juridicamente abstratos os problemas socialmente concretos e, dessa maneira, tornando-os interpretáveis e decidíveis:

A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis. Propõe um saber que seja puro como teoria e, com isso, facilita que a dita proposta seja ideologicamente recuperada, servindo agora para que os juristas contaminem a práxis de pureza, criando a ilusão de uma atividade profissional pura. Assim, os critérios de purificação metodológica ganham um novo sentido: de uma cren-

ça vinculada a uma atividade profissional. Os juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissados politicamente, um técnico neutro das normas. As observações que terminamos de efetuar sobre a prática jurídica, apresentada como um lugar fora do poder, serve para fazer uma observação crítica sobre os postulados metódicos da teoria kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma ciência do direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica. É o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais (WARAT, 1982, p. 52-53).

Conforme a dogmática jurídica permanece “rigorosamente presa à legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um conhecimento abstrato e estático e ao monopólio da produção normativa estatal” (WOLKMER, 1997, p. 75), se instala no Direito uma crise de paradigmas, tão logo a emergência de novas demandas impõe por uma ressignificação de suas práticas e saberes. Outrossim, a crise do Direito é também e, na verdade, uma crise do ensino jurídico, vez que o programa educacional das faculdades de Direito, ainda hoje, permanece vinculado a uma cultura manualesca, instrumental e positivista das disciplinas trabalhadas (RODRIGUES, 2005). Portanto, para que possamos avançar a um ideal do Direito que seja plural e emancipatório, antes faz-se necessário repensar o contexto educacional em que essas práticas se inserem. Só desse modo seremos capazes de fundar uma ordem jurídica verdadeiramente comprometida com os problemas humanos fundamentais e que conduza a uma efetiva ruptura com o *status quo*.

2. A PEDAGOGIA DO NOVO: (RE)PENSANDO AS BASES DE UM ENSINO JURÍDICO EMANCIPATÓRIO

No campo do ensino jurídico pode-se dizer que a influência de Kelsen chegou aos seus últimos fins. Contudo, não se ignora que os problemas afetos a essas práticas educacionais antecedem a Kelsen, e dizem respeito muito mais a um modelo consolidado durante a era napoleônica, do que necessariamente ao positivismo jurídico. Basicamente, o modelo napoleônico pontificou o monopólio estatal sobre as Universidades, de forma a se garantir o alinhamento de quadros administrativos a serviço do Estado (ROSSATO, 1998). Não por coincidência, a criação das primeiras faculdades de Direito no Brasil se confunde com a solidificação do Estado Nacional; “não, evidentemente, do Estado que poderíamos ou deveríamos ter tido, [...] mas, com certeza, do Estado nacional que a elite dirigente projetou e procurou forjar” (FALCÃO, 1984, p. 15).

Nestas circunstâncias, os primeiros bacharéis em Direito formados no Brasil pertenciam às classes que aquela época detinha grande poder político e econômico. Houve, portanto, uma clara opção do governo em, de um lado, assegurar a instrução de pessoal capacitado para compor as funções burocráticas do Estado e, de outro, favorecer a elite política e imperial com acesso exclusivo a educação superior:

Seguindo a mesma função dos cursos europeus, a criação das Faculdades de Direito no Brasil obedeceu à Lógica das classes dirigentes, que necessitava de quadros aperfeiçoados para administrar o Estado. [...] Portanto, são essas escolas superiores, principalmente as de Direito, nas quais estavam matriculados ao fim do império mais da metade dos jovens alunos oriundos das grandes famílias proprietárias de terras e de escravos, que desempenharam um papel central no recrutamento e na formação dos mandarins, isto é, da nova burocracia emergente, formada por juízes, administradores, parlamentares e servidores públicos. Caso fosse beneficiado com o privilégio de algum apadrinhamento político, poderia concorrer a algum cargo eletivo (OLIVO, 2000, p. 57-58).

Não bastasse seu caráter excludente, os primeiros currículos adotaram um regime estritamente dogmático. Se se sabe que o objetivo principal do curso de Direito era formar técnicos competentes, a grade disciplinar não continha nenhuma matéria de cunho humanístico, o que

impedia uma reflexão ampla por parte dos bacharéis acerca de suas funções, tornando-os, no fim das contas, profissionais-mecânicos, em outros termos — e esse parece ser o equivalente atualizado do vocábulo —, meros “operadores do Direito”:

Observa-se, desde o berço da cultura jurídica nacional, uma tendência à preocupação com questões pragmáticas, de cunho eminentemente tecnicista, afastadas de uma reflexão mais profunda sobre os fenômenos jurídicos, quer fossem os fenômenos do Estado e da política, quer fossem aqueles concernentes à esfera de relações privadas dos seres humanos, o que prosseguiu através dos tempos, prolongando-se ainda até hoje a reprodução deste padrão (MENDES; MOARES, 2008, p. 4594).

Esse breve percurso histórico nos permite então compreender porque ainda hoje se encontra enraizado nas escolas de Direito uma visão tão estreita do ofício jurídico, posto que toda estrutura ainda continua sendo pensada em função de um enquadramento excessivamente técnico, que astuciosamente nos arrebatava e nos modela segundo as regras de um jogo que somos forçados a aceitar. Como “reféns” (Baudrillard), somos capturados a um estágio de alienação, tornamo-nos sujeitos a um processo de reprodução àquilo que nos é transmitido — como diria Warat (1997): “androides semiológicos” ou “burros com memória”.

Inspirada por esses ideais, a pedagogia dominante cumpre um projeto heterônomo de “castração” dos sujeitos, conquanto legitima a indiferença, despojando o homem dos seus sentimentos e instalando um movimento de “docilização dos corpos”. Ao revés, a pedagogia do novo se apresenta na contramão desses discursos de certeza, para fundar uma atmosfera democrática na busca pelo conhecimento. Alicerçada na esteira do surrealismo, propõe uma educação-existencial, proclamando o desejo, os sonhos e a autonomia como princípios norteadores. Arrasando o pilar central da ciência moderna, isto é, a busca incessante por verdades inquestionáveis, a pedagogia surrealista toca a insensibilidade do Direito e lhe recobre de poesia. Avança rumo à constituição de uma sala de aula livre da opressão do “saber narcisista”, ou de um professor que encarna o papel de oráculo, atingindo em cheio as bases do seu pedestal (WARAT, 2004a).

Por esta razão, Warat (2004a) manifesta — assim como Montaigne — repulsa àqueles que pretendem atingir o *status* de preceptores do saber, cuja soberba distorce a verdadeira função de um mestre: não a de ensinar — já que como dizia Freud é impossível educar alguém — mas a de ajudar a aprender, isto é, tirar o aluno da condição de “discípulo” (coadjuvante no processo de produção do conhecimento) para torná-lo também um “mestre” (protagonista de sua própria história). Neste diapasão, o surrealismo como método busca “transformar a aula num campo magnético para que o homem sinta-se verdadeiro, para ser, o que uma modernidade vacilante nos impôs como sendo a única possibilidade de constituição da identidade” (WARAT, 2004a, p. 410):

Para Kelsen o sujeito de Direito terminou reduzido a um conjunto de normas. [...] Os migrantes da concepção moderna do Direito levam seu inconformismo para outros campos, além dos marcados pelo ensino da ciência jurídica dogmática, sempre, absolutamente, reativa a qualquer contato com as outras ciências, especialmente as sociais. Migrantes de uma escolaridade jurídica que os havia condenado a um estudo técnico de uma normatividade cada dia em maiores dificuldades para ocultar ou simular suas debilidades semânticas (WARAT, 2013, p. 27).

Não obstante, Warat (1997, p. 41) tenciona reconhecer “o ensino do direito como uma prática política pelos direitos do homem”, isto é, um ensino do Direito que seja capaz de romper com os processos de alienação dos sujeitos, criando indivíduos conscientes e autônomos, bem como reivindicando a importância do amor, do desejo e das paixões na produção desses discursos:

Em definitivo, estamos destacando a importância da concretização de uma política educacional desenhada *desde e para* os direitos humanos. A encruzilhada entre duas práticas que se realimentam e vivem reciprocamente desde esse lugar de encontro. A educação jogando um papel fundamental em relação aos direitos humanos; e isto operando como mola propulsora de uma pedagogia da vida e da esperança em um mundo com mínimas incidências dos modos da opressão e da exclusão social. Estamos reivindicando e mostrando as respostas e contribuições

educativas sobre os direitos humanos; e ao mesmo tempo reivindicando as contribuições das práticas e dimensões simbólico-políticas dos direitos humanos como uma resposta radicalmente modificadora das concepções educacionais dominantes na condição moderna (WARAT, 2004b, p. 71).

O modelo imposto na era napoleônica e que se estabilizou ao longo da modernidade, visa unicamente a “escolarização” do indivíduo, e isso significa degradar suas experiências a ponto de serem substituídas por um saber estéril, que nada tem a dizer sobre as instâncias fecundas e estilísticas da existência. Precisamos, então, “de fórmulas educativas que não escolarizem, [mas] que nos ajudem a apreender para a autonomia, inserindo os processos de humanização pedagógica” (WARAT, 2004a, p. 427) como eixo de uma educação assentada dentro do paradigma do humanismo e da alteridade, é dizer: “precisamos de uma escola tornada rua” (WARAT, 2004a, p. 428-429).

3. O MODELO DE UMA LEGÍTIMA ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE LIBERDADE: NOTAS SOBRE “O DIREITO ACHADO NA RUA” E O PLURALISMO JURÍDICO

Se por um lado a epistemologia waratiana proporciona um novo método (ou antimétodo) em paralelo a pedagogia vigente, é sabido que “uma nova jus-didática implica não apenas a implementação de técnicas e estratégias pedagógicas mais atualizadas, como também um reexame do que secularmente se vem mostrando como ‘fenômeno jurídico’” (WARAT, 2004a, p. 362, tradução nossa). Nestes termos, à guisa daquilo que alhures fora enunciado por Lyra Filho (1980), o problema da crise do ensino jurídico não é apenas uma questão metodológica (ou de correção curricular), mas, efetivamente, uma alteração paradigmática, que transforme dos pés à cabeça o que se entende por “Direito”:

É preciso chegar à fonte, e não às consequências. É preciso tentar convencer a todos [...] de que temos de repensar

o ensino jurídico, a partir de sua base: o que é direito, para que se possa ensiná-lo? Noutras palavras: não é a reforma de currículos e programas que resolveria a questão. As alterações que se limitam aos corolários programáticos ou curriculares deixam intocado o núcleo e pressuposto errôneo. Se principiamos com a ideia redutora do direito, no chamado ordenamento jurídico - único, hermético e estatal -, já teremos estabelecido, neste primeiro passo, o engano que vai gerar tudo o mais. Nem traria remédio a invocação de vagos princípios idealistas ou de fontes suplementares, no uso, costume ou jurisprudência, desde que o direito estatal permanece, como estalão que regula, com suas normas, a admissão ou rejeição desses acréscimos. Além disso, o costume ou coleção de arestos, geralmente invocados, são os provenientes dos mesmos grupos e classes que produzem o direito legislado (LYRA FILHO, 1980, p. 6).

Após Kelsen e sua crítica ao jusnaturalismo, houve a eliminação das barreiras que de alguma forma distanciavam Direito e Estado. Com a *Teoria Pura do Direito* a norma estatal passou a ser o objeto privilegiado de estudo da ciência jurídica. Mais do que isso, eliminando o dualismo entre Estado e Direito, Kelsen foi além ao propor uma visão do Estado como a própria personificação do Direito (KELSEN, 1999). Essa visão limitada passou então a permear o universo jurídico, admitindo-se apenas o Estado como o legítimo produtor de normatividades:

Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada (KELSEN, 1999, p. 200).

Essa identificação tornou-se tão severa no imaginário social brasileiro, a ponto, inclusive, de não soar estranho, o fato de em nossa língua as palavras “público” e “estatal” serem sinônimas. Outras expressões derivadas, como “interesse público”, sugerem a mesma lógica, como se “interesse público” e “interesse estatal” fossem a mesma coisa. No fim das contas, o Estado é tratado como se fosse ele próprio a sociedade (LIMA, 2012). Contra esta corrente, a partir da década de 1970 começaram a surgir trabalhos em torno do que ficaria conhecido como “pluralismo jurídico”. Um dos autores pioneiros dentro desse contexto foi o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, que em 1973 defendeu na Universidade de Yale a sua tese de doutorado, intitulada “*Law against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*”.

Neste trabalho, Santos (1988) investiga as estruturas jurídicas informais de uma favela do Rio de Janeiro, nomeada por ele com o nome de fictício “Pasárgada”. Devido a ocupação cada vez maior de áreas dentro da comunidade, começaram a surgir problemas relacionados a posse e propriedade de terrenos. Como a maioria dessas ocupações eram ilegais, os moradores não podiam recorrer ao Judiciário, surgindo assim uma associação de moradores, que passou a servir como instância local para a resolução desses e outros conflitos:

Em Pasárgada, a associação de moradores cedo passou a ser conhecida pela sua intervenção nas relações sociais entre vizinhos, sobretudo naquelas que envolvessem direitos sobre a habitação ou a terra, uma intervenção que, aliás, não era, em termos gerais, inédita na comunidade, uma vez que continuava de modo mais sistemático e menos precário a intervenção anteriormente assumida por outras instituições comunitárias e nomeadamente pelos líderes locais (SANTOS, 1988, p. 13).

A omissão estatal fez surgir em “Pasárgada” o exercício de um poder paralelo proclamado pelos próprios moradores. A associação, transformou-se assim, numa espécie de fórum com *status* jurisdicional, desenvolvendo uma estrutura normativa própria e regulando juridicamente as disputas e litígios dentro da comunidade — o “Direito de Pasárgada”. Segundo explica Santos (1988, p. 14):

O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e a sua estrutura normativa assenta na *inversão da norma básica (grundnorm)* da propriedade, através da qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é consequentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedades legais (segundo o direito de Pasárgada).

Dentre as características do modelo jurídico de “Pasárgada”, ressalta-se o recurso da oralidade e da retórica em detrimento da forma escrita. Além disso, os processos eram menos formais, pois não se baseavam em leis escritas, mas sim no costume e nas práticas diárias. Um outro aspecto que merece destaque é o uso constante da mediação para se resolver os conflitos, com bastante autonomia concedida as partes, que se enxergam não como inimigos em um processo, mas como habitantes de uma comunidade comum e, por isso, diferentemente do direito convencional, os acordos são firmados com mais facilidade. A linguagem utilizada é a linguagem comum, sem jargões ou termos em latim, o que torna o “Direito de Pasárgada” acessível a todos, que não precisam conhecer profundamente nenhum aparato técnico para que possam defender os seus direitos.

Santos chega a elencar outras peculiaridades do sistema jurídico de “Pasárgada”, no entanto, mais do que entrar nesses pormenores, o ponto central da sua tese reside naquilo que ele entende por “pluralismo jurídico”:

Uma das ideias centrais deste ensaio é que, no estado de direito da sociedade capitalista, o estado não é só de direito e o direito não é só do estado. No caso aqui analisado — o direito de Pasárgada — a retórica jurídica é exercida pelo operariado industrial (e também pelo exército de reserva e por uma fração do que, muito inadequadamente, tem sido chamado de pequena-burguesia-favelada), fora do âmbito do direito estatal e no seio de uma organização comunitária (a associação dos moradores) mais ou menos autônoma. Apesar de toda sua precariedade, o direito de

Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, o exercício alternativo de poder político, ainda que muito embrionário (SANTOS, 1988, p. 98).

É a partir desta ruptura com o “monismo jurídico” que irão surgir uma série de debates questionando a autoridade do Estado como o único órgão legítimo para a produção e aplicação do Direito. Precipuamente, tendo em vista o fato de que muitas vezes o Estado não se faz presente em determinadas localidades, deixando esses cidadãos largados a própria sorte. Isso quando não ordena a repressão policial contra esses indivíduos, destruindo os seus assentamentos e expulsando-os de suas moradias. Desse modo, o “pluralismo jurídico” não só é uma reação legítima a essa negação generalizada de direitos, bem como uma forma de autodeterminação encontrada por esses grupos marginalizados diante da opressão sofrida pelo Estado:

Este direcionamento ressalta a relevância de se buscarem formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade, contemplando uma construção comunitária solidificada na plena realização existencial, material e cultural do ser humano. Trata-se, principalmente, daqueles sujeitos que, na prática cotidiana de uma cultura político-institucional e de um modelo sócio-econômico particular (espaço societário brasileiro), são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação e desenvolvimento social, e pela repressão e sufocamento da satisfação das mínimas necessidades. [...] Não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos. Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas (WOLKMER, 1997, p. 158-159).

Por este ângulo, o “pluralismo jurídico” pode ser entendido como uma prática de libertação ante o monopólio normativo do Estado, “priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo

grau de autonomia e identidade própria” (WOLKMER, 1997, p. XX). Isso permite que os grupos historicamente silenciados e cujas identidades foram saqueadas também pelo sistema normativo colonial/moderno, possam promover uma multiplicidade de práticas jurídicas legítimas existentes num mesmo espaço sócio-político, tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais desse grupo de indivíduos (WOLKMER, 1997).

O “pluralismo jurídico” permite uma maior abertura à participação popular, pois reconhece os movimentos sociais como sujeitos coletivos de direitos, privilegiando a participação desses novos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da sociedade, através de um processo histórico orientado pela vontade popular e controle das bases comunitárias (WOLKMER, 1997):

Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de atores sociais e, finalmente, de encarar a instituição da sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa (WOLKMER, 1997, p. 69).

De igual modo, a proposta de “O Direito Achado na Rua” insere-se dentro da perspectiva do “pluralismo jurídico” (ALBERNAZ; WOLKMER, 2008), na medida em que tende a reconhecer a legitimidade dos movimentos sociais e grupos ascendentes na proliferação de novas formas jurídicas, para além do Direito regulado pelo aparato institucional. Esse elemento “pluralista” já estava presente no programa iniciado pela Nova Escola Jurídica Brasileira e também no humanismo dialético de Roberto Lyra Filho. Em ambos os casos, como explica José Geraldo de Sousa Junior (1993) almejava-se uma apreensão dialética do fenômeno jurídico, alargando o plano de sua manifestação positivada para concebê-lo dentro de uma realidade plural, com múltiplos ordenamentos sociais e projetos autônomos de organização política.

Nesse sentido, a dimensão “pluralista” invocada pelo “O Direito Achado na Rua” passa a ser campo para uma redefinição paradigmática das estruturas jurídicas vigentes, o que se infere a partir do reconhecimento dos sujeitos e movimentos emergentes na produção de normatividades. Com isso, “propõe que se desloque o olhar para as diversas fontes do Direito, saindo do mundo abstrato para o da sociedade concreta, desigual e contraditória, reconhecendo o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais também como enunciadoras de direitos” (PRATES *et al.*, 2015, p. 108):

Como o próprio nome da iniciativa indica, há uma preocupação não tanto com o direito dos códigos, ensinado nas faculdades, mas com as diferentes formas jurídicas efetivamente praticadas nas relações sociais. Optando por uma análise “crítica” do direito estatal, questionando as estratégias de neutralização e despolítica estabelecidas pela dogmática jurídica e privilegiando a transformação social em detrimento de permanência das instituições jurídicas, ou seja, tratando a experiência jurídica sob um ângulo assumidamente político – a partir não só da exploração das antinomias do direito positivo e das lacunas da lei pelos movimentos populares, mas também dos diferentes direitos alternativos forjados por comunidades marginalizadas em termos sociais e econômicos –, este projeto da UnB tem por objetivo agir como transmissor de informações em favor de uma ordem normativa mais legítima, desformalizada e descentralizada (CAMPILONGO; FARIA, 1991, p. 38)

A “rua” é o espaço vivo aonde se estabelece a dinâmica social, traduz o lugar simbólico do acontecimento, do protesto, da reivindicação, o lugar ocupado pelo povo e para o povo, trazendo consigo a enunciação daqueles princípios supremos de uma *legítima organização social da liberdade*. Segundo Roberto Lyra Filho (apud SOUSA SANTOS, 2019, p. 2796), “o Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos’, até se consumir pela mediação dos direitos humanos”. Em sua concep-

ção, “os direitos humanos emergem como síntese jurídica e critério de avaliação das emergências de normatividades. Eles apontam para uma essencialidade caracterizadora do próprio homem e como medida de aferição não alienante das relações sociais que ele estabelece” (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 128).

Ao possibilitar que esses grupos historicamente excluídos e marginalizados figurem, eles próprios, como autores e destinatários do Direito, em verdade, se está a propor a garantia de liberdade desses sujeitos e também do próprio Direito, na medida em que se vê forçado a ampliar o seu horizonte normativo, deixando de ser “uma ‘coisa’ fixa, parada, definitiva e eterna, [para torna-se] um processo de libertação permanente” (LYRA FILHO, 2006, p. 53). Liberdade e legitimidade, constituem, portanto, o elo fundamental para a consolidação dessas relações, conferindo reconhecimento as lutas sociais e promovendo o resgate da “dignidade política do Direito”:

O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. Por isso, é importante não confundi-lo com as normas em que venha a ser vazado, com nenhuma das séries contraditórias de normas que aparecem na dialética social. Estas últimas pretendem concretizar o Direito, realizar a Justiça, mas nelas pode estar a oposição entre a Justiça mesma, a Justiça Social atualizada na História, e a “justiça” de classes e grupos dominadores, cuja ilegitimidade então desvirtua o “direito” que invocam. Também é um erro ver o Direito como pura restrição à liberdade, pois, ao contrário, ele constitui a afirmação da liberdade conscientizada e viável, na coexistência social; e as restrições que impõe à liberdade de cada um legitimam-se apenas na medida em que garantem a liberdade de todos. A absoluta liberdade de todos, obviamente, redundaria em liberdade para ninguém, pois tantas liberdades particulares atropelariam a liberdade geral (LYRA FILHO, 2006, p. 57).

Dessa maneira, o “Direito Achado na Rua” enseja a formação de novas sociabilidades, que “permitem abrir a consciência de novos sujeitos

para uma cultura de cidadania e de participação democrática” (SOUSA JUNIOR, 2019, p. 2785). Para “O Direito Achado na Rua”, a emergência dos movimentos sociais, enquanto conjunto organizado de atores, instaura no espaço público uma nova agenda política de demandas e reivindicações, permitindo assim uma participação ativa desses sujeitos no processo de tomada de decisão. Ao (re)colocar a questão dos sujeitos sociais na perspectiva do sujeito coletivo de direitos, possibilita, dessa forma, a composição de identidades autônomas, não como prática solipsista, mas como uma rede integrada de sujeitos, o que permite a reiteração de seu caráter participativo e democrático.

Em todo caso, trata-se de “identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e auto-determinação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns” (WOLKMER, 1997, p. 214), que compartilham conflitos e lutas cotidianas, legitimadas como mola propulsora para transformação do poder e instituição de um novo ordenamento social, plural, descentralizado e, acima de tudo, igualitário:

Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e a realização do Direito, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos (WOLKMER, 2006, p. 5).

Nessa disputa, coloca-se o imperioso desafio de se pensar o exercício do direito como uma prática política *desde e para* os Direitos Humanos. Reivindica-se, por este prisma, um contexto de formação-emancipatória, que promova a abertura do campo jurídico para outras sensibilidades, rompendo com o dogmatismo e democratizando o processo de produção do conhecimento. O alcance desse ponto capital pressupõe uma reversão completa dos procedimentos educacionais adotados na atualidade. Implica, por um lado, refletir sobre a condição dos próprios sujeitos-cognoscentes, alienados a realidade que os cercam e mutilados em

relação aos seus próprios saberes; em contrapartida, requer uma necessária abertura para o “outro”, não o “outro” como objeto a ser conhecido, mas como alguém dotado de identidade e autonomia, que comigo partilha e experiencia o mundo.

As propostas de “O Direito Achado na Rua” nos ajudam a avançar rumo a este ideal, “tendo na prática jurídica a mediação necessária para deslocar o ensino para a realidade social, inserindo a e o estudante na comunidade e, portanto, diretamente em contato com os saberes populares que protagonizam um ‘outro’ Direito” (MEDEIROS *et al.*, 2015, p. 159). Interessa agora explorar de que maneira essa ruptura prático-teórica se associa ao pensamento de Luis Alberto Warat, de modo a constituir um novo caminho para uma educação jurídica assentada no paradigma da alteridade.

4. A RUA GRITA DIONÍSIO! ENSINO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS

Atualmente, há uma tendência de enclausuramento dos discursos sobre Direitos Humanos pontificado por uma paixão cega e “militarizada” do saber. Esta postura escamoteia processos de inclusão e percepção do “outro”, na medida em que se fecham num conjunto de verdades inflexíveis, “que tentam gerar uma certa consciência culposa em auditórios assumidos indiretamente como cúmplices” (WARAT, 1997, p. 11).

Diante desta angústia de uma existência apagada pelos processos pós-alienantes, uma prática política de Direitos Humanos deve orientar-se pelo reconhecimento do direito a que a “ciência não nos prenda a um projeto heterônomo de dominação e ao ensino universitário que predetermine nossos pensamentos pela manipulação” (WARAT, 1997, p. 12). Conseqüentemente, almeja-se um ensino jurídico despojado dos mecanismos de violência simbólica e estratégias de fetichização dos conteúdos, que seja, portanto, capaz de “contribuir para a formação de personalidades visceralmente comprometidas com duas dimensões éticas fundamentais: a dignidade e a solidariedade” (WARAT, 1997, p. 60):

Para evitar a construção de uma sociedade de imbecis, necessitamos começar por reconhecer a importância de

nossa própria dignidade, inclusive nos incidentes ínfimos do cotidiano. Temos que aspirar à dignidade total da existência. Nosso compromisso com a vida passa por pensar e atuar procurando gerar homens melhores, homens que se preocupem com a produção social da dignidade. Para que exista uma forma social democrática, a dignidade tem que ser algo que se possa respirar constantemente. E todos temos que ajudar para que o outro possa reconhecer, em nós, sua dignidade. A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e os existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras. Muitas vezes se tem confundido a solidariedade com a caridade e com o paternalismo: duas formas aristocráticas de tornar distância dos conflitos e impedir sua resolução. A solidariedade é uma forma de sair do narcisismo, aceitando que o outro existe. Dignidade e solidariedade constituem, portanto, os dois componentes básicos da matriz simbólica dos direitos humanos. Porque o homem precisa reconhecer-se digno e solidário para poder contrapor-se às densidades simbólicas que vão preparando as estratégias fatais da alienação, a irrupção forçada de uma sociedade pós-totalitária (WARAT, 1997, p. 61-62).

Dessa forma, haja vista que já não mais se sustenta um saber sobre o Direito unívoco e estéril, cumpre ampliar seu horizonte paradigmático, enxergando novos atores e novos espaços de produção normativa, tal e qual outras instâncias — que não apenas a epistemologia cientificista-moderna — como produtora do conhecimento. Nesta perspectiva, fundar uma nova cultura jurídica, atenta aos problemas sociais, às desigualdades materiais e as necessidades reais de existência, reclama, sem dúvida, por uma reinvenção do ensino jurídico. Somente assim será possível a criação de pontes entre os “juristas” e os outros atores do direito, somente esse contato com outro tipo de “sensibilidade” que não aquela determinada pelo paradigma vigente, pode promover um novo olhar acerca dos Direitos Humanos, oportunizando com isso o fomento de novas práticas (SIMIÃO, 2011).

Os Direitos Humanos devem deixar de serem vistos apenas por uma perspectiva normativista. É preciso tentar pensar os Direitos Humanos a partir de lugares não convencionais e, também, fora de qualquer convenção. No célebre manifesto *A Rua Grita Dionísio!*, Warat (2010) nos incita a uma concepção dos Direitos Humanos voltada as práticas de alteridade. O racionalismo, enquanto paradigma da modernidade, subtraiu do homem suas potencialidades amorosas. O homem em “fuga” tornou-se insensível a realidade, preso aos grilhões da razão, do individualismo e do mercado, passou a viver como um ser miserável. Uma prática efetiva (e afetiva) dos Direitos Humanos deve conduzir a um reencontro do homem com sua própria subjetividade, algo que só é possível quando se considera espaços de relação com o “outro”, formando assim um *entre-nós*.

Portanto, a questão dos Direitos Humanos já não se coloca em termos de protocolos internacionais, antes é uma “questão de alteridade” (WARAT, 2010, p. 116). Não podemos falar de Direitos Humanos ignorando os sentimentos, os desejos, os sonhos. É preciso devolver ao homem o seu *status* de dignidade, o que inclui o direito a não estar só, o direito de encontrar a própria sensibilidade, o direito à autoestima, o direito a não ser manipulado, o direito a não ser discriminado ou excluído, o direito a ser escutado, o direito a não ficar submisso, o direito à própria velocidade, à pulsão da errância, o direito a transitar a margem dos lugares comuns, de ser reconhecido em sua diferença e ainda assim fazer parte de uma comunidade de indivíduos que se veem como iguais (WARAT, 2010):

La calle grita constantemente la desmesura, denunciando como son ignoradas las diferencias, reducidas a minorías excluidas. Es un grito que no se escucha. [...] Pasaron siglos de normativismo y los juristas continúan teniendo devaneos de recién llegados. [...] Los juristas nunca aprendieron nada de la calle, siempre fueron prisioneros del misticismo. El orden, esa elegante esperanza apolínea. La esperanza en el orden combina con la idea de la existencia de las normas jurídicas, que por su vez depende de la esperanza en los sentidos organizados jerárquicamente en sistemas. Lo dionisiaco no tiene otra estrategia que la de los fragmentos. En su mundo no hay sino detalles, sutileza, o bruscas delicadezas que no se olvidan de las diferencias, los detalles individuales que las generalizaciones

y abstracciones en nombre del orden borran La absurda esperanza impersonal y anónima que alimente la sed de transformaciones hasta bien terminado el siglo XX (WARAT, 2010, p. 127-128)³.

Precisamos reaprender a escutar a “rua”, permitir que novas vozes ingressem nos espaços de construção do saber e, desse modo, criar um ambiente polifônico que desnude o discurso dominante da ciência moderna de suas competências infalíveis. Somente assim será possível uma política educacional desenhada *desde e para* os Direitos Humanos, capaz de fundar uma instância fecunda de recuperação da(s) subjetividade(s), uma instância que privilegie a pluralidade de sentidos e não apenas um exercício de “culpas”, mas efetivamente “um empreendimento emancipatório [...] do homem com a autonomia” (WARAT, 1997, p. 16):

Situadas nestes termos, as articulações entre educação e direitos humanos devem supor um projeto pedagógico integrado que incite a viver e desfrutar dos direitos humanos; que permita a compreensão e o aprendizado do valor existencial, que implica para os excluídos e os esquecidos, o exercício das práticas reivindicatórias de seus direitos de alteridade (as pessoas precisam aprender e exercer o valor da vida através da realização dos direitos humanos; a biopolítica resistida e contestada por uma concepção e uma prática vitalista dos direitos humanos; e, finalmente, que permita fomentar um estado de opinião que leve a pensar que qualquer violação dos direitos humanos em qualquer lugar do mundo não nos pode deixar indiferentes, sendo de todos a responsabilidade de evitá-las. Aqui faço uma invocação para que aprendam a ser solidários em termos dos direitos humanos, sentindo que quando alguém é violentado em seus direitos, estamos obrigados a reagir como se estivéssemos diante de uma ameaça à sobrevivência da espécie, como se faltasse o ar que respiramos (WARAT, 2004b, p. 71).

3 O trecho não foi traduzido em respeito ao desejo do autor de manter qualquer reprodução integral ou fragmentos do texto em seu idioma original (castelhano).

Cuida-se, em todo caso, da composição de “um saber sobre o Direito que reconcilie o homem com suas paixões, tenha respostas de acordo com o mundo e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos” (WARAT, 2004c, p. 83).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, verificamos que para prática efetiva dos Direitos Humanos exige, em primeiro plano, uma alteração paradigmática do Direito, fundada no pluralismo jurídico, para que então seja possível forjar um modelo educacional polifônico, que valorize a construção de subjetividades autônomas e processos de desconstrução de um saber narcisista e autoritário. As pessoas aprendem a cuidar de si e dos outros quando lutam pelo direito a ter direitos, quando percebem que mesmo excluídas podem reivindicar o direito a se considerar vivas, e que não só são cidadãos aqueles que o Estado tende a reconhecer como tal.

O Direito não se acha exclusivamente na lei. É preciso romper a barreira do legalismo para perceber o Direito como enunciação de práticas sociais “vivas”. Em contraposição aos valores tradicionais que sedimentam a dogmática jurídica, a opção epistemológica adotada neste texto aponta para um novo modelo de ensino que privilegie a autonomia dos sujeitos e um olhar crítico direcionado a realidade. Nesse sentido, como assevera Gustin (2004, p. 58-59), “o saber produzido deve-se dar como conhecimento emancipado e emancipador, e jamais como saber regulador, requerendo, assim, transformações não só da produção do conhecimento, como da própria prática de conhecer”.

De um lado, “O Direito Achado na Rua” favorece uma concepção do Direito orientado as práticas emergentes de grupos sociais atuantes, fundando na dialeticidade das lutas e reivindicações dessas classes e também no reconhecimento de seu estatuto jurídico, contrariando assim o monopólio normativo estabelecido pelo Estado; por outro, Luis Alberto Warat ao descortinar as falácias do discurso jurídico, aclara sobre os dispositivos de opressão que se ocultam nas ficções elaboradas no seio do “senso comum teórico dos juristas”, nos fala da construção de um saber

que se enriquece a partir de experiências intersubjetivas, fundado na incerteza, na cumplicidade, em práticas autônomas e afetivas.

As propostas aqui apresentadas servem como um ponto de partida para repensar a condição da Universidade e do Direito na sociedade em que vivemos, chamando a atenção para a plataforma excludente e disciplinar que ainda vigora na educação jurídica e apresentando formas pelas quais a superação desse cenário seria possível. Acreditamos, dessa maneira, que ao unir essas duas vertentes seremos capazes de vislumbrar um programa educacional focado no protagonismo humanista, que assegure a efetivação de projetos de vida e percursos emancipatórios, devolvendo ao homem “a possibilidade da livre criação de sonhos fora dos espaços mortos das instituições, para permitir a abertura para o novo, para o diferente, para o inesperado... enfim, para a democracia” (WARAT, 1997, p. 94).

REFERÊNCIAS

- ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antônio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. **Seqüência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 67-94, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (Orgs.). **180 Anos do Ensino Jurídico no Brasil**. Campinas: Millenium, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo Saraiva, 2003.
- ESCRIVÃO FILHO, Antônio *et al.* O Direito Achado na Rua: concepção e prática. No percurso de Roberto Lyra Filho. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua: concepção e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FALCÃO, Joaquim. **Os Advogados: Ensino Jurídico e o Mercado de Trabalho**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1984.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)Pensando a Inserção da Universidade na Sociedade Brasileira Atual. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. **Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Roberto Kant de. Antropologia Jurídica. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Org.). **Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro/ Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia/LACED/Nova Letra, 2012

LYRA FILHO, Roberto. **O Direito Que se Ensina Errado**. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980a.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **Por um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980b.

MEDEIROS, Érika Lula de et al. O Direito Achado na Rua: Exigências Críticas para a Pesquisa, a Extensão e o Ensino em Direito e em Direitos Humanos. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua: concepção e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENDES, Ana Stela Vieira; MORAES, Germana de Oliveira. Da Crise do Ensino Jurídico à Crisálida da Ética Transdisciplinar: a metamorfose em direito do amor e da solidariedade através da formação jurídica. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília-DF, 2008.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Origens Históricas do Ensino Jurídico Brasileiro. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

PEPÊ, Albano; WARAT, Luis Alberto. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

PRATES, Carlos Inácio et al. A Fortuna Crítica de O Direito Achado na Rua: História e Desenvolvimento. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua: concepção e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o Ensino do Direito no Século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ROSSATO, Ricardo. **Universidade: nove séculos de história**. Passo Fundo: Ediupf, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SIMIÃO, Daniel Schroeter. Sensibilidade Jurídica e Diversidade Cultural: dilemas timorenses em perspectiva comparada. In: SILVA, Kelly Silva; SOUSA, Lucio (Orgs.). **Ita Maun Alin**: o livro do irmão mais novo. Lisboa: Colibri, 2011.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como Liberdade**: o Direito Achado na Rua, experiências populares emancipatórias de criação do Direito. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Educação em Direitos Humanos na Formação dos Profissionais de Direito**: novas perspectivas a partir do ensino jurídico. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/1congresso/037_congresso_jose_geraldo_sousa_jr.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**: condições sociais e fundamentos teóricos. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2776-2817, 2019.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Concepção e Prática do O Direito Achado na Rua: plataforma para um direito emancipatório. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 145-158, 2017.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua: concepção e prática. In: _____ (Org.). **Introdução Crítica ao Direito**. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social**: fundamentos preliminares para uma tentativa de re-fundação. 2013. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995a.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. **Seqüência**, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982.

WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. **Educando para os Direitos Humanos**: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004b.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995b.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. **Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 1-16, dez. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos para uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

SENEXÃO: A COLOCAÇÃO DE IDOSOS EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO ALTERNATIVA PARA O AMPARO DE IDOSOS ÓRFÃOS

SENEXÃO: PLACING ELDERLY IN A SUBSTITUTE FAMILY AS AN ALTERNATIVE FOR THE SUPPORT OF ELDERLY IN A SUBSTITUTE FAMILY AS AN ALTERNATIVE FOR THE SUPPORT OF ELDERLY ORPHANS

Isabella Nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond¹
Monique Maria Nascimento Ferraz²

Data de Submissão: 09/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Através da abordagem doutrinária, legal, estatística e jurisprudencial, a presente pesquisa versará sob a regulamentação do termo “colocação do idoso em família substituta”, por meio de um novo instituto a ser acrescentado ao Direito de Família: a Senexão. O trabalho terá como objetivo analisar a viabilidade do instituto Senexão como medida alternativa de amparo aos idosos órfãos, através do método de abordagem dedutivo e do procedimento comparativo. O presente artigo alcançará, em sede conclusiva, a viabilidade do novo instituto em que pese a inadequabilidade legal e conceitual dos termos gerais do instituto da adoção de crianças e adolescentes em face da negligente adequação a adoção de idosos, priorizando em todo o limiar da análise comparativa a principio-logia defensiva do direito dos idosos garantida pela lei específica e pela Carta Magna.

Palavras-chave: Senexão. Adoção de idosos. Família substituta.

1 Advogada. Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Birmingham-UK; Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

2 Graduanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior- iCev.

Abstract: Through the doctrinal, legal, statistical, jurisprudential approach, this research will deal with the regulation of the term “placing the elderly in a substitute family” by a new institute to be added to family law: the Senexão. The work will aim to analyze the viability of the Senexão institute as an alternative measure of support for elderly orphans, through the deductive approach method and the comparative procedure. This article will reach, conclusively, the viability of the new institute in spite of the legal and conceptual inadequacy of the general terms of the institute of the adoption of children and adolescents in face of the negligent adequacy of the adoption of the elderly, prioritizing throughout the analysis threshold comparative the defensive principle of the right of the elderly guaranteed by the specific law and the Magna Carta.

Keywords: Senexão. Adoption of elderly. Substitute family.

INTRODUÇÃO

A pessoa idosa é detentora de direitos que devem ser protegidos e assegurados pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo poder público. Esses direitos requerem observância proporcional ao aumento da taxa de envelhecimento do Brasil e ao fenômeno negativo de abandono das pessoas idosas pelo próprio núcleo familiar, tornando indispensável que as situações que os envolvem tenham direcionamento legal e não fiquem a mercê da discricionariedade dos operadores do direito, quando necessária a intervenção dos mesmos.

Assim, é constante a necessidade de conscientização da população sobre os direitos dos idosos e sobre a importância desse grupo etário para a sociedade, ao passo que também é imprescindível a conservação e implementação de políticas públicas que exerçam o papel de proteção ao idoso de forma conjunta à família ou que tampe as lacunas possíveis, na falta desta.

Nessa percepção, um tema a respeito da proteção que deve ser ofertada aos idosos que carecem de maior cuidado e regulamentação, é a adoção de idosos. Isso porque, o instituto da adoção se construiu baseado na necessidade de proteger crianças e adolescentes da falta de um lar e de um amor familiar e, portanto, possui requisitos conceituais e etários que impedem a adoção de uma pessoa idosa.

Nesse diapasão, surge o Projeto de Lei (PL) nº 105/2020, de autoria do Deputado Pedro Lucas Fernandes, que institui a Senexão, novo instituto no Direito de Família, com vistas a regulamentar a colocação do idoso em família substituta por meios próprios, diverso da adoção e com objetivo de proteger a pessoa idosa em todos os aspectos, incluindo o aspecto pessoal, ao promover a inserção em família e em sociedade e o aspecto patrimonial, ao prever direitos sucessórios específicos.

Neste seguimento, a presente pesquisa visa analisar a viabilidade do novo instituto da Senexão, como alternativa para o amparo de idosos órfãos em face da inviabilidade da adoção de idosos perante aos requisitos legais, principalmente no que diz respeito ao art. 42, caput e §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (LEI. nº 8.069 de 1999), elucidando questionar se o instituto senexão é uma alternativa necessária

e viável para proteger o direito dos idosos de viver e conviver em família e em sociedade.

O tema em comento é inédito e atual, motivo pelo qual a presente pesquisa abordará bibliografias de autores renomados como Rolf Madaleno, Flávio Tartuce e Maria Berenice Dias, por meio de pesquisa documental indireta. Da mesma maneira se observará as discussões expostas pelo Instituto de Direito de Família (IBDFAM), um dos poucos institutos a produzir artigos sobre a Senexão e o posicionamento da entrevistada, Sra. Presidente da Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Dra. Deborah Porto Cartágenes.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (L. nº 8.069/90), acrescidos da análise comparativa dos PL 956/19, 5475/19 e 5532/19, que estão em tramitação e versam sobre a adoção de idosos, serão observados e discutidos na presente pesquisa por meio do procedimento comparativo e do método de pesquisa dedutivo, com o objetivo de sopesar a viabilidade do PL nº 105/2020 que institui a Senexão.

1 SENEXÃO: NOVO INSTITUTO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família deve acompanhar as conjunturas sociais que o modificam. É nessa senda que se vê a constante necessidade de proteger o direito dos idosos órfãos de viver e conviver em família e em sociedade.

A princípio, os requisitos de idade previstos em lei para adoção são prejudiciais aos idosos quanto ao direito de conviver em família, ao passo que é necessário que o adotante seja, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado, conforme previsão do art. 42, § 3º do ECA.

Essa previsão além de inviabilizar a adoção de idosos, demarca os contornos de uma adoção, prevendo um vínculo maternal ou paternal do adotante para com o adotado. Rolf Madaleno, ao tratar sobre o tema adoção, comenta o requisito de idade da seguinte forma:

O adotado justamente carece de pais, ainda que não possua irmãos, mas precisa, no modelo de construção de sua personalidade, das figuras parentais do pai e da mãe, em ambiente de natural ascendência e de respeito entre o mais jovem e o mais velho, porque soaria estranho o adotado ser mais velho e o adotante mais jovem, numa inversão da natureza e, portanto, também estranha à adoção. (MADALENO, 2020, p. 1145)

Aqui, cabe a indagação: o idoso, carente de convivência familiar, necessita de um “ambiente de natural ascendência” para se sentir inserido e bem cuidado? O questionamento enseja outro. O meio mais viável para resguardar o direito à convivência familiar das pessoas idosas seria através da mudança de requisitos e finalidade da adoção?

Não é crível concluir que a adoção, pelo exposto, seja instituto viável de amparo às pessoas idosas órfãs, ainda que seus requisitos fossem alterados, a sua finalidade é inerente. Além disso, a adoção aos fins em que se destina funciona de forma efetiva e cumpre o seu papel de proteção à criança e ao adolescente, ao passo que só se procede obedecendo e prevalecendo ao interesse destes.

A negativa quanto à adoção de idosos não é consensual. Patrícia Calmon, presidente da Comissão da Adoção e do Idoso do IBDFAM-ES, ao contrário do exposto e imbuída da necessidade de provocar o debate acerca do tema, assevera:

Sendo a adoção um instituto que se volta à efetivação e garantia de direitos, talvez sua aplicação não possa ser obstaculizada apenas pela aplicação fria de uma regra impositiva de diferença de idade, sem que seja feito seu sopesamento com outra norma de idêntica obrigatoriedade, a impor que as normas jurídicas em colisão (princípio da convivência familiar e comunitária do idoso x regra limitativa de idade), sejam sempre e em qualquer hipótese, ponderadas pelo juiz, com o objetivo de que sobreleve aquilo que é mais importante: a adoção se revelar vantajosa para o adotando. (CALMON, 2020, p.74)

Ocorre que a pessoa idosa não carece de pai e/ou mãe, a lacuna a ser preenchida não é de filiação, mas sim de cuidado e companhia. A

mudança de requisitos da adoção para abranger idosos, ainda que supere os dilemas de diferença de idade e vínculo parental, não modificaria a celeridade do processo, tampouco os direitos sucessórios.

Nesse passo, um novo instituto de amparo e proteção aos idosos demonstra ser uma necessidade no Direito de Família. E com a necessidade, surge a proposta, o Projeto de Lei nº 105/2020 pretende somar às previsões legais um novo instituto: a Senexão.

Etimologicamente, o termo “Senexão”, que conceitua a nova modalidade de colocação do idoso em família substituta, tem seu significado extraído da palavra de raiz latina “senex” que corresponde ao idoso, somado ao prefixo “ão” que corresponde ao conceito de pertencimento, como em aldeia/aldeião, cidade/cidadão. (FERNANDES, 2020)

O Deputado Pedro Lucas Fernandes, ao propor o Projeto de Lei, endossa o exposto até aqui com ênfase à crítica, no que de forma não técnica e, portanto, errônea, se intitulou de “adoção de idosos”, é o que se pode extrair da justificativa:

Mas não é isso que define a situação chamada impropriamente de “adoção de idoso”. Esta seria uma forma de amparar um idoso – não implicando o questionamento de laços da relação pais/filhos, mas tão somente dar ao idoso uma família substituta, com fulcro sim em afetividade, mas aquela nascida de relação, no mais das vezes, bem diferente da filiação.

Como se trata de fenômeno novo no direito, nada mais correto do que o legislador criar um novo instituto, com seu próprio nome, para designar esse ato. (FERNANDES, 2020, p.4)

Desta forma, a colocação do idoso em família substituta, através da Senexão, não é tão somente um novo instituto que se soma ao Direito de Família, mas sim uma importante conquista do ramo, haja vista a oportunidade de fazer com que o poder legislativo recaia os olhos sobre uma figura, indigna de preconceito, porém carregada dele, as pessoas idosas.

Os idosos carregam consigo as dores e as delícias de uma vida próxima da completude. Entretanto, isso não é o bastante aos olhos da sociedade. A sociedade levanta barreiras a respeito da convivência com

idosos, que devem necessariamente ser quebradas e, conseqüentemente, substituídas por melhorias para esse grupo.

Esse preconceito em sentido amplo se acentua quando se trata de “adotar” idosos, criando estereótipos que se assemelham a “carregar um peso” ou tomar para si as angústias alheias. Tudo isso, desvalorece a velhice, como pontua Ramos:

Dentro desse contexto só resta à velhice ser encarada como desvalor social. Não representa nenhuma vantagem e nenhum status ser uma pessoa velha. A pessoa velha é sempre vista como um ser fraco, necessitado de comise-ração alheia, sem contar que na atuali-dade é vista como um ser sustentado pelos jovens que trabalham. (RAMOS, p. 30, 2014)

A realidade social, por si só, frustra o direito dos idosos de conviver em família e é por isso que melhorias e facilitações devem ser conhecidas e adotadas.

Nesse direcionamento, Patrícia Calmon, anteriormente citada na presente pesquisa, ao conhecer o instituto Senexão e tecer cautelosas ressalvas sobre o mesmo, pondera:

Por isso, pode-se concluir que o PL nº 105/2020 tem por louvável finalidade a pretensão de ampliar o espectro conceitual da socioafetividade, para abarcar a constituição de laços familiares distintos daqueles pautados apenas na filiação, podendo vir a ser, de fato, um novo e importante instituto do direito das famílias. (CALMON, 2020, n.p)

O PL 105/2020 se apresenta como uma importante melhoria para enfrentar as barreiras erguidas pela sociedade. Primeiro por naturalmente levar a demanda ao legislativo, que apensada a outras já existentes, intenta instigar o debate e o acolhimento da temática, segundo por prever expressamente em seu art. 56 J., o dever ao poder público de, nas medidas das possibilidades, promover campanha de busca ativa de candidatos à Senexão.

É notório o fim a que se destina o artigo extraído do PL. Uma medida de amparo aos idosos. Assim, ele pretende incluir o poder público na

promoção do novo instituto, bem como pretende com ele contar para que as políticas não sejam apenas previstas, mas sim implementadas e efetivadas.

Os contornos provocados pelos estereótipos em torno dos idosos devem, urgentemente, ser tolhidos. Os idosos órfãos clamam por dignidade e, para muitos deles, a dignidade é sinônimo de atenção, de palavras de afeto proferidas ou tão somente de uma presença e um olhar que não lhes recriminem.

É sabido que esses estereótipos não se findarão da noite para o dia, entretanto, colocar em discussão os direitos deste grupo etário socialmente prejudicado significa a continuidade da conquista de proteção e valorização. O instituto da Senexão visa o debate e a efetividade do direito dos idosos, especialmente no que diz respeito à colocação em família substituta.

Em provocação ao debate, a Presidente da Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa na OAB, Dra. Deborah Porto Cartágenes, ao ser entrevistada por meio eletrônico por esta pesquisadora e questionada sobre a viabilidade e necessidade do instituto, proferiu as seguintes ponderações (informação verbal)³:

A Senexão é um instituto jurídico ainda pouco conhecido, e por ter objetivo próprio de acolhimento da Pessoa Idosa, deve ser amplamente discutido entre as organizações e institutos de Proteção e Valorização dos Direitos da Pessoa Idosa de todo país.

Possui características e conseqüências peculiares e por tratar de interesse de pessoas vulneráveis como a Pessoa Idosa, deve haver amplo estudo e questionamentos quanto à sua eficácia e aplicabilidade. (CARTÁGENES, 2020, n.p)

A cautela é necessária para o deslinde dos comentários acerca do instituto da Senexão, tendo em vista que, em momento algum, este instituto pode perder de vista a proteção à dignidade da pessoa idosa. Os estudos e questionamentos acerca do tema tendem a aperfeiçoar o insti-

3 Entrevista concedida por CARATÁGENES, Deborah Porto. Entrevista (27.11.2020). Entrevistadora: Monique Maria Nascimento Ferraz. Teresina-PI, 2020. Arquivo eletrônico.

tuto e garantir sua aplicabilidade que há de ser demonstrada ao longo da presente pesquisa.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), é um importante instrumento na construção da mencionada necessária dignidade, tendo em vista que ele, em consonância com a Constituição Federal, prevê e resguarda direitos, bem como contraria o preconceito, o abandono, a negligência e os maus-tratos, visando erradicá-los em prol da construção da dignidade ao grupo vulnerável, os idosos, vejamos:

O Estatuto se constitui em um microssistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata (CF 5.º § 1.º) (DIAS, 2016, p. 1103).

O Estatuto do idoso nasceu com a importante finalidade de garantir o direito dos idosos através do reconhecimento das suas necessidades. Para que continue cumprindo sua finalidade é necessário que se adeque às demandas da sociedade.

Em razão dessas demandas sociais, é que o PL nº 105/2020 visa alterar o Estatuto do Idoso, em que pese a colocação do idoso em família substituta, não prevendo a possibilidade da anteriormente mencionada “adoção de idosos”, mas criando um novo instituto, completamente correspondente às finalidades em que se destina o Estatuto do Idoso.

A preocupação com a inserção da pessoa idosa na família e na comunidade deu vida ao instituto Senexão e é uma finalidade inerente ao Estatuto do Idoso, como é possível extrair do art. 3º deste:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (Grifo nosso). (BRASIL, 2003)

A efetiva possibilidade de convivência da pessoa idosa na família e na comunidade pode significar a base, o fio condutor, para a observância dos outros direitos, como alimentação, educação, cidadania, dignidade, vida e saúde. A Senexão, além de efetivar o direito previsto, pode fazer sobre eles o controle, obrigando o senector a prestá-los ao senectado, através do art. 55 D. do PL 105/2020, é o que se vê:

Art. 55 D. São obrigações do senector: I – a manutenção do senectado como pessoa da família, provendo todas as suas necessidades materiais e afetivas; II – fornecer ao senectado ambiente familiar de acolhimento e segurança, tratando-o como parente; III – cuidar de todas as necessidades de saúde do senectado; IV – fornecer ao senectado um ambiente propício a sua idade, estimulando atividades compatíveis com sua capacidade, a fim de integrá-lo socialmente, estimular sua autonomia e desenvolvimento de aprendizado, se assim desejar, e fornecê-lo ambiente de tranquilidade e segurança. (BRASIL, 2020)

Assim, o novo instituto preserva as garantias existentes e busca melhorias, ratificando sua viabilidade e necessidade de ser acrescido positivamente e de forma não colidente ao Estatuto do Idoso, preservando o princípio do melhor interesse da pessoa idosa e obedecendo aos princípios norteadores do direito dos idosos, o princípio da proteção integral e o princípio da absoluta prioridade.

O melhor interesse do idoso é um dos princípios que se pode extrair do conceito de proteção integral ao idoso, consagrado pela Constituição Federal (CF) e pelas legislações infraconstitucionais através dos dispositivos que asseguram direitos às pessoas acima de 60 anos, derivados da tutela fornecida pelo princípio absoluto da dignidade da pessoa humana.

Com isso, é necessária a regulamentação do acolhimento ao idoso, em prol da sociedade, tanto em termos jurídicos, quanto em termos de convivência. Estes, por vezes, estão intrinsecamente ligados e suscitam dos magistrados desse país um posicionamento uniforme nas decisões e também de todos aqueles que servem à justiça e dela se servem, uma

previsibilidade do direito, com o fim de colaborar com o princípio do melhor interesse da pessoa idosa.

O tema, colocação das pessoas idosas em família substituta, não pode e não deve ficar em aberto, sob pena de que casos concretos sejam submetidos às decisões divergentes que prejudiquem o direito dos idosos à convivência em família e em sociedade por falta de previsão legal, clara e específica destinada a solucionar essa determinada problemática.

Portanto, as demandas judiciais necessitam de previsão legal que direcionem as tomadas de decisão quanto ao que erroneamente costuma ser tratado como “adoção de idosos” e, para tanto, a Senexão surge como novo instituto do direito de família, trazendo a possibilidade de colocação do idoso em família substituta, sem que este sofra alteração na sua filiação.

2 O AUMENTO DA TAXA DE ENVELHECIMENTO DO PAÍS E A NECESSIDADE CRESCENTE DE UM INSTITUTO QUE OS AMPARE

A taxa de envelhecimento no Brasil vem aumentando consideravelmente nos últimos anos. Segundo dados da Projeção da População (IBGE, 2018), o Brasil tem mais de 28 milhões de pessoas com idade acima de 60 (sessenta) anos, número que representa 13% da população do país. Não sendo bastante, esse percentual tende a dobrar nas próximas décadas. Esse aumento substancial na taxa de envelhecimento do país, acende a preocupação com a habitação dessas pessoas idosas, vítimas da própria sociedade em termos de acolhimento. Dado o fato de que o preconceito contra os idosos está enraizado na sociedade e reflete na própria família, tornando realidade casos de abandono afetivo inverso.

Segundo o Banco de Notícias da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2016), novas análises realizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) mostram que atitudes negativas ou discriminatórias contra idosos são generalizadas e afetam negativamente a saúde física e mental dessa população.

Ainda, segundo os dados da pesquisa “*World Values Survey*”, feita pela OMS, que nomeia as análises supramencionadas, 60% (sessenta por

cento) das 83 (oitenta e três) mil pessoas entrevistadas em 57 (cinquenta e sete) países, relataram que pessoas idosas não são respeitadas. (OPAS/OMS, 2016)

Paulo Ramos, ao comentar a relação entre o idoso e a família, lembra:

[...] Há, no interior das famílias, a cumplicidade dos adultos em manejar os velhos, em imobilizá-los com cuidados para o seu próprio bem. Em privá-los da liberdade de escolha, em torná-los cada vez mais dependentes administrando as suas aposentadorias, obrigando-os a sair de seu canto, a mudar de casa e, por fim, submetendo-os à internação hospitalar. [...] (RAMOS, P. 187, 2014)

Essa realidade de preconceito e discriminação, também chega no seio familiar e provoca o que se denomina de abandono afetivo inverso, o abandono dos filhos para com os pais. Assim, o aumento da taxa de envelhecimento no país, consequentemente, poderá significar o aumento do número de idosos abandonados.

Esse acontecimento em potencial é naturalmente preocupante e se acentua ainda mais quando se vê o levantamento do número de idosos abandonados entre os anos de 2012 e 2017, pelo que se pode extrair das informações depositadas no site ISTOÉ:

[...] o número de homens e mulheres com 60 anos ou mais nos albergues públicos cresceu 33%, de 45,8 mil para 60,8 mil. Se forem considerados também os alojamentos privados, a cifra sobe para 100 mil. O desamparo familiar cresce mais rápido que a expectativa de vida [...] (VILARDAGA; CAVICCHIOLI, 2018, n.p).

O exposto demonstra que o preconceito contra a pessoa idosa, também chamado de Etarismo, Idadismo ou Ageísmo, é uma realidade atual e crescente que deve ser analisada e debatida com o objetivo de evitar que o número de crescimento da taxa de envelhecimento no Brasil seja correspondente ao número de idosos abandonados.

Para tanto, é preciso se atentar à necessidade de implantar políticas públicas de conscientização do dever de respeito e solidariedade para

com as pessoas idosas. A fim de que se possa discutir sobre o direito dos idosos nos diversos âmbitos do conhecimento e de regularizar situações que possam prejudicar esses direitos por falta de direcionamento legal, como a colocação do idoso em família substituta.

Maria Berenice Dias é feliz ao lembrar a previsão constitucional do art. 230, no ponto em que tece comentários sobre um dos princípios norteadores do direito dos idosos, que é a proteção integral, observando sempre a absoluta prioridade da qual detém este grupo ou como a Constituição Federal ponderou, a especial proteção ao idosos, em tela:

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230). É determinada a adoção de políticas de amparo aos idosos, por meio de programas a serem executados, preferentemente, em seus lares (CF 230 § 1.º) (DIAS, 2016, p. 82).

Assim, é notório que a regularização de novas situações não deve ser acontecimento estranho ao Direito, tendo em vista a demanda emanada da sociedade, que necessita ver adaptada sua socialidade às demandas nascidas dentro do contexto social. Assim, ao tratar do princípio da função social da família, Flávio Tartuce pontuou:

Desse modo, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. A socialidade deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações. (TARTUCE, 2020, p. 1767)

Da forma como a socialidade serviu para fundamentar situações trazidas pelo autor Tartuce, também se configura premissa a ser analisa-

da para contemplar o direito dos idosos de viver e conviver em família e em sociedade.

Acrescentar institutos que normalizem, protejam e assegurem a colocação dos idosos em família substituta significa superar alguns obstáculos que foram impostos, como já demonstrado, tanto pela lei, quando dificulta/impossibilita a adoção de idosos, quanto pela sociedade que criou sobre eles estereótipos carregados de preconceito.

O direito dos idosos há que ser discutido, é o que assevera, Leocádio:

As novas gerações herdam a falta de senso de dever jurídico do cuidado com os mais velhos, sendo urgente a desconstrução de velhos costumes culturais que só será possível a partir da educação ao se dar visibilidade ao tema em questão, através da disseminação da importante observação aos princípios do direito de família, não apenas por estudiosos do direito, mas por todos os indivíduos nas mais variadas classes sociais, independente do grau de instrução, desde a infância até a vida adulta. (LEOCÁDIO, 2019, n.p)

Nessa senda, o PL 105/2020 demonstra ser além de um novo instituto de regulamentação da colocação do idoso em família substituta, uma oportunidade para se discutir, em âmbito legislativo, os direitos das pessoas idosas e o dever, principalmente, da família e do estado de prestá-los.

Deborah Cartágenes, presidente da Comissão de Direitos da Pessoa Idosa na OAB, ao ser provocada a tecer comentários sobre a Senexão (informação verbal)⁴, pontuou de forma cautelosa:

O Projeto de Lei 105/2020 do Deputado Pedro Lucas vem no momento importante para o país, sendo oportuno mais essa alternativa de acolhimento, porém essa matéria requer ainda várias discussões a respeito dos deveres do Senector e principalmente sobre como assegurar os di-

4 Entrevista concedida por CARATÁGENES, Deborah Porto. Entrevista (27.11.2020). Entrevistadora: Monique Maria Nascimento Ferraz. Teresina-PI, 2020. Arquivo eletrônico.

reitos fundamentais e individuais, assim como a dignidade da pessoa que mais importa em todo esse processo, que é a Pessoa Idosa. (CARTÁGENES, 2020, n.p)

Assim, é sabido que o direito não pode se chegar aos fatos, devendo proteger os vulneráveis dentro da melhor viabilidade jurídica possível, buscando sempre preservar o melhor interesse dos mesmos.

O momento em que o PL 105/2020 se apresenta é oportuno, posto que o número de pessoas idosas, carentes de convivência familiar, tende a aumentar. E o instituto previsto em lei, que é a adoção, se mostra ineficaz quanto à contemplação ao direito dos idosos e, ainda que eles tenham seus requisitos de idade e filiação alterados, deixará a mercê da boa-fé dos adotantes o dever de não os adotar visando o seu patrimônio.

Isso porque, o instituto adoção não se monstra como um instituto que possa promover, além do direito das crianças e adolescentes, o direito dos idosos. Portanto, não se antecedeu a prever a alteração quanto ao direito sucessório na adoção destes, que notadamente deve ser diverso dos direitos sucessórios provenientes da adoção de uma criança e/ou um adolescente.

3 SENEXÃO E A PROTEÇÃO PATRIMONIAL DA PESSOA IDOSA

O instituto da Senexão, através do PL nº 105/2020, se preocupa em resguardar o direito patrimonial dos idosos, começando pela forma de previsão de direitos, ao prevê restritos direitos ao senector e amplos direitos ao senectado, como é possível extrair, respectivamente, dos arts. 55 E. e 55 F. do PL 105/2020.

Ato contínuo, a proteção patrimonial que o instituto pretende alcançar, se especifica através do art. 55 E., inciso III, no qual, há apenas a previsão de uma hipótese pela qual o senector pode ser declarado herdeiro do senectado, qual seja:

“Art. 55 E. São direitos do senector:

III – ser declarado herdeiro do senectado apenas no caso de herança vacante, tendo preferência na ordem sucessória sobre o estado.” (BRASIL, 2020)

Pelo exposto, o senector só tem preferência na ordem sucessória do senectado quanto ao Estado. Situação pela qual, diminui consideravelmente a possibilidade de fraude ao idoso através da Senexão, quando em uma situação hipotética, alguém poderia se predispor a ser senector visando a ocorrência do evento morte do senectado, em virtude da idade ou qualquer comorbidade, para se aprouver do patrimônio deste.

O artigo legal (art. 55 E, inciso III do PL nº 105/2020) em que paira as ponderações, afasta ou ao menos diminui consideravelmente a possibilidade desta espécie de fraude contra o idoso, ao demonstrar a preocupação do instituto com o patrimônio das pessoas idosas que haverão de ser colocadas em família substituta, diferente da adoção de idosos.

Isso porque, o art. 41 do ECA, deixa claro que na adoção, os direitos sucessórios se procedem igualando o adotado à condição de filho:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. (BRASIL, 1990)

É sabido, que a não previsão de exceções iguala o idoso a uma criança ou a adolescente, ainda que estes possuam necessidades distintas. O que demonstra que o instituto adoção não mensurou a possibilidade de adotar idosos e para tanto, haveria de sofrer severas modificações. Não sendo razoável aproximar o conceito de criança e adolescente ao conceito de idoso, ao tempo que estes possuem necessidades distintas.

Nesta episteme, também é importante ressaltar que além da proteção patrimonial que já restou demonstrada, o instituto cuida para que morrendo o senector, não ocorra de se ver desamparado o senectado, conforme se pode extrair do art. 55 I do PL 105/2020:

Art. 55 I. Falecendo o Senector antes do Senectado, todos os direitos e obrigações estabelecidos pela senexão passam aos herdeiros do Senector.

Parágrafo único. Havendo multiplicidade de herdeiros, basta que um assuma a posição de senector. (BRASIL, 2020)

Assim, ficam obrigados, os herdeiros do senector, ou ao menos um deles, suceder-lhe nas obrigações para com o senectado. Ou seja, a previsão legal demonstra a preocupação tanto em não se ver desamparado o senectado em hipótese alguma, quanto de ver-lhe protegido de qualquer possibilidade de fraude a Senexão por vislumbre do patrimônio da pessoa idosa senectada.

Em resgate à discussão suscitada a respeito da possibilidade de adotar idosos, há de se observar a possibilidade da desvirtuação de finalidade do instituto adoção. Isso porque, o/a adotante pode se valer da condição de órfão da pessoa idosa a ser adotada, para auferir proveitos patrimoniais com a adoção.

Segundo, Madaleno (2020) a conclusão extraída do artigo 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é que as relações de parentesco na adoção se estendem a todos os quadrantes de vinculação, quer na linha reta ascendente e descendente, quer na linha colateral, rompendo-se os vínculos do adotado para com os seus pais consanguíneos, sendo recíproco o direito sucessório.

Em contrário, o PL nº 105/2020 prevê a proteção patrimonial da pessoa idosa senectada, resguardando-a das possíveis colocações em família substituta por ganância patrimonial disfarçada de vínculo afetivo e instinto de proteção. Assim, a Senexão demonstra em mais um quesito sua necessidade e viabilidade em face da possibilidade de adotar idosos.

Para além do exposto, é notória a necessidade declarada de que o PL nº 105/2020 seja pormenorizado, principalmente em que pese o aspecto patrimonial, para que seja possível atender a ampliação que o instituto da Senexão trouxe ao termo da “socioafetividade”, de modo que decorra logicamente do texto legal se existem exceções a irrevogabilidade da Senexão (art. 55 B, PL nº 105/2020) em casos severos de lesão ao dever de cuidado com o patrimônio do senectado, bem como se há, por

parte do senador, o dever de prestar contas a justiça no processo judicial (art. 55 H, PL nº 105/2020), que concede a Senexão.

4 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 105/2020 EM FACE DOS PROJETOS DE LEI 956/19, 5475/19 E 5532/19 E ANÁLISE CASUÍSTICA

O PL nº 105/2020 é o primeiro projeto de lei a tratar sobre a Senexão. Entretanto, não foi o primeiro a constatar no sistema jurídico brasileiro a necessidade de regulamentação do termo “colocação do idoso em família substituta”. Outros três recentes PL tratam sobre o termo, todos eles considerando que a regulamentação e efetivação deste termo há de vir da adoção de idosos.

O Projeto de Lei nº 956/19, não se preocupou com os pormenores que envolvem a adoção de idosos, limitou-se a considerar aplicável a adoção de idosos às regras previstas para a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, bem como as regras gerais previstas no ECA. Na mesma senda, o PL nº 5532/19 não fez distinção sobre quais idosos estariam suscetíveis à adoção e também considerou aplicável e suficientes as regras gerais previstas no ECA para adoção de maiores de 18 (dezoito) anos.

O PL nº 5475/19, com um pouco mais de preciosismo, mas não o bastante, ponderou que a adoção de idosos em comento seria aplicada às pessoas idosas inseridas em programas de acolhimento familiar ou institucional com a devida obediência a algumas burocracias procedimentais.

Na Senexão, o público alvo são os idosos órfãos ou em situação de risco, com o objetivo de que estes, com celeridade e absoluta prioridade, tenham seus direitos recuperados ao serem inseridos em família e em comunidade, por meio de processo judicial, com controle contínuo e multidisciplinar, segundo o art. 55 H do PL nº 105/2020, de modo que não se submetam ao processo de adoção, no qual também haveriam de suportar o regimento sucessórios dos adotados.

Em uma breve comparação, Patrícia Calmon salienta:

Como visto, na senexão haverá a sua inclusão em família substituta, sem a formação de vínculos de filiação, mas com a constituição de laços socioafetivos entre os envolvidos. Por sua vez, a adoção de idosos seria a inclusão de pessoa idosa em família substituta, com a formação de vínculos de filiação. Assim, esta projetaria todos os efeitos decorrentes da filiação, como, por exemplo, o nome, os aspectos sucessórios e a possibilidade de se pleitear por alimentos, ao contrário daquela (CALMON, 2020, n.p).

Como já foi exposto, os idosos, grupo etário que suporta demasiado preconceito, são por vezes vítimas da ganância patrimonial alheia e, portanto, devem ter seu patrimônio protegido, como prevê a Senexão ao não incluir os senectados nas regras gerais do ECA quanto à adoção de maiores de 18 (dezoito) anos.

As regras gerais da adoção de maiores de 18 (dezoito) anos trazidas pelo ECA, delineiam o procedimento a ser adotado na adoção de idosos nos 3 (três) projetos supramencionados. O ponto em comum desse procedimento de adoção de idosos com a Senexão é que ambos necessitam de judicialização. Entretanto, a adoção de idosos passaria por um rigoroso processo, tendendo à infantilização do idoso, enquanto a Senexão se limita a acelerar, em seu art. 55 H, *ipsis litteris*:

“Art. 55 H. A senexão será concedida judicialmente, com acompanhamento multidisciplinar da vara que cuida de idosos, devendo ter total preferência de processamento e a maior brevidade possível.” (BRASIL, 2020)

Há de se ponderar que os projetos de lei que versam sobre a adoção de idosos são instrumentos de extrema importância para que sem discutidos os direitos deste grupo etário, com o objetivo de se assegurar a dignidade da pessoa humana, que em nenhuma hipótese deve ser ameaçada.

Sobre a dignidade da pessoa humana, sustentáculo do direito, Dias assevera:

Trata-se do princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte

a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão.³² Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos (DIAS, 2016, p. 74).

Não é excesso ressaltar que a dignidade dignifica o homem. Portanto, é necessário observar quando essa dignidade se demonstra ameaçada por falta de previsão legal de um direito específico. É assim que se mostra hoje a falta de previsão legal que regulamente a colocação do idoso em família substituta.

Na prática, demandas de “adoção de idosos” são negadas por não haver um direcionamento legal específico que regulamente essa situação e assim, os operadores do direito ficam a mercê das regras gerais previstas no ECA para a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, assim como preveem os PL que versam sobre adoção de idosos (956/19, 5475/19 e 5532/19) e comumente, se deparam com o requisito de idade que impossibilita que se proceda a colocação do idoso em família substituta por meio da adoção.

Quando os operadores entenderem por flexibilizar este requisito, em face da obtenção de reais vantagens ao (à) adotado (a), hão de se deparar com os pormenores da adoção, que quando vistos em face das crianças e dos adolescentes, grupo no qual o instituto adoção se direcionou em sua criação, são vantajosos e se mostram como benefícios. Mas quando vistos em face dos idosos, ascendem preocupações como os direitos sucessórios, ocasiões em que a curatela, por exemplo, se mostra mais benéfica ao idoso do que a própria adoção de idosos.

O caso a seguir, enseja uma importante análise sobre a adoção de idosos e a necessidade de um instituto específico que regulamente a colocação dos idosos em família substituta:

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA OU ADOÇÃO SOCIOAFETIVA DE IDOSA. Ré que viveu desde seus 5 anos

de idade em hospital, passando a residir com a autora no ano de 2016 e atualmente conta com 68 anos de idade. A autora afirma ter relação materno-filial com a ré, idosa portadora de “retardo mental grave”. Sentença que julgou a ação improcedente. Recurso interposto pela autora. Socioafetividade que constitui fonte autônoma de parentesco, independentemente do vínculo biológico ou jurídico. Não comprovação, contudo, da posse de estado de filha da idosa. **Adoção da idosa inviável, seja em razão do não preenchimento de requisito objetivo da diferença de idade, seja por não apresentar reais benefícios à adotanda.** Instrumentos jurídicos exercidos pela autora em favor da ré que já garantem a dignidade da idosa. Exercício da curatela pela autora e inclusão do seu sobrenome no assento de nascimento da idosa que concretizam a dignidade e permitem o exercício da cidadania. Institutos da maternidade socioafetiva e adoção que devem ser preservados em sua natureza e são sempre deferidos em benefício da pessoa vulnerável. Afeto e confiança existente entre as partes que, embora existentes, não autorizam, por si só, o reconhecimento da relação materno-filial. Recurso não provido.

(TJ-SP - AC: 10072586920198260037 SP 1007258-69.2019.8.26.0037, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 20/10/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2020) (grifo nosso).

Na ação de adoção socioafetiva de idosa em comento, a requerente, de 32 anos, pugna para ser reconhecida como mãe socioafetiva da ré, de 68 anos de idade. Ocorre que em razão dos requisitos de idade já explanados na presente pesquisa, necessários para configurar adoção pela diferença de idade entre ambas, não se reconhece a ré o estado de filha da requerente.

A não apresentação de benefícios reais para a adotanda, mencionada na ementa, dar-se pelo fato de que a requerente, neste caso, é curadora da requerida, o que em sede de adoção não é possível perceber vantagens a serem adquiridas. Contudo, se o instituto Senexão já tivesse sido aprovado e convertido em lei, seria possível a reapreciação do pedido, com chances aumentadas de ser concedido, isso porque a Senexão fornece

benefícios específicos ao senectado, ao tempo que prevê proteção, inclusive patrimonial.

Nesse caso, se o instituto Senexão vigorasse como lei e a ação a requeresse ao invés de requerer adoção, os requisitos seriam outros, a discricionariedade do magistrado estaria apensada à lei da Senexão e assim, o direito de constituir família entre a requerente e a requerida seria provido, desde que a pessoa Senectada anuisse, por si ou por seu curador ou guardião, como prevê o art. 55 C, §1º do PL nº 105/2020, preservando sua independência e afastando sua infantilização.

CONCLUSÃO

O aumento na taxa de envelhecimento do Brasil enfatiza a necessidade de que o Direito resguarde os idosos de embaraços provocados pela falta de regulamentação legal, tendo em vista que esse grupo já suporta de forma demasiada o preconceito de idade, que por vezes, afeta o próprio núcleo familiar.

Assim, diante da conjuntura social e da falta de previsão legal de medida alternativa a inviabilidade de adoção de idosos, a Senexão, prevista no PL nº 105/2020, refaz o caminho da adoção, se mostrando como solução jurídica viável para atender aos idosos por meio da colocação deles em família substituta, de modo que tenham seu patrimônio protegido e dignidade alcançada, sem que essa proteção corresponda à infantilização.

O novo instituto colabora para que o Estatuto do Idoso cumpra sua finalidade de proteção em todos os seus termos, trazendo ao caso concreto amparo legal, celeridade ao processo e dignidade ao idoso, diferente da proposta de adequação do instituto adoção à colocação do idoso em família substituta, como preveem os Projetos de Lei 956/19, 5475/19 e 5532/19. Embora ainda careça de discussão e amadurecimento.

Portanto, resta demonstrada a viabilidade do instituto Senexão, tanto porque ele preenche a carência da regulamentação do termo “colocação do idoso em família substituta” no Direito de Família, quanto porque o novo instituto cuidou de aparar as arestas necessárias para proteger as pessoas idosas que haverão de serem colocadas em família substituta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 1074/2003. **Estatuto do idoso**. Brasília: DF, Outubro de 2003.

BRASIL. Projeto de Lei nº 105/2020, de 05 de fevereiro de 2020. **Projeto de Lei Nº 105 de 2020**: Estabelece a senexão como ato de colocar pessoa idosa em família substituta. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=104A4A45AE-9AB21C23C64E6A0AF241FC.proposicoesWebExterno1?codteor=1854692&filename=Tramitacao-PL+105/20200. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº AC 1007258-69.2019.8.26.0037 SP 1007258-69.2019.8.26.0037. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. São Paulo, SP, 20 de outubro de 2020. **Tribunal de Justiça de São Paulo Tj-Sp - Apelação Cível : Ac 1007258-69.2019.8.26.0037 Sp 1007258-69.2019.8.26.0037**. São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108273535/apelacao-civel-ac-10072586920198260037-sp-1007258-6920198260037/inteiro-teor-1108273557>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CALMON, P. N. **A colocação de idosos em família substituta por meio da adoção: uma possibilidade?** Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.37 (jan./fev.) - Belo Horizonte: IBDFAM, 2020.

CALMON, P. N. **Senexão: um novo instituto de direito das famílias?**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Vitória – ES, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+no+vo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>. Acesso em: 08 out. 2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. 19 de março de 2019.

Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5254:discriminacao-e-atitudes-negativas-sobre-o-envelhecimento-sao-ruins-para-a-saude&Itemid=820. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

LEOCÁDIO, S. J. **Abandono afetivo inverso. Análise sobre a responsabilidade civil dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Cleidilene Freire Souza. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Presidente Antônio Carlos – Unipac, Teófilo Otoni - MG, 2019. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53693/abandono-afetivo-inverso-anlise-sobre-a-responsabilidade-civil-dos-filhos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. > Acesso em: 11 out. 2020.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. **Discriminação e atitudes negativas sobre o envelhecimento são ruins para a saúde**. 29 de Setembro de 2016. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5254:discriminacao-e-atitudes-negativas-sobre-o-envelhecimento-sao-ruins-para-a-saude&Itemid=820. Acesso em: 11 de Outubro de 2020.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do Idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

VILARDAGA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. **O abandono dos idosos no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 05 set. 2020.

TRABALHO INTERMITENTE: CONTRATO SEM GARANTIAS E SEM OBRIGAÇÕES

INTERMITTENT WORK: CONTRACT WITHOUT GUARANTEES AND NO OBLIGATIONS

Paulo Cezar Krusche¹
Ronaldo Busnello²

Data de Submissão: 24/06/2020

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o contrato de trabalho intermitente, regularizado a partir da Lei 13.467 de 2017, a Reforma Trabalhista. Essa modalidade de trabalho a intermitente é aquela em que a prestação de serviços com subordinação é descontínua, havendo alterações de períodos de prestação de serviços e de inatividade, inerente do tipo de atividade do trabalhador ou do empregador que contrata. Esse tipo de regulamentação do trabalho intermitente tem sido chamado de normatização do “bico”, tendo em vista que, com a sua legalização, haveria exclusão da informalidade, passando os que atuam de forma informal, a atuarem no regime intermitente, pois a informalidade não possibilita segurança legal ao trabalhador. Esses novos preceitos jurídicos, no entanto, parecem querer criar um contrato de trabalho sem salário. Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho. A revisão bibliográfica utilizou a doutrina e a legislação,

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), Advogado, Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera, integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho Assalariado e Capital da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3472-7481>.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto Nível 3, em Regime de Trabalho de Dedicção Exclusiva, do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – RS (UFSM), integrante do Corpo Docente do Programa de Mestrado em Direito. Linha de Pesquisa Trabalho Assalariado e Capital. <http://lattes.cnpq.br/9945762588946916>.

mediante o método dedutivo. O primeiro capítulo aborda o contrato de trabalho e suas peculiaridades. O segundo capítulo trata da jornada de trabalho, as normas e limitações estabelecidas para os trabalhadores. O terceiro capítulo refere-se ao contrato de trabalho intermitente e sua aplicabilidade. Constata-se que Contrato de Trabalho Intermitente diminui direitos trabalhistas e a proteção que o direito do trabalho impõe.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Trabalho Intermitente. Subordinação. Inatividade.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the intermittent employment contract, regularized from Law 13,467 of 2017, the Labor Reform. This type of intermittent work is one in which the provision of services with subordination is discontinuous, with changes in the periods of service provision and inactivity, inherent to the type of activity of the worker or employer who hires. This type of regulation of intermittent work has been called “beak” standardization, considering that, with its legalization, there would be an exclusion of informality, with those who work informally going to work in the intermittent regime, since informality does not provide legal security to the worker. These new legal precepts, however, seem to want to create a work contract without salary. Or rather: the salary may exist, occasionally, if and when the worker is called to work. The bibliographical review used the doctrine and legislation, through the deductive method. The first chapter deals with the employment contract and its peculiarities. The second chapter deals with the working hours, the norms and limitations established for workers. The third chapter refers to the intermittent employment contract and its applicability. It appears that the Intermittent Employment Contract reduces labor rights and the protection that the labor law imposes.

Keywords: Labor reform. Intermittent work. Subordination. Inactivity.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar o trabalho intermitente regulamentado através da Reforma Trabalhista realizada no Brasil em 2017. Optou-se pelo método dedutivo de análise. Como método de procedimento, adotar-se-á o monográfico e, quanto à técnica de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica.

No contrato de trabalho intermitente, a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua. Ela ocorre com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Esta modalidade de trabalho intermitente não viabiliza uma condição de vida digna ao trabalhador porque o coloca em uma condição de alta instabilidade, incerteza e insegurança sobre sua própria reprodução social. Nesse modelo de contrato, o empregado não tem qualquer renda fixa, portanto, nenhuma garantia de sobrevivência. Sua reprodução, inclusive física, depende das convocações (incertas) por determinados períodos (incertos) para trabalhar e obter algum rendimento.

Destaca-se a necessidade de uma regulamentação mais ampla dessa modalidade de contrato intermitente para haver maior adesão a contratação de trabalhadores nesse modelo criando com isto uma segurança jurídica e uma legislação eficiente, com norma imperativa, do mínimo de horas que o empregador deve chamar o empregado por mês para garantir ao trabalhador o mínimo para sua subsistência, que necessita de verbas previsíveis para ser suprida e não goza de intermitência alguma.

No primeiro capítulo verificar-se-á o contrato de trabalho e as disposições que regem as relações trabalhistas. No segundo capítulo a análise será da jornada de trabalho, inserida dentro dos direitos e garantias fundamentais, cuja finalidade é evitar que sejam fixadas cargas horárias exaustivas de trabalho e coibir o abuso dos empregadores, protegendo os empregados, devido sua vulnerabilidade. O Terceiro capítulo a investigação será sobre o contrato de trabalho intermitente e sua regulamentação.

1. O CONTRATO DE TRABALHO

Os contratos de trabalho são instrumentos indispensáveis nas relações de trabalho, isto porque, são eles os responsáveis por todas as disposições que regem a relação empregatícia. Da mesma forma, são úteis para manter a segurança jurídica frente aos direitos trabalhistas, bem como orienta empregador e empregado quanto aos seus direitos e encargos trabalhistas.

O art. 442 da CLT (Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943) define contrato de trabalho como “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. O contrato de trabalho é o acordo de vontades, manifestado de forma expressa (verbalmente ou por escrito) ou de forma tácita, por meio do qual uma pessoa física (empregado) se compromete a prestar pessoalmente e de forma subordinada serviços contínuos a outra pessoa física, a uma pessoa jurídica ou a um ente sem personalidade jurídica (empregador), mediante remuneração.

Para Carla Teresa Martins Romar, é um contrato de Direito Privado, não obstante o fato de o Direito do Trabalho se caracterizar pela predominância de normas imperativas e indisponíveis, o contrato de trabalho insere-se no âmbito do Direito Privado. É um contrato consensual, o contrato de trabalho pode ser ajustado livremente pelas partes contratantes, com necessidade da observância de formalidades imperativas, no entanto o consentimento é suficiente para atribuir validade ao contrato.³ Nasce da manifestação da vontade livre das partes e, como regra, não depende de forma prevista em Lei, podendo ser celebrado verbalmente, por escrito ou até tacitamente.

A prova do contrato de trabalho pode ser feita por meio das anotações que devem obrigatoriamente ser feitas na CTPS, conforme art. 29 da CLT e no Livro de Registro de Empregados conforme art. 40 da CLT. Tais anotações, no entanto, possuem presunção *juris tantum*, segundo súmula 12⁴ do TST, ou seja, podem ser elididas por outros meios de prova em sentido contrário.

3 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 278.

4 As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não

Os contratos de trabalho poderão ser por prazo determinado ou indeterminado, fato que não muda sua natureza jurídica, pois ambos são regidos pelas leis trabalhistas, o que muda é a estipulação do prazo. Será por prazo determinado quando seu término estiver previsto no momento da celebração, quando os contratantes expressam e previamente limitam sua duração, determinando o seu fim mediante termo ou condição. Por prazo indeterminado as partes ao celebrá-lo, não estipulam a sua duração e nem prefixam o seu termo extintivo.

A duração indeterminada dos contratos de trabalho é a regra geral. Exatamente por isso, em qualquer contratação incide a presunção de que a relação de emprego foi pactuada sem determinação de prazo, salvo se existir prova em sentido contrário. A indeterminação do prazo de duração do contrato de trabalho faz prevalecer o princípio da continuidade da relação de emprego. Assim, somente por exceção os contratos de trabalho são celebrados por prazo determinado.⁵

Os tipos de contratos por prazo determinado são aqueles previstos no artigo 443, §§1º e 2º, alínea “a, b, c” da CLT: “de serviço, cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; de atividades empresariais de caráter transitório e contrato de experiência”. É utilizado para avaliar a aptidão do empregado na realização do trabalho e a sua adequação ao sistema de trabalho da empresa e a convivência com os colegas de trabalho.

Conforme Mauricio Godinho Delgado, os contratos a termo distinguem-se dos contratos por prazo indeterminado por estarem submetidos a lapsos temporais estreitos e rígidos; por se pautarem por normas rigorosas no que tange à sua sucessividade e à sua prorrogação. Além disso, por produzirem direitos rescisórios mais restritos; por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos próprios à interrupção e à sus-

geram presunção “*juris et de jure*”, mas apenas “*juris tantum*”, ou seja, presunção relativa. A falta de cumprimento pelo empregador do disposto no artigo 29 da CLT acarretará a lavratura do auto de infração pelo Auditor Fiscal do Trabalho, que deverá de ofício, lançar as anotações no sistema eletrônico competente, na forma a ser regulamentada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

5 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 280.

pensão contratuais e às garantias de emprego que incidem nos contratos por prazo indeterminado.⁶

O contrato de prazo determinado não pode ser estipulado por prazo superior a dois anos, e não pode ser prorrogado por mais de uma vez, conforme previsão no artigo 445 c/c 451, ambos da CLT. Caso não seja observado tal preceito, o contrato passa a ser por prazo indeterminado. Entre um contrato de prazo determinado e outro é preciso observar um prazo de, no mínimo, seis meses conforme prevê o artigo 452 da CLT. O contrato de experiência não poderá ultrapassar 90 (noventa) dias.

Além disso, para que o empregador utilize o contrato de experiência, a realização do serviço deve exigir determinada qualificação ou aptidão técnica do empregado, o que será testado neste período. Esse contrato não pode durar mais do que 90 (noventa) dias, conforme previsão no parágrafo único⁷ do art. 445 da CLT. Pode ser fixado por prazo inferior e depois prorrogado, não podendo, contudo, ultrapassar aquele prazo máximo. Ultrapassado o prazo de 90 (noventa) dias, sem qualquer providência do empregador, o contrato se transforma automaticamente em contrato de prazo indeterminado.

Contrato de trabalho por safra é outra modalidade específica de contrato de prazo determinado, cuja duração e término são fixados de forma aproximada em função das variações estacionais da atividade agrária, sendo as atividades executadas normalmente no período entre o preparo do solo para o cultivo da colheita.

O contrato por safra está previsto no artigo 14 da Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973, “Expirado normalmente o contrato, a empresa pagará ao safrista, a título de indenização do tempo de serviço, importância correspondente a 1/12 (um doze avos) do salário mensal, por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias”. Parágrafo único: Considera-se contrato de safra o que tenha sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrária.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho; obra revista e atualizada conforme a Lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: LTr. 2019. p. 623.

7 Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

Cabe ressaltar que contratações sucessivas de um mesmo empregado e com intervalo extremamente reduzido entre uma contratação e outra descaracterizam o contrato de safra, levando ao reconhecimento da unicidade contratual.

Contrato de trabalho temporário está previsto na Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974, também é uma modalidade de contrato por prazo determinado em que o tempo máximo de contratação temporária é de 180 (cento e oitenta) dias, podendo haver uma prorrogação desse prazo por mais 90 (noventa) dias, se necessário, o que totalizaria 270 (duzentos e setenta) dias. Essa modalidade só se aplica em casos em que haja demanda extra de serviço ou substituição temporária de mão de obra, contudo a jornada deve ser pré-definida entre as partes.

O trabalhador temporário que tiver cumprido o período estipulado nos §§ 1º e 2º do art. 10 da Lei nº 6.019/74, somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após 90 (noventa) dias do término do contrato anterior. O § 7º do art. 10 da referida Lei também acentua a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário.

O contrato por obra certa, nos termos da Lei nº 2.959 de 17 de novembro de 1956, é outra modalidade de contrato por prazo determinado. Consiste na admissão para trabalho enquanto determinada obra ou serviço durar, justificando a sua utilização pelo empregador, em situações consideradas excepcionais à regra, uma vez que sua vigência depende do tempo de execução de serviços especificados.

No entanto, é importante salientar que, se o empregado for contratado para prestar serviços em várias obras da empresa de construção civil, o contrato deverá ser necessariamente celebrado por prazo indeterminado, tendo em vista que o pressuposto objetivo do contrato não é mais específico e o trabalhador pode ser deslocado de uma obra para outra.

De acordo com Delgado, os elementos jurídico-formais (elementos essenciais) do contrato de trabalho são aqueles previstas no art. 104 do Código Civil brasileiro que exige: “agente capaz, objeto lícito e possível, determinado ou indeterminado e forma prescrita ou não defesa em

Lei”. A esses três classicamente acolhidos, soma-se a higidez da manifestação da vontade (ou consenso válido). Esses elementos estruturantes comparecem ao Direito do Trabalho, obviamente, com as adequações próprias a esse ramo jurídico especializado.⁸

De modo geral, qualquer pessoa física pode ser empregado. Todavia, algumas restrições existem, sendo necessário definir quais são as condições para a aquisição da capacidade trabalhista. Tais restrições referem-se à idade, cujas regras estão definidas pelo art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que assim estabelece: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos”.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, é possível extrair-se que o menor de 16 (dezesesseis) anos é absolutamente incapaz para ser empregado, sendo admitida a existência de trabalho antes dessa idade somente para fins educacionais, por meio da aprendizagem. O menor entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos é relativamente capaz, podendo ser empregado somente mediante autorização dos pais ou do representante legal. O menor de 18 (dezoito) anos é absolutamente incapaz para ser empregado caso o trabalho a ser realizado seja insalubre, perigoso ou noturno. Tal previsão visa proteger a saúde e a integridade física do menor e veda o trabalho nessas condições, não podendo ser suprida a incapacidade por autorização do responsável legal. A partir dos 18 (dezoito) anos adquire-se plena capacidade para ser empregado, inclusive em trabalhos insalubres, perigosos ou realizados em horário noturno.

Verifica-se, então, que o contrato de trabalho consiste em ato jurídico de conteúdo complexo, capaz de provocar larga multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Assim, alguns efeitos incidirão sobre o empregador, enquanto que outros sobre o empregado.

2. JORNADA DE TRABALHO

8 DELGADO, op. cit. p. 622.

As normas sobre duração do trabalho têm por finalidade estabelecer limite temporal ao trabalho executado pelo empregado em favor do empregador, visando à proteção da saúde e da integridade física do trabalhador. As razões para a limitação da duração do trabalho são de ordem biológica, social, econômica, religiosa e familiar.

Para Delgado, duração do trabalho abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e até mesmo o ano (duração anual).⁹

Segundo Volia Bomfim Cassar, o limite da duração do tempo de trabalho tem por fundamento três aspectos: biológico, social e econômico. O biológico, porque o excesso da jornada pode trazer a fadiga, o estresse e o desgaste de integridade física e mental. Daí a importância da limitação quantitativa do trabalho diário. Já o aspecto social insere-se na necessidade de que o trabalhador mantenha incólume a sua vida social, preservando o convívio no núcleo familiar e no seu ciclo de amizades. O fator econômico encontra-se atrelado à produtividade do trabalhador, porquanto aquele que não possui períodos necessários de descanso ou não mantém sua saúde mental preservada mediante o convívio social, em última análise, reduz a sua capacidade laborativa causando prejuízo ao empregador.¹⁰

A jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do empregado em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. Jornada é uma medida de tempo no qual se inclui o labor diário do empregado; é a quantidade de trabalho que diariamente o empregado cumpre em favor de seu empregador como obrigação decorrente do contrato de trabalho.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, jornada de trabalho possui sentido mais restrito que o de duração de trabalho e abrange, espe-

9 DELGADO, op. cit. p. 724.

10 CASSAR, Volia Bomfim. *Temas de Direito do Trabalho*. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014, p. 10.

cificamente, o tempo em que o empregado esteja não só efetivamente trabalhando, como também colocando a sua força de trabalho à disposição do tomador do seu serviço, por um período contratual ou legalmente fixado, tal como ocorre com o tempo de prontidão ou de sobreaviso.¹¹

Para Mauricio Godinho Delgado, a jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato, o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensura-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação empregatícia (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). Daí sua grande relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto das regras inerentes ao Direito do Trabalho.¹²

Quanto à duração, a jornada pode ser classificada em jornada normal que, por sua vez, divide-se em jornada normal máxima e em jornada normal especial, e em jornada extraordinária ou suplementar. Quanto ao período em que é prestada, a jornada de trabalho pode ser diurna, noturna ou mista.

A jornada normal de trabalho é o tempo que o empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, em dado período (dia ou semana), como decorrência do contrato de trabalho. É o tempo máximo previsto para a execução dos encargos decorrentes da relação de emprego, sem a prestação de serviços extraordinários.¹³

A jornada normal pode ser máxima ou especial. Jornada normal máxima é aquela cuja duração é o limite máximo de tempo que o empregado pode ficar à disposição do empregador autorizado pelo ordenamento jurídico; é a prevista pelo art. 7º, XIII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a

11 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educacional. 2019, p. 976.

12 DELGADO, op. cit. p. 973.

13 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 358.

compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Jornada normal especial é aquela regida por parâmetros distintos da jornada normal máxima e, em geral, dizem respeito a certas categorias profissionais por força de características especiais que regem sua atividade laborativa (por exemplo, mineiros, ascensoristas). Pode, também, ser por força de um nível de organização que lhes permitiu alcançar uma proteção legal diferenciada (por exemplo, bancários), ou, ainda, a determinadas situações em que o trabalhador está submetido a uma sistemática diferenciada de trabalho em decorrência do processo produtivo (turnos de revezamento ou tempo parcial, por exemplo).¹⁴

Quanto aos períodos de descanso será assegurado a todo empregado um descanso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferencialmente aos domingos. Conforme art. 67 da CLT. Entre duas jornadas, deverá sempre haver um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso. É o chamado intervalo interjornada, previsto no art. 66 da CLT.

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um tipo de jornada de plantão de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso conforme art. 59-A da CLT que assim dispõe: “Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”.

Para Leite, esse novel dispositivo, além de sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação do retrocesso social, em especial no tocante à permissão para o acordo individual instituir a jornada de 12x36 horas, é nitidamente prejudicial ao empregado, na medida em que este, isoladamente, não se encontra em condições reais de negociar cláus-

14 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2017. p. 1033.

sulas do contrato de trabalho, que, em regra, é um contrato de adesão para o trabalhador.¹⁵

A Reforma Trabalhista também produziu modificações no trabalho de tempo parcial, no modelo anterior à reforma, a duração do trabalho não poderia exceder 25 (vinte e cinco) horas semanais. No novo caput do art. 58-A da CLT, passam a existir dois modelos de regime de trabalho em tempo parcial: o primeiro modelo diz respeito àquele regime cuja duração não exceda a 30 (trinta) horas semanais, não havendo a possibilidade de horas suplementares semanais.

O segundo modelo do regime de trabalho em tempo parcial diz respeito àquele cuja duração não exceda 26 (vinte e seis) horas semanais. Nesse modelo, contudo, fica clara “a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais” (caput, do art. 58-A da CLT). Essas horas suplementares serão pagas, com o adicional de 50% sobre o salário-hora normal (§ 3º do art. 58-A da CLT). Na prática, nesse segundo modelo, o empregado pode trabalhar até 32 (trinta e duas) horas semanais, sendo 26 (vinte e seis) horas a duração contratual padrão e mais seis horas suplementares.

A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, conforme artigo 59 da CLT. A remuneração do trabalho extraordinário será sempre acrescida de adicional mínimo de 50% sobre o salário/hora do empregado, por força do artigo 7º, XVI da Constituição Federal e art. 59 § 1º da CLT.

Ou seja, a jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual. É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta.¹⁶

15 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educacional. 2019, p. 837.

16 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2017. p. 1042. “A noção de jornada extraordinária não se estabelece em função da remuneração suplementar à do trabalho normal (isto é, pelo pagamento do adicional de horas extras). Estabelece-se em face da ultrapassagem da

O artigo 62 da CLT disciplina que determinados empregados deixam de ter direito ao pagamento de horas extras em razão de não terem controle de jornada de trabalho, pois realizam serviços externos ou suas funções são de gestão. São os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados. Bem como os gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial.

É importante verificar a incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação de seu horário de trabalho. Se aqueles empregados citados no artigo 62 da CLT, forem subordinados a horário obviamente terão direito há horas extras. Nesse sentido, caso o exercício da atividade do empregado seja externo, mas haja alguma forma de fiscalização do cumprimento da jornada pelo seu empregador, não há que se falar em incidência do art. 62, I, da CLT.

No que se refere à compensação de jornada, se verifica que ela ocorre quando há um aumento da jornada legal ou contratual em um dia, mediante posterior diminuição da jornada em outro, desde que respeitado o módulo semanal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais ou 220 mensais. O art. 59 § 2º, da CLT instituiu o “banco de horas”, prevendo que a compensação de jornada pode ser feita no período máximo de um ano, não podendo nesse período ser ultrapassada a soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem ser ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre banco de horas anual conforme art. 611-A, II da CLT. O banco de horas poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses conforme art. 59, § 5º, da CLT. É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês segundo art. 59, § 6º, da CLT.

O acordo de prorrogação pode ser feito com todo empregado, regra geral, exceto com o empregado menor (conforme previsão no artigo 413 da CLT c/c art. 7º, XIII, da Constituição Federal). A prorrogação

fronteira normal da jornada”.

da jornada do menor, somente se tornará viável mediante convenção ou acordo coletivo, ou, excepcionalmente, por motivo de força maior, conforme previsto no inciso II do artigo 413 da CLT.

O empregador tem o poder de fiscalização sobre o trabalho do empregado, ou seja, o tempo de serviço pode ser controlado com a marcação dos horários de início e de fim da duração do trabalho, inclusive com a dispensa de horários fixos para o começo e o término da jornada. Cabe ao empregador, para quem a lei confere esse poder, decidir se os seus empregados estarão submetidos ou não a controle de horário.

O horário de trabalho é a identificação de início e de término do período no qual se desenvolve a jornada de trabalho, considerando-se o intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) empregados são obrigados a efetuar o controle de horário de entrada e saída dos trabalhadores, conforme § 2º, art. 74 da CLT. O controle de horário pode ser feito de forma manual (livro de ponto), mecânica (relógio de ponto) ou, ainda, eletrônica (cartões magnéticos, controle biométrico etc.), conforme instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho. O referido dispositivo legal não exige anotação específica pelo empregado do intervalo para repouso e alimentação, bastando que tenha sido pré-assinalado nos cartões de ponto.¹⁷

Os intervalos intrajornada são períodos de repouso que visam proporcionar ao trabalhador um período para descanso e alimentação, tendo natureza higiênica, imperativa, cogente e irrenunciável. Em regra, não são computados na jornada de trabalho, não sendo esses períodos remunerados pelo empregador. A duração do intervalo nas jornadas de mais de 4 (quatro) horas até 6 (seis) horas o descanso é de 15 (quinze) minutos segundo art. 71, § 1º da CLT. Nas jornadas superiores a 6 (seis) horas o descanso é de 1 (uma) a 2 (duas) horas conforme art.71, caput, da CLT.

O repouso semanal define-se como o lapso temporal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas situado entre os módulos semanais de duração do trabalho do empregado, coincidindo preferencialmente com o domingo, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e

17 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 377.

implementação de suas energias e aperfeiçoamento em sua inserção familiar, comunitária e política. O descanso ou repouso semanal é período de interrupção da prestação de serviços, sendo, desse modo, em geral, lapso temporal remunerado.¹⁸

Também chamado de descanso semanal remunerado, o repouso semanal remunerado, vem a ser o período de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas em que o empregado deixa de prestar serviços ao empregador, uma vez por semana, preferencialmente aos domingos, mas recebe a respectiva remuneração. É um descanso previsto em normas de ordem pública e sua concessão é obrigatória. Assim, caso o empregador exija que o empregado trabalhe no dia que corresponderia ao descanso semanal, deve conceder outro dia de folga compensatória ou pagar em dobro a remuneração pelo trabalho neste dia.

Para Mauricio Godinho Delgado os feriados definem-se no Direito do Trabalho como lapsos temporais de um dia, situados ao longo do ano-calendário, eleitos pela legislação em face de datas comemorativas cívicas ou religiosas específicas em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador.¹⁹

Os feriados não se confundem com o descanso semanal. São dias sem trabalho em razão de comemorações cívicas ou religiosas previstas em Lei. As normas e as regras aplicáveis aos feriados são as mesmas que se aplicam ao descanso semanal remunerado. O descanso nos feriados é obrigatório e remunerado. A remuneração dos feriados é calculada da mesma forma que o descanso semanal, também tendo natureza salarial.²⁰

O trabalho noturno é aquele desenvolvido entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia até às 5 (cinco) horas do dia seguinte, para o trabalhador urbano, conforme dispõe o art. 73 § 2º da CLT. Devido ao fato de o trabalho desenvolvido em horário noturno e ser mais penoso que o

18 ROMAR, op. cit, p. 1089.

19 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2017. p. 1089.

20 ROMAR, op. cit. p. 400. “Somente são feriados os dias previstos e desde que respeitados os limites indicados na Lei nº 9.093 de 12 de setembro de 1995, que dispõe sobre os feriados. Assim, dias sem trabalho por costume local ou por previsão em Lei, mas que ultrapassa o número-limite de feriados previstos pela Lei, não são feriados para fins trabalhistas, podendo o empregador validamente exigir trabalho nestes dias”.

desenvolvido no período diurno, o legislador estabeleceu à hora noturna reduzida de 52 (cinquenta e dois) minutos 30 (trinta) segundos. O cálculo foi feito como se o trabalhador trabalhasse efetivamente 7 (sete) horas, percebendo remuneração equivalente à jornada de 8 horas.

Segundo Delgado, o trabalho noturno provoca no indivíduo agressão física e psicológica intensas, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em período em que o ambiente físico externo induz ao repouso. Somado a isso, ele também tende a agredir, com substantiva intensidade, a inserção pessoal, familiar e social do indivíduo nas micro e macrocomunidades em que convive, tornando especialmente penosa para o empregado a transferência de energia que procede em benefício do empregador.²¹

Para o trabalhador rural da agricultura o trabalho noturno é compreendido entre 21 (vinte e uma) e 5 (cinco) horas do dia seguinte. Para o trabalhador na pecuária o período compreendido é entre 20 (vinte) e 4 (quatro) horas do dia seguinte, tendo direito ambos a um adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a mais sobre a remuneração de cada hora equivalente a 60 (sessenta) minutos. A duração da hora é de 60 (sessenta) minutos, conforme Lei ° 5.889 de oito de junho de 1973.

Do exposto, pode-se verificar a importância da jornada de trabalho, pois ela representa um limite legal, cuja finalidade é coibir o abuso de empregadores e proteger os trabalhadores. Com isso evita que sejam fixadas cargas horárias exaustivas de trabalho, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade e da proteção ao trabalhador, todos inerentes ao Direito do Trabalho.

3. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Reforma Trabalhista inseriu no artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma nova modalidade de contrato, o contrato intermitente, que quebra com os paradigmas até então firmados pelo Di-

21 DELGADO, op. cit. p. 1063.

reito do Trabalho. Nesse modelo, a não continuidade é a principal característica, e o trabalhador pode ficar por períodos sem ser convocado.

Destaca-se que o termo intermitente é aquele com interrupções, cujos intervalos são desiguais ou, que apresenta interrupções ou suspensões; não contínuo. Portanto, trabalho intermitente é o conjunto de atividades remuneradas, cuja natureza pode ser intelectual ou de produção, exercidas por determinada pessoa em intervalos de tempo não regulares; descontínuos.²²

Expõe-se, ainda, o termo “intermitente” que é o que se diz daquilo que: “tem interrupções ou paragens”, “cujos intervalos são desiguais” ou, conforme Dicionário Aurélio, “que apresenta interrupções ou suspensões; não contínuo”.²³

Convém destacar que o art. 443 da CLT foi alterado pela Reforma Trabalhista, dispondo que o “contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”. Sendo que o parágrafo 3º do mesmo artigo assim dispõe:

§ 3º Considera-se como intermitente o Contrato de Trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

O art. 452-Ada CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, dispõe sobre os requisitos e as características do contrato de trabalho intermitente nos seguintes termos:

22 CAVALCANTI, Carla Carneiro. Trabalho intermitente: análise crítica à luz das atuais mudanças no cenário trabalhista brasileiro. Monografia. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33820>. Acesso em: 23 out. 2019, p. 18.

23 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda [autor]; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos (Coord.). Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2222 p.

Art. 452-A. O Contrato de Trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.²⁴

A forma escrita é requisito formal para a validade do contrato de trabalho intermitente, bem como a assinatura na CTPS, conforme artigo 29²⁵ da CLT, ou seja, se o trabalhador não tiver firmado o contrato escrito com os requisitos legais, restará caracterizado o contrato de trabalho subordinado por prazo indeterminado e a tempo pleno.

Para Gabriela Neves Delgado, em respeito à garantia do salário mínimo, ao final do mês, caso o empregado não tenha sido convocado por horas suficientes para receber esse valor, sua remuneração deveria ser complementada para obedecer ao mínimo constitucional.²⁶

Para a prestação desse serviço é necessária a convocação do trabalhador com a informação da jornada.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

O trabalhador deve ser convocado com antecedência de pelo menos 3 (três) dias. Não havendo a convocação ele não precisa trabalhar.

24 A contratação pelo modelo intermitente deve ser por escrito e registrado na CTPS, mesmo que esteja prescrito em acordo ou em convenção coletiva. Nas anotações deve constar o valor da hora atividade, não podendo ser inferior a um salário mínimo, assim como o adicional noturno.

25 Art. 29. O empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar na CTPS, em relação aos trabalhadores que admitir a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério da Economia.

26 DELGADO, Gabriela Neves. Pedido de ingresso do grupo de pesquisa como amicus curae na ADI 5836. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. n.º 15. Brasília: 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb>. Acesso em 30 Jan. 2020, p. 352.

Não há quantidade mínima de carga horária para o trabalho. Pode o empregado ser convocado para prestar serviço por três, quatro horas por semana. A remuneração é calculada por hora ou dia de trabalho.

O período de atividade será determinado em horas, dias, semanas ou meses, independentemente do tipo de atividade desempenhada. Contudo, não há qualquer determinação de quantas horas ou dias o empregado irá efetivamente trabalhar durante a semana, mês ou o ano, deixando uma imensa instabilidade financeira em sua vida.

Não existe uma previsão na Lei estabelecendo períodos mínimos ou máximos de trabalho a cada chamado e, em tese, poderia o empregador efetuar o chamado sem qualquer limitação. O problema da mínima jornada está relacionado à remuneração mínima diária do trabalhador e, quanto ao máximo, à possibilidade de desvirtuação do contrato intermitente, no caso de estender a jornada por grandes períodos temporais.

Compreende-se como meios de comunicação eficazes os ofertados pela tecnologia, telefones, celulares, e-mails, mensagens de WhatsApp, mensagens em redes sociais como facebook e instagram, etc. Não respondendo o chamado em 24 (vinte e quatro) horas o trabalhador, presume-se que no silêncio houve a recusa.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

O trabalhador tem até 1 (um) dia, ou seja, 24 (vinte e quatro) horas para responder a convocação. Havendo a recusa para prestação de serviço, a empresa não pode considerar indisciplina, visto que, o contrato intermitente torna a relação de trabalho muito mais flexível.

O prazo de um dia útil para dizer se aceita ou recusa, pelo que se depreende do texto legal, deve ser contado a partir do momento em que o trabalhador recebe a convocação. A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação, no entanto a Lei não deixa explícito quantas vezes poderá ser recusado o trabalho para que não haja rescisão contratual.

Logo, a dependência prevista no contrato de trabalho intermitente valerá de forma condicionada à aceitação da convocação por parte do empregado. Poder-se-ia pensar que se trata de um contrato de trabalho condicionado ao interesse exclusivo do empregado, no qual ele é dono do seu tempo e pode recusar a convocação do empregador. No entanto, cabe ressaltar que essa liberdade do trabalhador é apenas aparente, tendo em vista que ele só receberá remuneração se prestar o serviço, ficando num constante estado de sujeição.²⁷

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Se a oferta de trabalho intermitente for aceita pelo empregado, é necessário o cumprimento do acordado por ambas as partes, empregado e empregador. Portanto, o trabalhador deve comparecer ao serviço nos dias acertados e o empregador deve permitir o trabalho durante esse período. A oferta de trabalho vincula o empregador e também o empregado, se a aceitar. Na hipótese de descumprimento do acordado, o art. 452-A, § 4º, da CLT estabelece que a parte que der causa ao inadimplemento contratual deve pagar a outra parte multa no valor de 50% da remuneração que seria devida.

Consoante o artigo art. 452-A, § 5º, o período de inatividade do empregado não é considerado tempo à disposição do empregador, mesmo que, durante esse tempo, o empregado esteja aguardando seu chamado. Dessa forma, durante sua inatividade, o empregado não recebe qualquer tipo de contraprestação.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

27 DA COSTA, Flora Oliveira; FINELLI, Lília Carvalho; HANNEMANN, Roberta Castro Alves de Paula. Aluga-se o trabalhador: do contrato intermitente para a escravidão contemporânea. In IV congresso de estudos jurídicos internacionais. Belo Horizonte. 2018. Disponível em www.compеди.org.br/publicacoes. Acesso em 12 set. 2019, p. 43.

Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços, que exerçam ou não a mesma atividade econômica.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I – remuneração;

II – Férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III – décimo terceiro salário proporcional;

IV – repouso semanal remunerado; e

V – adicionais legais.

Remuneração envolve o salário e as gorjetas, conforma artigo 457²⁸ da CLT. A remuneração são todos os valores recebidos habitualmente pelo empregado, mês a mês, dia a dia, hora a hora, ou seja, o salário. Também integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

O trabalhador Intermitente receberá os valores referentes ao período de férias e ao 13º salário quando terminar a prestação dos serviços. Ao contrário, dos demais empregados que recebem os valores referentes às férias no momento de seu gozo durante o período concessivo. Férias proporcionais estas, acrescidas de um terço.

Portanto, o pagamento do 13º salário ocorre de modo diverso dos demais empregados, que recebem em duas parcelas, conforme determina a Lei 4.749 de 12 de agosto de 1965. A primeira deve ser paga entre 1º de fevereiro até o dia 30 de novembro. Já a segunda precisa ser creditada na conta do empregado até 20 de dezembro. Para o empregado em trabalho intermitente, o valor será pago ao final da prestação de serviços e de forma proporcional.

A garantia constitucional de pagamento do décimo terceiro salário, prevista no art. 7.º, VIII, e de férias remuneradas com adicional de 1/3, inserida no inciso XVII, perde sua efetividade pela inclusão, no art. 452-

28 Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

A, § 6.º, de previsão do pagamento imediato desses direitos ao final de cada período de trabalho.

O recibo de pagamento do trabalhador intermitente é o documento por meio do qual o empregado declara o recebimento de valores devidos no âmbito de um contrato de trabalho intermitente, firmado entre ele e o empregador.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

Todas essas verbas devem ser devidamente discriminadas no recibo. Deverão ser informados no recibo, ainda, os descontos realizados sobre os vencimentos do empregado. Quando o período de convocação do empregado intermitente exceder um mês, o pagamento das parcelas mencionadas anteriormente não poderá ocorrer depois de um mês contado a partir do primeiro dia do período de prestação dos serviços.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do tempo de serviço, na forma da Lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o responsável por controlar o Regime Geral da Previdência Social (RGPS). O INSS é ligado ao Ministério da Previdência Social e Assistência Social e, embora exerça controle e a função de fazer os pagamentos previdenciários ao trabalhador. Sabe-se que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições dos indivíduos é da Receita Federal do Brasil. Todos os trabalhadores com contrato de trabalho firmado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) são automaticamente inclusos como segurados do INSS.

Em 28 de janeiro de 2019, a Receita Federal aprovou a Instrução Normativa 1.867/19 que definem as regras para o recolhimento complementar do trabalhador intermitente, que se assemelha ao dos trabalhadores avulsos.

Logo, o responsável por recolher a contribuição junto ao INSS é o empregador. O valor da contribuição previdenciária é descontada em 8%, 9% ou 11%, sobre os valores recebidos mensalmente pelo trabalhador intermitente. No caso desse trabalhador intermitente não receber ou ser remunerado com valor inferior ao salário mínimo mensal, a contribuição previdenciária do trabalhador fica comprometida, pois para ser segurado pela previdência é necessário que tenha havido o recolhimento mínimo mensal com base no salário-mínimo. A Instrução Normativa prevê que o trabalhador deve complementar a contribuição previdenciária para atingir o mínimo estipulado pelo INSS.

Por fim, o trabalhador intermitente que receber remuneração de ao menos um salário mínimo estará na condição de segurado no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), ficando ao encargo do empregador o repasse pertinente as contribuições previdenciárias. No entanto, há os trabalhadores contratados na modalidade de contrato intermitente que podem não estar recebendo o valor equivalente ao salário mínimo vigente. Eles se encontram em situação incerta e instável frente à qualidade de segurado, devendo realizar a complementação para ser considerado segurado.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de Férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

A cada 12 meses, o empregado tem o direito de gozar de 1 (um) mês de férias nos 12 (doze) meses subsequentes, período em que não poderá ser convocado pelo mesmo empregador para prestar os serviços. O pagamento é realizado de forma prévia, mas o gozo das férias ocorre durante o período concessivo, não podendo trabalhar durante o período de 1 (um) mês para o empregador que tiver lhe concedido as férias.

Ressalta-se que a legislação refere-se ao transcurso do prazo de 12 (doze) meses e não de 12 (doze) meses de atividade, o que leva ao entendimento de que o período de inatividade também deve ser considerado para o cálculo das férias.

Segundo Delgado, depois de 12 (doze) meses, o empregado adquire o direito a férias e não poderá ser convocado para prestar serviços pelo

mesmo empregador que a conceder, ou seja, após receber antecipadamente os valores correspondentes às férias, de forma diluída na remuneração, o trabalhador ficará um mês de “férias”, sem trabalho e sem salário. Da mesma forma, no mês de dezembro, o trabalhador não terá qualquer garantia de convocação para o trabalho, o que poderá resultar em um mês sem salário, justamente quando deveria receber a gratificação natalina.²⁹

No contrato de trabalho intermitente, o pagamento proporcional diário do 13º salário (direito constitucionalmente assegurado no art. 7.º, VIII), assim como das férias e do adicional de 1/3 (asseguradas no art. 7.º, XVII), mascara a baixa remuneração diária do contrato intermitente e torna inócuo o seu pagamento. Isso rompe com a lógica que instituiu tais verbas como direitos a serem usufruídos no momento oportuno, ou seja, a gratificação natalina, como forma de aumentar a remuneração do empregado no período de festas e o pagamento das férias e da indenização de 1/3 como acréscimo remuneratório que assegure ao trabalhador a possibilidade de lazer com sua família no momento em que gozar de tal direito. O contrato de trabalho intermitente viola o direito de o trabalhador usufruir, na prática, desses direitos constitucionalizados.³⁰

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, a modalidade de contrato de trabalho intermitente é manifestamente inconstitucional, porque o trabalhador só receberá remuneração quando convocado pela empresa, que utiliza o seu serviço e depois o descarta como se fosse uma mercadoria, violando, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, do valor social do seu trabalho, da buscado pleno emprego, da correção das desigualdades sociais e da função social da empresa, sendo certo, ainda, que esse “trabalhador intermitente” poderá

29 DELGADO, Gabriela Neves. Pedido de ingresso do grupo de pesquisa como amicus curae na ADI 5836. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. n.º 15. Brasília: 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb>. Acesso em 30 Jan. 2020, p. 359. “Ao embutir esses direitos na remuneração, de maneira fracionada, a lei busca um subterfúgio para tornar os salários precarizados dos trabalhadores em contratos intermitentes mais atraentes, sem qualquer preocupação como a sua saúde e/ou com o seu bem-estar”.

30 DELGADO, Op. Cit, p. 360.

nada receber durante um mês ou meses ou auferir remuneração inferior ao salário mínimo, o que fere o disposto no art. 7º, IV, da CF.³¹

No entanto, cabe salientar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi favorável a loja Magazine Luiza após uma condenação por uso do trabalho intermitente. É a primeira decisão dos ministros sobre o tema após a instituição dessa modalidade de trabalho intermitente. No julgamento, a 4ª Turma decidiu de forma unânime a favor da empresa (processo nº 10454-06.2018.5.03.0097). Os ministros reformaram decisão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Minas Gerais, que tinha considerado nulo um contrato firmado com um assistente de loja. O relator do caso é o ministro Ives Gandra Martins Filho.³²

No entendimento dos ministros o trabalho em regime intermitente é lícito de acordo com a nova legislação, que todos os direitos foram expressamente assegurados ao trabalhador intermitente. Que essa modalidade de trabalho é um arranjo jurídico concebido para estender prestações sociais, hoje já garantidas àqueles que possuem vínculos de emprego tradicionais, a profissionais que, até então, exerciam suas atividades em condições precárias de informalidade.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a Federação representante dos trabalhadores em empresas de telecomunicações ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) ação contra os dispositivos da Reforma Trabalhista que prevêem o trabalho intermitente. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5829, a Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (Fenattel) aponta vários questionamentos quanto às regras inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467/2017 e pela Medida Provisória (MP) 808/2017 (já perdeu sua validade), entre elas permitir remuneração abaixo do salário mínimo, violação ao princípio da isonomia e contrariedade à vedação ao retrocesso social.

31 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educacional. 2019, p. 480.

32 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 10454-06.2018.5.3.0097. Trabalho intermitente é lícito de acordo com a nova legislação trabalhista. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em 20 set. 2019.

Segundo a entidade, o princípio da vedação do retrocesso social significa a proibição ao legislador para reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral. A nova norma iria também contra o princípio da dignidade humana. O que se visa com o contrato de trabalho intermitente é o favorecimento da atividade empresarial em detrimento do trabalhador, que é a parte hipossuficiente da relação de emprego.

A Fenattel questiona ainda a ausência de jornada prefixada, o que ofenderia o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, que limita a duração do trabalho normal a oito horas diárias, e assim pressupõe o direito a uma jornada preestabelecida. A ausência de jornada formal também contraria o inciso XVI do artigo 7º, o qual prevê a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal.³³

O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, divulgou no dia 17 de dezembro de 2019 o calendário de sessões e os principais temas pautados para julgamento nas sessões plenárias marcadas para o primeiro semestre de 2020 e o julgamento da ADI 5826 esta previsto para o mês de maio de 2020.³⁴

Logo, vale destacar a iniciativa do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília (UnB/CNPq), admitidos, na qualidade de *amicus curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5826, buscando elucidar pontos relevantes e a preservação do interesse público, a fim de contribuir para o melhor julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Mauricio Godinho Delgado aponta que contrato de trabalho intermitente, conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais brutas inovações da denominada Reforma Trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho.³⁵

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) Nova ADI questiona trabalho intermitente instituído pela Reforma Trabalhista. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363898>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Calendário de Sessões. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432936&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 jan. 2020.

35 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho; obra revista e atu-

Aceitar esse modelo de contrato de trabalho intermitente só é possível se respeitadas os direitos sociais mínimos previstos na Constituição Federal, os quais não se resumem a meras obrigações pecuniárias. Não se pode considerar o trabalho intermitente como solução para o problema da operacionalização do direito trabalhista no Brasil, pois fica claro que ao mesmo tempo em que o legislador cria alternativas e retrai custos significativos, elimina direitos que levaram décadas para serem conquistados pelos trabalhadores brasileiros.

CONCLUSÃO

Com a regulamentação da modalidade de contrato intermitente, verifica-se que após a interpretação do texto legal, para esse modelo de contratação haverá a possibilidade da atuação do direito do trabalho na contemporaneidade, tendo em vista as mais diversas lacunas existentes. Sensação de insegurança, pois o trabalhador não terá a certeza de quantas horas irá trabalhar por dia e nem quantos dias por semana ou mês, dependendo de uma convocação que poderá ocorrer ou não.

O contrato intermitente da forma como foi elaborado buscou diminuir os direitos trabalhistas, redução da remuneração e precarização do serviço com a ampliação da liberdade na aplicação da norma jurídica, retirando direitos dos trabalhadores e diminuindo a proteção que o direito do trabalho impõe. Há muito tempo, o trabalho humano tem sido preponderantemente espaço de sujeição, sofrimento e desumanização.

O contrato intermitente está longe de auxiliar na diminuição dos índices de desemprego, no entanto é uma modalidade que flexibiliza e precariza o trabalho, aumentando a exploração. As condições de vida e saúde do trabalhador se deterioram frente a essa inconsequente imprevisão, que não lhe permite planejar sua vida pessoal, profissional e familiar.

Nesse modelo, o intermitente, o empregador fica desobrigado de promover a proteção contínua com a saúde física e emocional que era obrigado com o trabalhador de contrato formal com toda proteção jurí-

alizada conforme a Lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: LTr. 2019, p. 671.

dica. Agora poderá usar a convocação para explorar cada vez mais o empregado, já que o contrato de trabalho se desenvolverá em períodos intercalados e o pagamento por hora será proporcional ao salário mínimo.

Dessa forma, a insegurança sobre as condições de trabalho criada por essa modalidade contratual afeta as suas relações sociais e familiares. Isso porque o trabalhador intermitente vive uma angústia permanente pela incerteza do chamado, um tempo de espera que acarreta intenso comprometimento da sua subjetividade. Um tempo de inteira disponibilidade, que acarreta violação ao direito constitucional de limitação de jornada de trabalho (compreendida como tempo de execução do trabalho e tempo de disponibilidade).

A legislação fraca e desarmônica não permite uma interpretação clara da modalidade de contrato intermitente, deixando dúvidas, uma vez que nem as questões processuais nem as materiais foram detalhadas. Conclui-se que somente através de uma regulação forte esse modelo de contrato poderá tornar-se menos nocivo ao trabalhador. Pois a flexibilização nas relações de trabalho não é o caminho para a retomada do crescimento do Brasil, e sim uma legislação eficiente, com relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais, com segurança aos indivíduos que queiram trabalhar a possibilidade de receber um salário digno para sustentar a si e sua família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de Nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. **Dispões sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providencias**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 07 de out. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.959 de 17 de novembro de 1956. **Altera o Decreto Lei nº 5.425, de 01/05/32 (CLT), e dispõe sobre os contratos por obra o serviço certo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2959.htm. Acesso em: 06 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Calendário de Sessões**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432936&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL, Instrução Normativa 1.867/2019. **Receita Federal do Brasil**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=98303>. Acesso em: 17 set. 2019. Altera a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e das destinadas a outras entidades e fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

CAVALCANTI, Carla Carneiro. **Trabalho intermitente: análise crítica à luz das atuais mudanças no cenário trabalhista brasileiro**. Monografia. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33820>. Acesso em: 23 out. 2019.

CASSAR, Volia Bomfim. **Temas de Direito do Trabalho**. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

DA COSTA, Flora Oliveira; FINELLI, Lilia Carvalho; HANNEMANN, Roberta Castro Alves de Paula. **Aluga-se o trabalhador: do contrato intermitente para a escravidão contemporânea**. In IV congresso de estudos jurídicos internacionais. Belo Horizonte. 2018. Disponível em www.compedi.org.br/publicacoes. Acesso em 12 set. 2019.

DELGADO, Gabriela Neves. Pedido de ingresso do grupo de pesquisa como amicus curae na ADI 5836. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**. nº 15. Brasília: 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb>. Acesso em 30 Jan. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**; obra revista e atualizada conforme a Lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: LTr. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda [autor]; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos (Coord.). **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educacional. 2019.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

A PROTEÇÃO DA LEI TRABALHISTA À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE PROTECTION OF LABOR LAW TO SURROGACY
AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Priscila Cardia Petra¹

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: A controvérsia sobre a possível aplicação da lei trabalhista, com o seu caráter de direito fundamental, à gestação de substituição representa uma hipótese ainda não abordada no direito brasileiro. Em virtude da escassez de tais reflexões, o Brasil atualmente aplica a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) a qual somente permite a gestação de substituição altruísta. Assim sendo, o objetivo do presente é refletir sobre a legalidade da proibição da gestação de substituição remunerada e suas consequências. O método utilizado é o qualitativo uma vez que a pesquisa tem caráter exploratório no intuito de trazer à superfície contradições existentes. Os resultados alcançados demonstram que a proibição da gestação de substituição remunerada não impede, necessariamente, a sua existência. Além disso, a proibição da remuneração está fundamentada em questões morais que, por si só, não podem vedar a prática, motivo pelo qual cabe a proteção da lei trabalhista às pessoas cedentes do útero.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Bioética. Direito fundamental. Trabalho.

1 Advogada e doula. Mestre e Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pelo PPGBIOS (UFRJ, UFF, UERJ e FIOCRUZ). Especialista em Direito Público pela UERJ.

Abstract: The controversy about the possible application of the labor law, with its feature as a fundamental right, to the surrogacy represents a hypothesis not yet addressed in Brazilian law. Due to the scarcity of such reflections, Brazil currently applies Resolution n° 2.168/2017 of the Federal Council of Medicine, which only allows the altruistic surrogacy. Therefore, the objective of this article is to reflect on the legality of the prohibition of paid surrogacy and its consequences. The method used is qualitative since the research has an exploratory feature in order to bring existing contradictions to the surface. The results achieved demonstrate that the prohibition of the paid surrogacy does not necessarily prevent its existence. In addition, the prohibition on remuneration is based on moral issues that, by themselves, cannot prohibit the practice, which is why it is the protection of the labor law for surrogates.

Keywords: Surrogacy. Bioethics. Fundamental right. Labor law.

INTRODUÇÃO

A Gestação de Substituição (GS)² pode ser rapidamente definida como técnica complementar de reprodução assistida (TRA) na qual uma pessoa gesta o bebê de terceiro em seu próprio útero (GRAZIUSO, 2018). Por sua vez, as TRA são o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino (DINIZ, 2017, p. 711).

Neste sentido, a GS geralmente é uma alternativa que visa favorecer a fecundação humana, direcionada – mas não restritamente – para aqueles que não podem gerar uma criança pelas vias fisiológicas. Após o processo gestacional e o parto, o bebê é entregue a(o)(s) detentor(es)(as) do projeto parental. Logo, a gestação em si não necessariamente estabelece um vínculo biológico de filiação entre a criança e a pessoa cedente do útero (BARBOSA, 2018).

Existem grandes debates éticos e jurídicos acerca da GS, principalmente quanto a possibilidade de que ocorra na sua forma remunerada. Há quem afirme que a remuneração permite a criação de uma “indústria” da gestação e da precificação de crianças, que naturaliza a mercantilização do corpo capaz de gestar e parir, sobretudo o da mulher, e que infringe grande sofrimento àquela(e) que se vê obrigada(o), por previsão contratual, a entregar o recém-nascido (POPPE, 2012). Em razão de considerações como essas, muitos países proíbem a GS ou apenas a permitem na sua forma solidária, este é o caso do Brasil, nos moldes da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Pretende-se, a partir desta pesquisa, o aprofundamento nas considerações que fundamentam a GS somente na sua forma solidária e nas que percebem a atividade como um trabalho, possibilitando a remuneração. O intuito é abordar quais são as melhores práticas para lidar com a GS, focadas nas pessoas que gestam e parem, no intuito de exercerem seus direitos fundamentais o mais plenamente possível. Para tanto, inicia-se essa construção com uma pequena explanação sobre o que se considera direito, com o objetivo de localizar o direito fundamental ao trabalho dentro do sistema jurídico e socioeconômico.

2 Por uma questão de praticidade e melhor leitura, a gestação de substituição será constantemente abreviada para GS neste artigo.

Em seguida, aprofunda-se para a construção do que pode e não pode ser considerado como trabalho, com ênfase na construção da teoria da reprodução social e suas ponderações acerca do trabalho reprodutivo. Adentra-se também na localização da gestação de substituição na reprodução social e nos conflitos éticos e morais da prática.

Por fim, concilia-se os temas abordados para refletir acerca da proibição da remuneração da gestação de substituição no Brasil, assim como verificar se válido o fundamento no qual esta proibição se sustenta. A finalidade é identificar melhores práticas para a GS, menos pautado pela moralidade e crenças sem bases científicas.

1. O QUE É O DIREITO?

Há várias correntes que definem o direito, associadas aos contornos que possui e a sua evolução ao longo da história. De toda forma, há uma aparente consensualidade de que foi o pensamento iluminista do século XVIII, o qual ponderou existir uma moralidade racional válida para todos, universal, superior e independente de religiões, que consolidou as bases de relevante parte do direito ocidental (MASCARO, 2013, p. 03).

Dessa forma, o direito que usualmente estava relacionado à moral e à religião, na Idade Moderna passou a ser uma figura distinta, mudando radicalmente sua estrutura. Somente com o capitalismo o direito passa a ocupar esse lugar diferenciado, institucionalizado pelo Estado e regulador de uma pluralidade de comportamentos, atos e relações sociais (MASCARO, 2013, p. 04).

A consolidação do referido sistema social e econômico inaugura instituições que sustentam práticas específicas de exploração, sendo a sua cédula mínima a mercadoria. A transação comercial passa a ocorrer a partir de sujeitos de direito, pessoas capazes de transacionar via contrato, trocando direitos subjetivos e deveres, sendo essa troca possível por meio da criação da autonomia da vontade (MASCARO, 2013, p. 03).

Esse posicionamento, por certo, é um dos caminhos de compreensão do direito, os quais também são perspectivas teóricas. Os juspositivistas concebem o direito como normas jurídicas do Estado, fragmentando-o, por vezes, da realidade social. Os juspositivistas associam o fenômeno

jurídico ao fenômeno da autoridade estatal, limitando a ciência do direito ao determinado pelas normas estatais. Os não juspositivistas avançam no sentido de encontrar o poder por detrás do direito, negando-se a reconhecer no direito positivo a verdade pura. Já os marxistas, posição que aqui se apresenta, percebem o direito como forma social específica do capitalismo (MASCARO, 2017).

De acordo com a análise marxista, a partir do sistema econômico capitalista, os indivíduos passaram a ser tratados e reconhecidos como possuidores de vontade livre e presumidamente igual no intuito de formalizar o contrato de exploração do trabalho assalariado (MASCARO, 2017). Por isso, consideram-se direitos subjetivos a igualdade formal entre os indivíduos e a possibilidade de dispor de si sob contrato, mediante a autonomia da vontade. Os dois são tidos como pré-requisitos para estabelecer um contrato no qual o indivíduo vende sua força de trabalho.

O direito à igualdade formal e à autonomia inicialmente funcionaram para a reprodução do capital, permitindo a legalidade da exploração da classe proletária. Posteriormente, esses direitos passaram a ser considerados núcleos sagrados da dignidade humana e, apenas num terceiro momento, passaram a integrar um rol maior e variável de outros direitos (liberdade de expressão, voto, a não ser torturado, à informação dos dados sobre si, dentre outros) (MASCARO, 2017).

Por esse motivo que os direitos associados à propriedade privada, à autonomia da vontade e à igualdade formal são tidos como originários da dinâmica do capitalismo. Enquanto isso, os direitos políticos individuais inclusivos e direitos sociais advêm da luta das classes exploradas e são garantidos, predominantemente, por respaldo estatal. Enquanto os primeiros não sofrem contestação social, os segundos vivem sob perseguição, enquanto os primeiros são estruturais, os segundos são incidentais. Assim sendo, a propriedade privada e a exploração do trabalho assalariado se sobressaem sobre as proteções políticas, individuais, sociais e das minorias nos períodos de crise do capital (MASCARO, 2017).

A seguir, considerando a crítica marxista ao direito, localiza-se o direito ao trabalho como integrante dos direitos fundamentais, como direito social que advém da luta de classes, o qual faz parte das estruturas político-jurídicas necessárias à dinâmica de reprodução do modo de produção capitalista.

2. O DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL ORIGINADO DA LUTA DE CLASSES

A capacidade de trabalhar, de acordo com Karl Marx, é tida como a mercadoria especial que o capitalista necessita para movimentar o sistema. Dessa forma, Marx identifica a força de trabalho como uma fonte de valor uma vez que, por meio dela, criam-se as mercadorias. A apropriação do trabalho excedente é a fonte do domínio por parte dos capitalistas, sem essa força de trabalho o sistema fatalmente colapsaria (MARX, 2013, p. 312-323).

O conceito marxiano de trabalho o concebe como atividade vital a qual expressa os poderes e capacidades do ser humano. A partir do trabalho, o ser humano impulsiona, regula e controla sua relação com a natureza, modificando a ela e a si. Logo, o trabalho não necessariamente teria uma conotação negativa, apenas toma essa forma quando o processo de trabalho ocorre dentro da relação de exploração do capitalista, na qual o trabalhador aliena o produto e a sua força de trabalho (MARX, 2013, p. 312-323).

Em outras palavras, o sujeito (de direitos) produz os objetos que são criados no processo de trabalho, porém, esses objetos são, na verdade, propriedade de outrem. Por isso o trabalhador, na medida em que vende a si como mercadoria (por meio da autonomia da vontade) aliena o produto do seu próprio trabalho, resultando no não reconhecimento de que o objeto produzido é uma exteriorização de si mesmo. Nesses moldes, o produto do trabalho se volta contra o seu produtor como um poder independente e autônomo diante dele, o que se denomina alienação (MOURA, 2012).

Portanto, localizado o direito dentro das estruturas político-jurídicas necessárias à dinâmica de reprodução do modo de produção capitalista e sendo a capacidade de trabalhar a mercadoria especial que movimenta o sistema, obviamente coube e cabe ao direito normatizar o trabalho. No Brasil, por exemplo, o direito ao trabalho está previsto na Constituição da República (CRFB), assim como na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outras normas. Constitucionalmente o direito

ao trabalho consta no artigo 6º – elencado como direito social – e no artigo 7º – o qual prevê direitos como o salário-mínimo, a irredutibilidade salarial, o 13º salário etc. (BRASIL, 1988).

O direito fundamental ao trabalho consubstancia-se, portanto, em impor limites ao poder do empregador, estabelecendo um padrão mínimo de civilidade nas relações de poder e de riqueza dentro do mercado capitalista. Em outras palavras, o direito ao trabalho não possui qualquer ambição de romper com a alienação e nem com a exploração do excedente da força de trabalho pelo capitalista, em verdade, ele normatiza a forma com que deve ocorrer, criando uma linha considerada como aceitável para a venda da força de trabalho.

Como direito social, fruto da luta de classes, o direito ao trabalho é reiteradamente contestado, vive sob perseguição, como bem elucidada a Lei 13.467/2017, a qual alterou diversos pontos da CLT em 2017. Conhecida como reforma trabalhista, a lei em questão permitiu a flexibilizações de salários, jornadas, férias, descansos semanais, horas extras, dentre outros direitos, sob a justificativa de geração de empregos. Todavia, faticamente a dita linha do “aceitável” na venda da força de trabalho foi flexibilizada em prol do empregador, demonstrando como a propriedade privada e a exploração do trabalho assalariado se sobressaem em face das proteções políticas, individuais, sociais e das minorias nos períodos de crise do capital, como a que o Brasil atualmente transpassa.

Ocorre que, como veremos no próximo tópico, quando se menciona a palavra trabalho, muitas vezes o associamos às atividades fabris, prestação de serviços básicos, o industrial assalariado, dentre outras práticas nas quais a força de trabalho atua como fonte de valor. Ocorre que se a força de trabalho produz valor, como a força de trabalho é, ela mesma, produzida?

O movimento feminista marxista considera que Karl Marx não se aprofundou sobre as atividades que reproduzem a vida e a força de trabalho. Diante disso, desenvolveu a dita Teoria da Reprodução Social (TRS) a qual ressalta que “[...] *os trabalhadores não brotam do chão e chegam ao mercado frescos e prontos para vender sua força de trabalho para o capitalista*” (BHATTACHARYA, 2019). Por isso, no próximo tópico, abordaremos a TRS e as possíveis contribuições para a GS.

3. A TEORIA DA REPRODUÇÃO SOCIAL E AS SUAS CONEXÕES COM A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O conceito de reprodução social (RS), desenvolvido pelo movimento feminista, engloba o contexto de atividades, comportamentos, emoções e responsabilidades que são necessárias para se manter a vida. Essas atividades podem ser físicas, mentais e/ou emocionais e criam as condições necessárias para o trabalhador estar em atividade. O cuidado familiar, a criação de crianças e adolescentes, o preparo da alimentação, limpeza e até mesmo a configuração das relações sexuais são considerados como reprodução social (BRENNER, 2015).

Atividades associadas à RS, geralmente, ocorrem no espaço privado e/ou doméstico, não possuem salários, de forma que parecem ser uma assistência pessoal, alheia ao capital. Essa percepção de que, para ser trabalho é imprescindível um salário, desconsidera que para além dos “portões das fábricas” ocorre um esforço gerador de um produto precioso: a força de trabalho. Destarte, a TRS ressalta que por trás das fábricas, escolas, escritórios, existe oculto o trabalho de milhões de (predominantemente) mulheres, que consomem sua vida reproduzindo a vida de quem atua nessas atividades (BHATTACHARYA, 2019).

Em razão da não remuneração, o trabalho de reprodução social não é considerado ou é invisibilizado no momento da determinação dos custos da força de trabalho ou na contribuição para a economia em geral. De acordo com o Relatório Tempo e Cuidar, desenvolvido pela OXFAM Brasil, o valor monetário global do trabalho de cuidado não remunerado prestado por mulheres a partir dos 15 anos é de pelo menos US\$ 10,8 trilhões por ano – três vezes mais do que todo o setor de tecnologia do mundo (OXFAM, 2020).

Assim sendo, a TRS concilia essas ideias para firmar que: (a) a força de trabalho produz valor para o capitalismo. Por isso, a apropriação do trabalho excedente é a fonte do lucro; (b) se a força de trabalho produz valor, como a força de trabalho é, ela mesma, produzida? (c) Logo, a força de trabalho é produzida e reproduzida fora da produção capitalista, no local de parentesco denominado família (BHATTACHARYA, 2019).

De acordo com Tithi Bhattacharya, a força de trabalho, em grande parte, é reproduzida por três processos interconectados: 1. Atividades que regeneram o trabalhador fora do processo de produção e que o permitem retornar a ele (comida, sono, cuidados psíquicos etc.); 2. Atividades que mantêm e regeneram não-trabalhadores que estão fora do processo de produção (crianças, adultos que estão fora do mercado de trabalho por qualquer motivo etc.); 3. Reprodução de trabalhadores frescos, ou seja, dar à luz.

Essas atividades, que formam a própria base do capitalismo já que reproduzem o trabalhador, são feitas sem cobrança nenhuma para o sistema por pessoas dentro do lar e na comunidade (BHATTACHARYA, 2019).

Gestar e parir, portanto, são ações que fazem parte das atividades que reproduzem o trabalhador, realizadas predominantemente fora da produção capitalista. Todavia, há alguns trabalhos que, apesar de associados à reprodução social, podem ser assalariados. É o caso não somente da(o)s trabalhadora(e)s doméstica(o)s, mas também da prostituição e da atividade objeto desta pesquisa, a gestação de substituição remunerada.

No caso da GS remunerada, uma parte da força de trabalho (gestação e parto) é produzida por uma terceira pessoa, alheia aos detentores do projeto parental, ou seja, fora do local de parentesco usual denominado família. Tal particularidade traz novas percepções quanto a indissociabilidade do processo de produção dos bens e serviços do processo de produção da vida uma vez que eles notoriamente se confundem nesse trabalho.

Visto pela perspectiva da TRS, a remuneração da GS pode ser percebida como a transposição da fronteira entre a produção de bens e serviços e a produção da vida. Porém, mesmo diante da crítica elaborada pela TRS à cisão entre a produção e a reprodução, há que se ressaltar que não necessariamente a transposição dessa fronteira é vista de forma positiva pela sociedade, assim como pelo próprio Movimento Feminista. Existem várias divergências éticas sobre a mercantilização do corpo feminino e a condição sob as quais a(o)s trabalhadora(e)s atuam.

Dessa forma, no próximo tópico busca-se o aperfeiçoamento nas questões éticas e morais que envolvem a prática da GS, assim como as consequências quanto a permissibilidade ou não da sua remuneração. A

partir disso, pretende-se desenvolver uma configuração que, sem desconsiderar o direito como forma social específica do capitalismo, repense a possibilidade e/ou a linha considerada como aceitável para a venda da força de trabalho das pessoas cedentes de útero na GS remunerada.

4. REFLEXÕES SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Como anteriormente explicado, a fertilização *in vitro* possibilitou que a gestante de substituição não tenha vínculos biológicos com o feto, tornando a GS cada vez mais comum. Nos EUA, por exemplo, não há uma lei federal sobre a GS e os regulamentos internos variam drasticamente de acordo com os estados da federação. Nos locais em que há permissibilidade da remuneração, o custo total da GS é considerado elevado quando comparado a outros países (variando entre \$ 59.000 e \$ 80.000), tornando a GS internacional um atrativo para muitos que não são capazes de arcar com essa quantia dentro dos EUA (SCHANBACHER, 2014).

Já na Índia, quando a lei era permissiva à GS remunerada, a maioria das gestantes de substituição recebia entre US \$ 3.000 e US \$ 6.000 por cada gestação. Esta é uma quantia significativa de dinheiro para parcela considerável da população indiana uma vez que 75% vive com menos de US \$ 2 por dia. Para algumas mulheres indianas de níveis socioeconômicos mais baixos, \$ 6.000 é equivalente a 15 anos de salários (SCHANBACHER, 2014).

Além do valor pago à cedente do útero, há também o valor direcionado às agências de intermediação, médicos e demais profissionais envolvidos na GS. Em função da internacionalização da prática, o mercado global da GS gerou em torno de \$ 112,80 milhões em 2015 e está projetado para chegar a \$ 201,40 milhões até 2025 (REPORTLINKER, 2020).

A prática notoriamente gera lucros, porém, esses lucros não são necessariamente direcionados ao bem estar das principais trabalhadoras: as gestantes de substituição. Estudos demonstram que os contratos celebrados por meio de intermediários internacionais são usualmente marcados por fraudes, ausência de cuidados médicos e falta de consentimento informado. São recorrentes as várias tentativas para conseguir a implan-

tação do óvulo, sendo que os efeitos de longo prazo dos coquetéis de hormônios administrados na gestante de substituição (no intuito de “sincronizar” os corpos da substituta e da doadora de óvulos) são desconhecidos. A autonomia sobre como parir é retirada inteiramente das mãos da trabalhadora. O nascimento é prematuro (oito meses é o padrão), não consultivo, fortemente sedado, apressado e invasivo (LEWIS, 2019).

Em regra, os partos se dão via cesarianas para permitir o seu controle temporal e a economia de tempo (uma vez que o período gestacional é reduzido para oito meses). Além disso, há quem opte pela cesariana por considerar muito íntimo o contato do bebê com o canal vaginal da pessoa gestante (LEWIS, 2019).

A forma com a qual a GS é usualmente realizada em algumas localidades, porém, não modifica o fato de que pessoas que desejam filhos vão se esforçar para tê-los, assim como sempre haverá fornecedores para disponibilizar serviços para aqueles que podem pagar por eles. A falta de diretrizes adequadas e regulamentos é um impedimento para melhorar a qualidade da reprodução assistida (UNDP; UNFPA; WHO; WORLD BANK SPECIAL PROGRAMME OF RESEARCH, DEVELOPMENT AND RESEARCH TRAINING IN HUMAN REPRODUCTION (HRP), 2003).

Aparentemente, a resolução dos problemas referentes à GS poderia seguir dois caminhos possíveis: a sua proibição ou a sua inserção como parte da produção capitalista, permitindo amplamente sua remuneração. Porém, para além dessa aparente dicotomia pode existir uma terceira via: a que considera a possibilidade da GS sem uma defesa ampla do mercado como automediador da atividade. Para construir esse posicionamento, avalia-se a seguir as diferentes doutrinas e nuances acerca da organização do capital e a percepção que as trabalhadoras, gestantes de substituição, possuem da prática.

Silvia Federici, filósofa com extensa e profunda produção acerca do trabalho reprodutivo, considera que a inserção da reprodução social na produção não deve ser vista como a expressão de um desejo de legitimar essas pessoas como parte da força produtiva, afinal, não se pode considerar como “sorte” ser um trabalhador produtivo. Mesmo assim, percebe que essa inclusão seria relevante para explicar a existência de

uma função na divisão capitalista do trabalho, assim como compreender possíveis formas de organização dos trabalhadores (FEDERICI, 2021).

A partir desse posicionamento, seria provável que a filósofa defendesse uma posição convergente para a legalização da GS remunerada visto que também é um trabalho de reprodução social. Todavia, Silvia Federici desenvolveu duras críticas à prática no seu livro *“Beyond the periphery of the skin”*³, mais precisamente no capítulo *“Surrogate Motherhood: a gift of life or Maternity Denied?”*⁴ (FEDERICI, 2020).

Basicamente, a filósofa considera a GS um processo puramente mecânico, como um parto alienado, no qual a mulher contratada não deve ter nenhum envolvimento emocional com a criança. Defende que a prática é uma forma de mercantilização da vida humana pois organiza e legitima o mercado infantil, permitindo que crianças sejam tratadas como propriedade as quais podem ser transferidas, compradas e vendidas.

Afirma que nas últimas três décadas desenvolveu-se um aparato comercial e institucional de apoio à GS, formado por seguradoras, médicos e advogados, o qual permitiu a sua expansão. Para a filósofa:

Atualmente, milhares de crianças nascem todos os anos dessa maneira e, em alguns países, foram abertas “fazendas de bebês”, onde “mães de aluguel” são inseminadas e residem durante toda a gravidez. Na Índia, por exemplo, antes da proibição da barriga de aluguel transnacional em 2015, existiam três mil dessas clínicas (Vora 2019), fornecendo a infraestrutura para uma indústria da reprodução, na qual a constituição do corpo da mulher em uma máquina de procriação estava quase completa.” (FEDERICI, 2020)

Silvia Federici afirma que recém nascidos e gestantes de substituição sofrem após a separação. Reputa que embora os casos de recusa em se separar da criança sejam aparentemente raros, algumas gestantes se posicionaram contra, de forma que o baixo número pode ser resultado do aparato que as agências possuem para evitar essas situações. Afinal,

3 Além da periferia da pele: Repensando, Refazendo e Recuperando o Corpo no Capitalismo Contemporâneo (tradução nossa).

4 Gestação de Substituição: um presente da vida ou maternidade negada? (tradução nossa).

por contrato, as gestantes de substituição seriam instadas a não desenvolver nenhum sentimento pela criança, sendo tomadas medidas para limitar o contato entre elas e o recém-nascido, como o parto cesáreo (FEDERICI, 2020).

Por fim, ressalta premissas classistas e racistas na GS que originam consequências destrutivas para os filhos e para as mulheres, sendo estas naturais das regiões mais pobres do mundo em decorrência da compensação monetária. Afirma que a GS é uma prática predominantemente branca e, por isso, um exemplo de como o direito à reprodução é restrito, assim como a tecnologia serve para aprofundar os privilégios e as diferenciações de classe (FEDERICI, 2020).

Porém, sem desconsiderar a genialidade da filósofa, existem alguns pontos em sua abordagem que merecem ser melhor avaliados.

(a). Mercantilização dos corpos

Nesta pesquisa não se desconsidera esse argumento, todavia, defende-se que a mercantilização não necessariamente deve resultar na ilegalidade da prática. Para tanto, os estudos acerca do trabalho sexual podem trazer importantes paralelos uma vez que, assim como a GS, faz-se uso do corpo como ferramenta, aferindo ganhos financeiros.

De acordo com Monique Prada, no seu livro “Putafeminista”, o empoderamento feminino alcançado por meio da autonomia financeira é reiteradamente celebrado pelo movimento feminista, no entanto, quando o ganho financeiro ocorre por meio do trabalho sexual esse discurso cai por terra (PRADA, 2018, pp. 63-64).

Como o trabalho sexual geralmente não possui pagamento, ao ser precificado ocorre a subversão dessa lógica. De acordo com Monique Prada:

O modo como nossa sociedade lida com sexo e dinheiro é contraditório: são dois bens venerados e perseguidos ao extremo, mas a ideia de que possam andar juntos assusta. [...] Parece que esquecemos que o dinheiro não é a única moeda de troca possível quando se fala da submissão feminina ao desejo alheio. (PRADA, p. 74).

Em outras palavras, a ativista faz alusão ao fato de que não são somente as prostitutas que se submetem ao desejo alheio em troca de dinheiro. Afinal, quantas pessoas podem afirmar que nunca se submeteram a cumprir uma tarefa desagradável por causa do valor oferecido? Quantas mulheres podem se desvencilhar de um chefe assediador sem pôr em risco seu emprego? Quantas mulheres podem sair de um relacionamento abusivo sem considerar sua subsistência? (PRADA, 2018, p. 74).

O intuito desses questionamentos é fazermos uma reflexão sobre qual a real problemática da GS. Afinal, o que outras formas de trabalho alienado diferem da prostituição e da GS? Muita(o)s utilizam o corpo como ferramenta de trabalho, levando-o a doenças e à exaustão (seja física, seja psicológica) mas não se questiona qual o jeito certo e/ou errado dessas pessoas trabalhar, enquanto isso, existe um jeito moral de transar e viver a sexualidade (com amor, em uma relação cis heteronormativa etc.) e um jeito moral de gestar e parir (dentro do casamento, nutrindo amor materno etc.).

Abordando a gestação de substituição em si, a pesquisadora Sophie Lewis no seu livro *“Full surrogacy now: feminism against family”*⁵ afirma que a gravidez não é algo usualmente questionado na sociedade enquanto a GS sim, concluindo que o que distingue ambas é tão somente a possibilidade de um salário. Para Lewis, a GS não deve ser tratada como o apogeu da alienação, pelo contrário, a pesquisadora argumenta que é necessário resistir a este tipo de raciocínio e não tratar a GS como excepcionalidade na militância trabalhista (LEWIS, 2019, p. 13).

Complementa que não cabe a analogia entre a situação da pessoa cedente do útero como equivalente ao estado de escravidão, afinal, seria contraditório com todo o conhecimento até aqui construído de que a reprodução social é um trabalho - trabalho que muitas vezes é alienado e assalariado, mas certamente disciplinado pelo mercado (LEWIS, 2019, pp. 13-14).

Assim sendo, a defesa parcial da GS remunerada pode ser facilmente mal interpretada como uma defesa dos agentes do mercado que mediam essa relação (como médicos e agências de barriga de aluguel) mas não é este o caso desta pesquisa. O ponto principal que aqui se pretende reforçar é: para refletir sobre uma GS eticamente aceitável seria

5 Barriga de aluguel plena agora: feminismo contra família (tradução nossa).

necessário modificar o seu padrão capitalista (LEWIS, 2019, p. 21) uma vez que seria imprescindível repensar a própria concepção de família e parentalidade. Portanto, quando se propõe a legalização da GS remunerada, seguindo a premissa de que o direito é uma forma específica do capitalismo, não se almeja sanar todas as contradições, tornando a GS ética. Pretende-se utilizar o direito, limitado por sua estrutura, como forma capaz de garantir condições de trabalho mais dignas, assim como recurso que possibilitaria maior segurança jurídica às pessoas gestantes e à(o)s detentora(e)s do projeto parental.

Em outras palavras, na ausência de um processo revolucionário mais amplo de transformação da economia (LEWIS, 2019, p. 21) e das normas sociais e jurídicas, o direito poderia estabelecer a linha considerada como aceitável para a venda da força de trabalho.

Sophie Lewis, por exemplo, considera que as cooperativas de gestantes de substituição, geridas pelas próprias trabalhadoras, não seriam capazes de libertar a GS da matriz do mercado. Porém, a organização mediante cooperativas seria apta a garantir para as substitutas condições de trabalho e direitos que melhoram concretamente a vida das pessoas (LEWIS, 2019, p. 21). Dessa forma, conclui que mesmo com a mercantilização do corpo feminino, consubstanciada na possibilidade da remuneração da GS, a proibição não parece ser o caminho apropriado.

O foco, em verdade, não deveria estar na remuneração e sim no contexto no qual a GS é praticada. De acordo com Juliette Zipper e Selma Sevenhuijsen, por trás da crítica à mercantilização, permanece uma condenação da mulher que consciente e racionalmente decide engravidar e entregar o seu filho. Assim sendo, os discursos sobre a GS também impõem temores de um mundo onde o vínculo mãe-filho seja mais transitório e frágil (ZIPPER AND SEVENHUIJSEN, p 119), argumento que trataremos a seguir.

(b) Sofrimento em razão da separação entre a cedente do útero e a criança

Silvia Federici afirma que a separação da criança e da gestante após o nascimento traria sofrimento para ambos. Ocorre que essa afirmação

entra em conflito com diversos temas caros ao movimento feminista desde a década de 70, dentre eles a questão do amor materno.

Existe uma ideologia de que o amor materno seria um instinto natural da mulher, associado a sua biologia. Esse amor tido como incondicional estaria principalmente vinculado aos atos de gestar, parir e amamentar. Todavia, a história demonstra que a figura da mãe que tudo faz pelos seus filhos foi construída, e não intrinsecamente biológica.

Na Europa do século XVIII, por exemplo, em razão da elevada taxa de mortalidade infantil, havia o fenômeno da indiferença materna, uma espécie de escudo sentimental diante do risco iminente da morte do bebê. O aleitamento era considerado indigno e rejeitado por muitas mulheres da corte europeia uma vez que não estavam dispostas a perder a sua vida social para amamentar. Porém, esse paradigma foi modificado entre o final do século XVIII e início do século XIX, quando a figura da mãe que se dedica completamente aos filhos passou a ser uma demanda social, fazendo com que quem não cumprisse esse padrão sofresse da conhecida “culpa materna” (BADINTER, 1985, p. 58).

Sem nos aprofundarmos ao fato de que, historicamente, a figura da maternidade europeia não era e nem é compartilhada da mesma forma ao redor do mundo, é importante frisar que, durante muitos anos, o Movimento Feminista tratou a maternidade como a principal causa da desigualdade de gênero, notadamente pela restrição da mulher ao espaço doméstico de cuidado da casa e das crianças. Essa concepção, posteriormente, foi superada a partir dos estudos que demonstram não ser o fator biológico (possibilidade de gestar e parir) que determina a valoração social das mulheres, esta ocorre, com efeito, por meio das relações de dominação e subordinação que atribuem um determinado significado social à maternidade (SCAVONE, 2001, p. 137-150).

De forma conexa, Elly Teman defende que termos como “mãe biológica” e “mãe gestacional” não devem ser utilizados para a GS em razão das gestantes de substituição reiteradamente não se autodenominarem como “mães”, preferindo utilizar termos como “forno”, “incubadora” ou “estufa” para narrarem as suas experiências. Em estudo realizado com gestantes de Israel, Teman ressalta as metáforas e histórias contadas pelas gestantes para diferenciar a gestação dos seus filhos da gestação de bebês de projetos parentais alheios (TEMAN, 2010).

Assim sendo, mesmo que distante de encerrar o tema, pretende-se que o leitor não se vincule às narrativas que afirmam um sofrimento intrínseco da gestante de substituição e do bebê no momento da separação. Isso porque as próprias trabalhadoras produzem relatos sobre as suas experiências, permitindo que a sua “natureza materna” se manifeste apenas quando elas assim quiserem, ou seja, nas gestações de seus filhos e não enquanto gestantes de substituição (TEMAN, 2010).

5. A PROTEÇÃO DA LEI TRABALHISTA À GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com as reflexões feitas até aqui acerca do direito, do direito fundamental ao trabalho e da GS, pretende-se abordar como a prática se organiza no Brasil, tecendo comentários sobre possíveis consequências das normas vigentes, assim como propor melhores práticas.

Como exposto no tópico 1, a GS é uma técnica complementar de reprodução assistida (TRA) na qual uma pessoa gesta o bebê de terceiro em seu próprio útero (GRAZIUSO, 2018). É predominantemente procurada por aqueles que não podem gerar uma criança pelas vias naturais, seja por infertilidade, seja por algum outro impedimento (pessoas solteiras e casais homoafetivos). Após gestação e parto, o bebê é entregue a(o)s detentora(e)s do projeto parental, sem que haja vínculo de filiação entre a criança e a pessoa cedente do útero (BARBOSA, 2018).

O Poder Legislativo brasileiro se mantém inerte quanto à GS, nessa lacuna, o CFM editou a Resolução nº 2.168/2017 a qual prevê requisitos para a sua prática, sendo eles: (a) que haja um problema médico impeditivo ou que contraindique a gestação na doadora genética, união homoafetiva ou pessoa solteira; (b) que a cedente do útero seja da família de um dos donos do projeto parental, até o quarto grau. Caso seja terceira pessoa sem laços biológicos, deve ser autorizado pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) e, em nenhuma hipótese, pode ter fins lucrativos ou comerciais. Dessa forma, compreende-se que o Brasil somente permite a GS solidária ou altruísta (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Porém, mesmo que a GS remunerada seja proibida por meio da resolução do CFM, o que por si só enseja diversos debates legais quanto a competência do Conselho para proibir a prática, não quer dizer que a remuneração não ocorra no Brasil. Não há, em verdade, uma pesquisa que demonstre os reflexos da proibição da remuneração da GS no país (a ausência de dados, inclusive, é uma consequência direta da ilegalidade uma vez que dificulta o acesso dos pesquisadores às pessoas gestantes de substituição). Dessa forma, abordaremos casos ocorridos no Camboja e na Índia, reportagens jornalísticas e outras pesquisas existentes.

Em julho de 2018, por exemplo, trinta e três cambojanas grávidas foram detidas e acusadas, juntamente com seu agente de origem chinesa, por “crimes de tráfico de pessoas” após a proibição da GS remunerada no Camboja, no fim de 2017. As mulheres foram obrigadas a criar as crianças que gestavam até os 18 anos de idade, mesmo que pertencentes a projeto parental alheio, caso contrário, deveriam cumprir até vinte anos de prisão (CHONG, E.; WHEWELL, T, 2019).

Assim como o Camboja, a Índia transicionou de uma lei permissiva para uma restritiva à GS remunerada. Em 2002, a GS onerosa era permitida na Índia, porém, em 2012, o governo indiano proibiu o acesso de pessoas LGBTQI+ e solteiras. Em 2015, proibiu-se o acesso aos casais estrangeiros (SCHETTINI, 2019). Em 2019, a GS passou a ser permitida apenas para casais indianos e de forma altruísta (TNN, 2019) (similarmente ao Brasil).

A lei restritiva, porém, não pôs fim a prática. De acordo com a socióloga indiana Sharmila Rudrappa, pesquisadora de como os detentores do projeto parental e as gestantes de substituição vivenciam a mercantilização da gravidez e do parto na Índia, com a alteração na lei, um médico especialista em infertilidade baseado em Mumbai (Índia) passou a recrutar trabalhadoras do Quênia ao invés das indianas. Por meio da fertilização *in vitro*, o especialista implanta nas quenianas embriões pertencentes a seus clientes predominantemente gays e estrangeiros. Quando grávidas, as trabalhadoras permanecem por 24 semanas em monitoramento no território indiano, transcorrido esse período de observação, são levadas de volta para Nairóbi, local onde nascem os bebês (RUDRAPPA, 2017).

Neste caso, o médico afirma que não infringe as leis indianas uma vez que não interage com clientes gays naquele território: tudo o que ele fornece, tecnicamente, é a fertilização *in vitro* para quenianas que buscam “cuidados em saúde” (RUDRAPPA, 2017).

A partir das suas pesquisas, a referida socióloga considera que a GS deve ser abordada de acordo com as consequências da sua proibição, concluindo que “[...] a proibição da gestação de substituição na Índia está alimentando o comércio de bebês em outros países (...)” (RUDRAPPA, 2017, tradução minha). Por isso, avalia ser mais apropriado que as trabalhadoras possuam direitos básicos no intuito de que sejam minimamente protegidas (RUDRAPPA, 2017).

Rudrappa também defende que a proibição não tem como resultado o fim da GS uma vez que as clínicas passam por brechas legais, movendo gestantes através das fronteiras. Esses movimentos, de acordo com a socióloga, expõem as pessoas gestantes a grandes riscos. Dessa forma, afirma que o posicionamento de cada Estado nação perante a GS não influencia a prática somente dentro das suas fronteiras. A GS é internacionalizada e, para tanto, assim deve ser tratada no âmbito interno de cada país (RUDRAPPA, 2017).

A partir da sua pesquisa, realizada com diversas gestantes de substituição indianas, Rudrappa demonstra como os mercados de “produção de vida” são moldados por intervenções tecnológicas que tornam os corpos de algumas mulheres disponíveis para a reprodução em face dos privilégios de outros, localizando a gestação de substituição na história dessas intervenções médicas (RUDRAPPA, 2015).

A socióloga considera que a importância dada a parentalidade de homens e mulheres reflete na forma que a fertilidade se enquadra como uma questão de direitos. O acesso à assistência à infertilidade é entendido como um aspecto fundamental dos direitos reprodutivos. Assim sendo, a GS transnacional poderia ser uma forma de cuidado reprodutivo transfronteiriço, mas não é exatamente dessa forma. Os detentores do projeto parental são, em geral, casais heterossexuais que já passaram por experiências dolorosas e intervenções caras de infertilidade em seus próprios países antes de se voltar, por exemplo, para a Índia; assim como casais homossexuais impedidos de adotar devido às restrições legais (RUDRAPPA, 2015).

Como exemplo, cita o caso dos Estados Unidos, país que permite a GS remunerada. Como exposto no capítulo anterior, mesmo com uma legislação permissiva, indivíduos se deparam com o custo elevado da assistência à infertilidade, os excluindo dessa possibilidade. Cita o caso de um técnico médico de San Antonio, Texas, que teve gêmeos por meio de uma GS indiana: o sujeito alerta que, para profissionais com baixa remuneração nos EUA, somente a GS indiana é viável financeiramente. Esses indivíduos se sentem como “exilados reprodutivos” uma vez que se veem obrigados a contratar serviços fora de suas fronteiras para acessar a assistência à infertilidade que necessitam para construir suas famílias. Em outras palavras, a escolha de ter filhos é voluntária, a de fazê-lo na Índia não (RUDRAPPA, 2015).

Já no Brasil, de acordo com reportagem realizada pela BBC, diversas mulheres se oferecem como barriga de aluguel em páginas e grupos de redes sociais, cobrando entre R\$ 15 e R\$ 100 mil reais, além de despesas com a gravidez e estada quando necessário (LEMOS, 2018).

No Facebook, a página “Barriga de Aluguel” consta anúncio de busca por gestantes de substituição com “valor a combinar”. Na postagem existem comentários de pessoas interessadas em remunerar, assim como pessoas interessadas em gestar e parir (FACEBOOK, 2021). Com conteúdo similar, encontramos grupos como o “Barriga de aluguel e coparentalidade” com mais de 8.300 (oito mil e trezentos) membros e o “Coparentalidade, Barriga solidária, Casais LGBTQIA+”, com cerca de 1.100 (mil e cem) membros em abril de 2021⁶.

No que tange a atuação do Poder Judiciário quanto ao tema, não há expressiva jurisprudência sobre a GS, sendo certo que a existente se encontra majoritariamente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). A pesquisa realizada no dia 09 de junho de 2021, às 09 horas e 35 minutos no sítio eletrônico <https://www.tjsp.jus.br/> com os descritores “gestação de substituição”, “gestação por substituição”, “barriga solidária” e “barriga de aluguel” resultou em 9 (nove) processos que efetivamente abordam a GS.

Algumas ações judiciais supramencionadas tratam sobre o registro do nascituro em nome da(o)s detentora(e)s do projeto parental e não

6 Em razão dos grupos serem fechados, não é possível inserir a URL

da parturiente (SÃO PAULO, 2020); sobre a cobertura pelo plano de saúde da fertilização in vitro em gestante de substituição solidária (SÃO PAULO, 2017); sobre a concessão de licença maternidade decorrente de criança gerada por gestação de substituição (SÃO PAULO, 2019) etc.

A ausência de jurisprudência não quer dizer, necessariamente, a ausência do fenômeno social, principalmente na sua categoria remunerada. Esse dado pode, em verdade, corroborar que a inércia legislativa combinada com as previsões da Resolução do CFM nº 2.168/2017 e a ilegalidade da prática possibilitam que os casos existentes de GS remunerada sequer acessem o Poder Judiciário.

Dessa forma, não parece tão óbvio que normas proibicionistas da GS resultem no fim da sua realização. Em verdade, podem gerar um efeito adverso do esperado uma vez que agências, médicos e demais envolvidos simplesmente podem ultrapassar as brechas legais, movendo e expondo gestantes de substituição a maiores riscos enquanto expandem e diversificam suas parcerias de negócios em diversos países e regiões. Uma vez que a prática não se extingue com a proibição, existe uma notória insegurança jurídica tanto para os detentores do projeto parental, quanto para a cedente do útero.

No que tange a legislação brasileira em si, o artigo 199, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) prevê que a lei “[...] *disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, [...] sendo vedado todo tipo de comercialização.*” (BRASIL, 1988). Esse artigo não deve ser interpretado como um impedimento para a GS remunerada uma vez que a prática da cessão do útero não é mencionada no dispositivo e sequer se assemelha ao transplante de órgão e à pesquisa.

No mesmo sentido, o artigo 13 do Código Civil (CC) não engloba a GS ao dispor que “*salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*” (BRASIL, 2002) uma vez que gestar e parir não provoca, em si, qualquer redução da integridade física.

Um possível impedimento à GS remunerada com fundamento nesses dispositivos legais seria, minimamente, contraditório. Isso porque a compreensão de que haveria remoção de órgãos, tecidos e substâncias

humanas ou que haveria uma diminuição na integridade física da pessoa que gesta e pare somente seria problematizada a quem se propõe a ser remunerada por isso, não atingindo às milhares de pessoas que gestam e parem no Brasil, seja para projeto parental próprio, seja para projeto parental alheio de forma solidária. Assim sendo, gestar e parir filho de terceiro(s) se revela mais como um ato de disposição do próprio corpo e, portanto, sua vedação na espécie remunerada parece estar centrada no campo da moralidade e não no campo legal.

Neste sentido, defende Maria Berenice Dias:

[...] nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação ser pago, e bem pago. (2015, pág. 404).

Em consonância, Rodrigo Cunha Pereira expõe que:

O corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. Se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço(útero) para que ele seja gerado. Portanto não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito. E não se trata de compra e venda, como permitido antes nas sociedades escravocratas e endossado pela moral religiosa. Para se avançar é preciso deixar hipocrisias de lado e aprender com a História para não se repetir injustiças. É preciso distinguir o tormentoso e difícil caminho entre ética e moral. (2012)

Outra crítica pertinente é que o altruísmo nos casos de gestantes de substituição se limita tão somente as pessoas cedentes do útero, enquanto isso, as clínicas que prestam serviços de reprodução assistida, as agências de gestação de substituição, os médicos especialistas em fertilidade e todos os demais profissionais envolvidos nessa empreitada são pagos, muitas vezes com elevados lucros. Permitir que somente a pessoa cedente do útero não seja remunerada reforça o fato de que atividades tidas como biológicas, como o gestar e o parir, não devem ser valoradas pelo capital.

No intuito de evitar a extrema vulnerabilização, criminalização e clandestinidade da pessoa cedente do útero, a regulamentação da prática – em âmbito interno e internacional – se mostra mais eficaz do que normas que pretendem, a partir de meras imposições, proibir práticas já arraigadas e tratadas como exercício de direitos reprodutivos, como é o caso da GS.

6. CONCLUSÃO

Para concluir, já que a proibição da remuneração da GS não impede que ela ocorra, a sua elevação ao exercício de um direito fundamental ao trabalho pode gerar efeitos benéficos no sentido de resguardar tanto a pessoa cedente do útero quanto os detentores do projeto parental.

Afinal, como elucidado no tópico 3, somos todos precificados quando vendemos nossa força de trabalho, de forma que qualquer outro trabalho corporal (e remunerado) não deveria diferir do trabalho corporal da GS. Quando inseridos dentro do modo de produção capitalista, ambos são trabalhos alienados. No Brasil, por exemplo, a prostituição não é ilegal, mesmo que, assim como a GS, esteja imbuída de rejeição social em função da moralidade, com as devidas particularidades.

A GS, como atividade relacionada à reprodução social, segue a mesma regra de invisibilização, não remuneração ou baixa remuneração em razão, principalmente, da biologização dessa atividade (afinal, se é natural ocorre fisiologicamente, então por que remunerá-lo?). Mesmo que a GS mova montantes expressivos de dinheiro, assim como os demais trabalhos associados à reprodução social, é pouco remunerada quando o é, possui vínculos precários e é fortemente caracterizada por marcadores de raça, classe e gênero.

Apenas permitir a GS altruísta robustece que não há valor e nem trabalho em gestar e parir, assim como pressupõe que existe um jeito correto de ter filhos e exercer a parentalidade. Afirmar que a separação entre gestante e bebê necessariamente gera sofrimento, fortalece a combatida ideia do instinto materno por parte do movimento feminista, ideia que desconsidera as relações sociais como construções que transcendem laços biológicos.

Seria imoral, portanto, a pessoa cedente do útero aferir renda porque gestou e pariu, serviço feito a partir do seu próprio corpo, assim como tantos outros trabalhos que incontestavelmente são remunerados? Mesmo com o avanço do neoliberalismo, o achatamento da classe média e o crescimento da miserabilidade, a GS pode ser, por si só, classificada como imoral? Como bem alerta Juliette Zipper e Selma Sevenhuijsen, o nosso foco deveria estar no contexto no qual a GS é praticada e não na GS em si.

Encerra-se o texto sem o intuito de por fim aos diversos questionamentos aqui instigados. Contudo, conclui-se que, em face das vulnerabilidades as quais as pessoas cedentes de útero estão expostas (não raro como reflexo da ilegalidade da prática), o direito fundamental ao trabalho deve ser utilizado como forma de limitar o poder do empregador, das clínicas, dos médicos, das agências internacionais de gestação de substituição, dos detentores do projeto parental no intuito de se estabelecer um padrão mínimo de civilidade nas relações de poder dentro do mercado laborativo que é próprio ao capitalismo (caput do art. 7º, CF/88).

Dessa forma, as pessoas que trabalham como cedentes do útero poderiam, além de ser devidamente remuneradas, escolher como engravidam, optar pelas intervenções médicas em seu corpo, recusar cirurgias e, inclusive, manter contato com os bebês que geraram se assim quiserem. A questão é que a GS ética somente frutificaria mediante um projeto revolucionário de sociedade e economia, enquanto isso, o direito (como forma específica do capitalismo), pode ser a única forma disponível de fornecer algum tipo de proteção e dignidade às pessoas cedentes de úteros.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARBOSA, A. S. **A Licitude da Gestação de Substituição no Brasil**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, Salvador, 4, Junho 2018. 84-100.

BADINTER, E. **Um amor conquistado: o Mito do Amor Materno**. Rio de Janeiro, 1985.

BHATTACHARYA, T. **O que é a Teoria da Reprodução Social?** Revista Outubro, v. 32, 2019.

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

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p-1.74, 11 jan. 2002.

BRENNER, J. **Democracia, comunidade e cuidado**. Rev. Bras. Ciênc. Polít. no. 18. Brasília, DF: 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução nº 2.168/2017. **CFM**. 2017.

CHONG, E.; WHEWELL, T. O caso das 33 mulheres barrigas de aluguel no Camboja que foram forçadas a criar bebês de clientes. **BBC News**, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47232817>>. Acesso em: 11 março 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, M. H. **O Estado do Biodireito**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 711.

FACEBOOK. **Barriga de Aluguel**, 2021. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Barriga-de-Aluguel-112393583713699>>. Acesso em: março 2021.

FEDERICI, S. **Beyond the periphery of the skin: Rethinking, Remaking, and Reclaiming de Body in Contemporary Capitalism.** Oakland, CA: PM Press, 2020.

FEDERICI, S. **O patriarcado do salário: Notas sobre Marx, gênero e feminismo.** São Paulo: Boitempo, 2021.

GRAZIUSO, B. **Úteros e Fronteiras: Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LEMOS, V. 'Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel. **BBC News**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>>. Acesso em: 11 março 2021.

LEWIS, S. A. **Full Surrogacy Now: Feminism Against Family.** 1ª. ed. Londres: Verso, 2019.

MARX, K. **O Capital: crítica da economia política; Livro I. Vol. I.** Editora Boitempo, São Paulo, 2013

MASCARO, A. **Direitos Humanos: uma crítica marxista.** Lua Nova, São Paulo, 2017

MASCARO, A. **Introdução ao Estudo do Direito.** Editora Atlas: São Paulo, 4ª edição, 2013.

MOURA, G. **O conceito marxiano de trabalho.** Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 211.

OXFAM Brasil. (2020). **Tempo de cuidar: o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade.**

PEREIRA, R. D. C. Barriga de aluguel: o corpo como capital. **Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**, 2012. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel:+o+corpo+como+capita>>. Acesso em: 09 junho 2021.

POPPE, D. Mitos sobre a gravidez de substituição. **Instituto Brasileiro de Direito de Família.** IBDFAM, 2012.

PRADA, M. **Putafeminista**. São Paulo: Veneta, 2018.

REPORTLINKER. The global surrogacy market generated \$112.80 million in 2015 and is projected to reach \$201.40 million by 2025, growing at a CAGR of 6.1% from 2016 to 2025. **Globo News Wire**, 2020. Disponível em: <<https://www.globenewswire.com/news-release/2020/09/03/2088223/0/en/The-global-surrogacy-market-generated-112-80-million-in-2015-and-is-projected-to-reach-201-40-million-by-2025-growing-at-a-CAGR-of-6-1-from-2016-to-2025.html>>. Acesso em: 09 junho 2021.

RUDRAPPA, S. How India's surrogacy ban is fuelling the baby trade in other countries. **Quartz India**, 2017. Disponível em: <<https://qz.com/india/1109531/surrogate-mothers-at-risk-in-india-after-the-commercial-surrogacy-ban-is-extended/>>. Acesso em: 11 março 2021.

RUDRAPPA, S. **The price of Global Surrogacy in India**. Nova Iorque: New York University Press, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. **Agravo de Instrumento nº 2263225-49.2018.8.16.0000**. São Paulo, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12256759&cdForo=0> . Acesso em: 09 jun. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. **Agravo de Instrumento nº 2200977-18.2016.8.16.0000**. São Paulo, 01 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10116349&cdForo=0>. Acesso em: 09 jun. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. **Apelação Cível nº 1010476-13.2019.8.16.0003**. São Paulo, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13287160&cdForo=0>. Acesso em: 09 jun. 2021.

SCAVONE, L. A Maternidade e o Feminismo: Diálogos com as Ciências Sociais. **Cadernos Pagu**, n. 16, 2001.

SCHANBACHER, K. India's gestational surrogacy market: an exploitation of poor, uneducated women. **Hastings Women's Law Journal**, v. 25, n. 2, 2014.

SCHETTINI, B. **Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

TEMAN, E. **Birthng a mother: The Surrogate Body and The Pregnant Self**. Berkeley: University of California Press, 2010.

TNN. Times of India. **Commercial surrogacy banned in India: government passes tough laws**, 2019. Disponível em: <Commercial surrogacy banned in India; government passes tough laws - Times of India (indiatimes.com)>. Acesso em: 02 Julho 2020.

UNDP; UNFPA; WHO; WORLD BANK SPECIAL PROGRAMME OF RESEARCH, DEVELOPMENT AND RESEARCH TRAINING IN HUMAN REPRODUCTION (HRP). **Progress in Reproductive Health Research**. WHO. Geneva. 2003. (63).

ZIPPER, J., SEVENHUIJSEN, s.; **Surrogacy: Feminist Notions of Motherhood Reconsidered**. Michelle Stanworth, ed., Reproductive Technologies: Gender, Motherhood and Medicine, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987, 118-138, 136.

FEDERALISMO E PANDEMIA: OS NOVOS HORIZONTES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FEDERALISM AND THE PANDEMIC: NEW PERSPECTIVES UPON THE DECISIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT

João Lucas Ferreira Torres Vieira¹

Rodrigo Duarte Garcia²

Victor Reis do Valle Souza³

Data de Submissão: 05/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: O artigo busca analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de competências federativas, examinando dois períodos distintos: da vigência da Constituição de 1988 até 2019 e de 2020 até os dias atuais, com foco nas decisões relativas à saúde e à pandemia de Covid-19. Nesse sentido, o artigo procurou estabelecer, primeiramente, as competências dos entes federados no campo da saúde. Depois, é investigado o atual papel que a Corte tem desempenhado em tempos recentes, especialmente nos últimos 10 anos. Por fim, é analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema do federalismo, também com foco no direito à saúde. Foram utilizadas fontes primárias e secundárias na segunda parte por meio de uma pesquisa histórica e descritiva de bibliografia e de legislação. Na primeira e na terceira, todavia, foi realizada uma pesquisa descritiva dos diplomas legislativos, da doutrina e da jurisprudência. Foi encontrado, nos resultados, que o modelo federativo brasileiro adquiriu um caráter concentrador em comparação com seus pares. Contudo, a ideia de sistema federativo em vigor tem passado por modificações subs-

1 Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília.

2 Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília.

3 Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília.

tanciais nas últimas décadas, especialmente nos últimos anos, tendo a pandemia acelerado um processo já em curso de descentralização político-administrativa.

Palavras-Chave: Federalismo Cooperativo; Direito à Saúde; Pandemia; Supremo Tribunal Federal;

Abstract: The paper aims to determine in which direction points the decisions of Brazil's Supreme Court regarding federative competences in two periods of time: past the 1988's Constitution until 2019 and from 2020 until now, focusing on the decisions related to the COVID-19 pandemic. In that sense, the article tries first to establish the competences of each federal entity regarding public health. Furthermore, it's discussed the role that the Supreme Federal Court has had in recent times, especially in the last ten years. At last, the precedents of the Supreme Federal Court regarding federalism are analysed, focusing on the decisions past and post the pandemic. There were utilized primary and secondary sources in the first part through a descriptive and historical research of bibliography and legislation. In the second and third parts, however, a descriptive research of the legislative laws, the doctrine and the precedents was conducted. In the end, it was found that the Brazillian federative system acquired a pronounced mark of centralization in comparison to its peers. Nonetheless, the idea of a federative system changed considerably over the years, especially in the last few, having the pandemic accelerated an ongoing process of political and administrative decentralization.

Keywords: Cooperative Federalism; Healthcare Rights; Pandemic; Supreme Federal Court.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre o federalismo cooperativo desenhado na Constituição Federal sempre se mostrou um dos assuntos mais relevantes para o Direito Público e para o próprio funcionamento do Estado. Essa discussão, no entanto, nunca esteve tão atual, especialmente a partir das problemáticas advindas da pandemia do COVID-19, que trouxeram a necessidade de cooperação e atuação em todos os níveis da Federação e suscitaram questões referentes ao papel de cada ente no combate ao vírus. A pandemia, que começou na cidade de Wuhan, na China, já vitimou mais de 325 mil pessoas, até o momento, só no Brasil, aproximando-se dos 3 milhões de vítimas em escala global, e acarretou uma crise de saúde pública sem precedentes na história nacional.

É nesse contexto, então, que o presente artigo pretende elucidar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de competências federativas para cuidar da saúde, e se essas decisões diferem da jurisprudência da Corte no período pré-pandemia. Em caso afirmativo, procurou-se refletir se essas decisões alteram o desenho federativo, e se estamos diante de uma “jurisprudência da crise” e se essas mudanças irão repercutir nos posicionamentos futuros da Corte após a crise.

Dessa maneira, o artigo propõe-se, primeiro, a expor o plano de fundo teórico do debate, descrevendo as competências comuns e concorrentes dos entes federados na garantia do direito à saúde. A seguir, será exposto qual é o papel da Corte Máxima nesse arranjo. Assim, na parte inicial, pretende-se elucidar as seguintes questões: como as competências de saúde são divididas no retrato federativo atual, à luz dos arts. 6º, 23, 24, 196 e 198 da CF/88? E qual o papel do STF na manutenção do equilíbrio entre os entes?

Ao final, será realizada uma análise comparativa entre as decisões proferidas pela Corte em matéria de competência dos entes federativos para cuidar da saúde pública, antes da pandemia, com as recentes decisões proferidas já no contexto da crise. Resumidamente, procura-se responder à seguinte questão: estaria o Supremo Tribunal Federal trilhando novos rumos em direção à descentralização das competências federativas?

2. DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

O exame sobre o deslocamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a elucidação dos pressupostos constitucionais das repartições de competências. Assim, será analisado o arranjo de competências inscritas na Constituição, com enfoque na garantia do direito à saúde. Primeiramente, contudo, cabe a compreensão do que se entende por um estado federal e quais as suas principais características

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, essa é a dicção do primeiro artigo da Carta Republicana, o que implica a descentralização política em centros de poder autônomos que compreendem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do art. 18 do Texto Maior. O modelo federativo possui importância tão grande para o Estado Brasileiro que não pode ser abolido sequer por Emenda Constitucional, já que o § 4º, I, do art. 60, da Constituição, o alçou à condição de cláusula pétrea.

Em termos dogmáticos, o federalismo tem seus fundamentos asentados nas concepções de autonomia e soberania (MENDES, BRANCO, 2020, p. 1198); autonomia porque, a despeito da existência de um único Estado soberano, vários entes subnacionais comportam competências no que toca às suas respectivas administrações e organizações; e soberania pois, apesar de ser marcada pela dispersão dos centros políticos em entidades subnacionais, subsiste uma unidade na diversidade, onde as partes cedem suas soberanias para a composição da soberania da União. Assim, então, o Estado Federal:

[...]expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das liberações da União, sem dispor do direito de secessão” (MENDES, BRANCO, 2020, p. 1203)

Nesse sentido, depreende-se que os entes federais possuem capacidade não só de gerir suas atividades funcionais a partir de representantes locais, como também para editar suas próprias leis, através do exercício de sua autonomia, sendo limitados pela Constituição Federal. Portanto, foram outorgadas a cada ente competências de ordem material (administrativa) e legislativa.

A Constituição da República de 1988 instituiu, portanto, um modelo federalista dividido em três níveis – União; os Estados-membros e o Distrito Federal; e os Municípios. O sistema é composto por um complexo conjunto de repartição de competências materiais e legislativas que adota critérios horizontais e verticais de atribuição. Esta divisão é pedra angular do federalismo, eis que materializa a descentralização política e administrativa, atestando maior sedimentação democrática em razão da existência de diversos núcleos de poder político.

Não obstante, o texto elencou competências exclusivas para determinados entes, sem que haja a possibilidade de interferências dos demais, tendo como diretiva a atribuição de matérias essenciais para o exercício de sua autonomia. As competências privativas da União (artigos 21 e 22) e dos Municípios (artigo 30) foram dispostas expressamente. Aos Estados-membros, adotou-se a técnica residual, na qual toda matéria que não for conferida para aqueles poderes será dos Estados (artigo 25, §1º).

A materialização do federalismo cooperativo demanda a atribuição de competências comuns concorrentes com o compartilhamento de ações e responsabilidades para o cumprimento de objetivos e regramentos coletivos que extravasam o interesse de um único ente político (GONZALES, 2011). Cuidam-se de garantias indispensáveis como “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (BRASIL, 1988). A competência comum persegue a cooperação de ações dos entes com o intuito de evitar ações isoladas, especialmente a sobreposição em razão da responsabilidade equivalente conferida aos entes.

Dentre os temas que demandam atividade mútua, destaca-se o direito à saúde. A atuação partilhada não só foi estatuída no plano material e legislativo (artigos 23 e 24), mas também reforçada no artigo 198, que

disciplinou como diretriz do sistema único a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”.

A garantia do direito à saúde impõe a produção de normas em níveis diferentes. O §1º do artigo 24 destaca que a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Aos Estados, atribui-se competência para suplementar as normas gerais editadas pela União (§2º). Na ausência de leis com normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena (§3º). Por fim, caso a União vier a editar norma geral suspende-se a eficácia da lei estadual, no que contrariar o preceito federal (§4º).

Embora controversa, a aceção sobre o significado de normas gerais requer o resgate dos princípios estruturantes do federalismo cooperativo. O escopo de congregação de esforços enseja o entendimento de que o termo “normas gerais” atribui uma faculdade à União e, concomitantemente, uma limitação impedindo que o ente esgote a matéria (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 18). Horta Machado assevera a disposição “lei quadro, uma moldura legislativa” (1995, p. 419-420), a qual deve ser integrada pelas unidades da federação de maneira mais adequada às suas necessidades e peculiaridades (PEREIRA, 2010, p. 182).

O preceito constitucional de descentralização da saúde foi adotado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal n.º 8.080/90), ao conferir à União a adoção de políticas gerais, assim como a definição e coordenação dos sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, promovendo a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios dos serviços e ações. O artigo 17 estabeleceu que compete à direção estadual “promover a descentralização para os Municípios” (inciso I). Por fim, o artigo 18 disciplinou que compete à direção municipal do SUS “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (inciso I).

Assim, a garantia do direito à saúde representa de forma singular a cooperação mútua dos entes federados para desempenho de tarefas de interesse comum, através de um entrelaçamento e interdependência entre os níveis de governo (GONZALES, 2011, p. 72). Não obstante, a delimitação do que pode ser realizado em cada nível federativo a título de competência concorrente foi objetivo de controvérsias, sendo

necessário investigar a concretude do arranjo constitucional na seara jurisprudencial conduzida pelo Supremo Tribunal Federal.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO O ÁRBITRO DA FEDERAÇÃO

As competências originárias do Supremo Tribunal Federal, elencadas no art. 102 da CF/88, variam desde o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ao de infrações penais comuns (inciso I, alíneas “a” e “b”). A essas se somam às competências recursais do art. 103, como as de julgar, em recurso ordinário, os crimes políticos e o habeas corpus denegatório de Tribunal Superior (inciso II, alíneas “a” e “b”). Nesse sentido, depreende-se que, no atual regime constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal possui três tipos de atribuições: “o de tribunal constitucional, o de foro judicial especializado e o de tribunal recursal de última instância” (VIEIRA, 2008, p. 7).

Tendo como foco as disputas em torno das competências federativas estabelecidas constitucionalmente, o presente tópico aborda o papel do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional, e qual o seu impacto nas relações entre os entes federativos?

As Constituições modernas, sob suas mais variadas formas, assumiram a missão de organizar a sociedade em seus diferentes feixes, o social, o político, o jurídico etc. Assim, servem como o “lugar em que se expressam as reivindicações últimas da vida em coletividade e se retratam os princípios que devem servir de guia normativo para a descoberta e a construção do bem comum” (FERREIRA, GONET, 2020, p. 56). Dessa forma, embora seu texto possa ser posto em palavras, seu sentido e conteúdo perseveram como objeto de disputa entre aqueles que vivem os contextos regulados pelas normas constitucionais. Dessa forma, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 2014, p. 28).

Nesse contexto, os ministros do Supremo Tribunal Federal, enquanto juízes, agem como os “intérpretes oficiais da Constituição” (AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 8). Seus papéis não são isolados do res-

tante da sociedade, mas, sim, resultantes da própria Constituição, que elegeu o Supremo como o seu guardião. Seu destaque provém do fato de, em sede de controle concentrado ou repercussão geral, vincular as suas decisões para os demais casos que transitam no poder judiciário, bem como de este possuir o monopólio da interpretação exigível.

Contudo, até anos recentes, o destaque que o Tribunal possuía era, tanto na opinião pública quanto nos tribunais, consideravelmente menor. As polêmicas envolvendo o mensalão, a Lava-Jato e outras decisões de caráter político (proibição das doações empresariais, interrupção terapêutica do parto de fetos anencefálicos, prisão de parlamentares, etc) colocaram o STF no centro do debate público. Assim, tornou-se: “Um tribunal diferente de todos os Supremos do passado, conforme depoimento dos antigos integrantes da Corte. (...) Um tribunal cujos integrantes passaram a considerar a opinião pública como fundamento para seus votos” (RECONDO, WEBER, 2019, p. 13)

No âmbito jurídico, o Tribunal Constitucional sofria severa restrição no que se refere ao alcance das suas decisões, uma vez que o controle difuso não possuía, em si, eficácia *erga omnes*, e necessitava do Senado para que tivesse impacto efetivo no controle de constitucionalidade das leis.

Isso mudou, principalmente, em razão de dois fatores: a criação das Súmulas com efeito vinculante, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, e a ampliação do rol de legitimados para acionar o controle concentrado na CF/88. Em relação ao segundo fator, é importante destacar que, ao ampliar o rol de legitimados, acaba também por favorecer a participação da sociedade na interpretação da Constituição, pois “a interpretação constitucional, à medida que sentidos antagônicos da Constituição estão em disputa, é quase sempre uma arena comunicativa” (FALCÃO, LUCI, 2013, p. 4).

Sendo assim, por serem dotadas de força vinculativa e eficácia *erga omnes*, gerando alterações em todo o sistema jurídico-político, inclusive no próprio sistema federativo, as decisões proferidas em sede de controle concentrado podem ser vistas também como arenas comunicativas onde o sentido da Constituição se encontra em disputa, atuando o Supremo como aquele “intérprete oficial” que possui o monopólio da interpretação exigível. Isso, numa democracia representativa como a brasileira,

serve como fator de resolução de disputa entre os poderes, tanto em um sentido vertical (entre os entes federados) quanto horizontal (entre os poderes tripartidos). Destarte, nas palavras de José Sarney, outrora chefe do Executivo e do Legislativo:

No império, havia o Poder Moderador para resolver os conflitos paroxísticos. Na República, os militares se arvoraram em árbitros, recorrendo a incursões “salvacionistas”. Na forma americana de democracia moderna, uma sociedade de conflitos, só o Supremo pode ter essa missão estabilizadora. (SARNEY, 2008, Folha de São Paulo, A3)

Dessa maneira, a inclusão de outros legitimados para o acionamento das ações diretas de inconstitucionalidade pode nos revelar a uma arena comunicativa que, nos últimos anos, tem questionado as próprias interpretações constitucionais já estabelecidas, seja no tema do federalismo, seja nas competências de cada poder da União. Uma pressão descentralizadora sobre o Tribunal, dessa forma, pode ocorrer por diversos motivos, como a pressão fiscal sobre a União⁴ (ADI 6357), uma disputa política entre os governadores e o Presidente da República (ADI 6568; ADI 6764), a demanda, pela sociedade civil, por uma prestação mais efetiva dos serviços públicos (ACO 3478; ADI 6575) ou, até mesmo, por

4 O processo de descentralização brasileiro, tanto administrativo quanto político, parece ter se intensificado nas últimas décadas. Nesse sentido, alega-se que a pressão por uma descentralização surge, no contexto latino americano, por pressões fiscais oriundas do endividamento externo, que obrigariam o governo central a “repassar” parte de suas obrigações às entidades subnacionais, mesmo que esse repasse não fosse acompanhado da respectiva descentralização tributária. No Brasil, esse processo agravou-se em razão do processo de redemocratização, assim: “A ordem da cronologia do processo de descentralização fiscal parece estar fortemente associada à determinação mais geral do processo. Assim, nos casos em que o determinante central reside na crise fiscal do governo central ou em uma crise aguda de governabilidade, a tendência é o nível central do governo repassar “parcela” da crise aos governos subnacionais, isto é, transferir inicialmente encargos e discutir, depois, o nível de participação destes governos na receita. Quando a descentralização fiscal é motivada por uma pressão diretamente relacionada à redemocratização, a pressão pela ampliação da participação dos governos subnacionais nas receitas fiscais ganha peso (é o caso do Brasil, por exemplo)” (AFFONSO, 2000, p. 7).

um combate ao autoritarismo e a concentração excessiva de poderes na União (ADI 6764; ADPF 672; ACO 3451; ADPF 770). Assim, portanto:

(...) não há dúvida de que, por exemplo, o princípio federativo ou o princípio da separação dos poderes, em larga medida, tiveram suas fronteiras de entendimento fixadas pelo SUPREMO e pela carga valorativa que seus membros traziam de suas experiências profissionais (AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 8)

Sendo assim, é assente afirmar que a Constituição brasileira conferiu à Corte o papel de “árbitro da Federação”, seja em razão da sua competência originária para resolver os conflitos federativos previstos na alínea “f” do inciso I do art. 102 do Texto Constitucional, seja por meio das ações de controle difuso e concentrado, nas quais resguarda e interpreta as competências federativas estabelecidas constitucionalmente.

Dessa forma, a pandemia, como crise sanitária, política e econômica, altera as condições em que os agentes institucionais agem, inclusive os juízes. As formas de decidir, antes assentadas sobre as condições materiais e ideológicas estabelecidas, não se mostram mais capazes ou suficientes para resolver as questões que surgem na nova organização social. As decisões relativas ao federalismo e à repartição de competências entre os entes, especialmente no campo da saúde, adequavam-se a um sistema federativo que possuía “uma excessiva dependência por parte da maioria de Estados e Municípios dos recursos provenientes da União” (RAMOS, 2017, p. 9).

Portanto, a pandemia, ao escancarar as deficiências do sistema federal brasileiro e intensificar as disputas em torno da interpretação vigente acerca das competências prestacionais do Estado, influencia também as decisões do Supremo Tribunal Federal que, em virtude de sua maior capilaridade nos sistemas social e político atualmente, age também em resposta às demandas jurídicas elaboradas pelos atores políticos e sociais. Isso se mostra evidente nas alterações jurisprudenciais elaboradas no período, pois, como posto por Habermas: “um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo

geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade” (HABERMAS, 2003, p. 128).

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE FEDERALISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE PRÉ-PANDEMIA.

O presente tópico se presta a analisar a jurisprudência do STF em matéria sanitária⁵, a fim de compará-la com as recentes decisões que garantiram a autonomia aos Estados no trato da pandemia, e possibilitar a identificação de possíveis mudanças no perfil do entendimento da Corte que poderão, ou não, se manter após a pandemia.

De início, será destacada a Representação por Inconstitucionalidade 919, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em face de lei do Estado do Paraná que tornava obrigatório o combate à febre aftosa em todo o território estadual. A principal arguição contra a lei era que a matéria de fiscalização de produtos sanitários já estava sendo regulada por lei federal, o que impediria a normatização do assunto pelos demais entes federados⁶.

O Ministro Relator, Bilac Pinto, ao proferir seu voto, já de início assentou a premissa de que, à luz da Constituição de 1967, vigente à época do julgamento, a competência da União para legislar sobre defesa e proteção da saúde “é competência que traz na sua outorga a própria limitação. Não vai além da emissão de normas gerais” (Supremo Tribunal Federal, 1977, p. 11). Nesse sentido, destacou que:

Quando a Constituição confere à União competência para estabelecer planos nacionais de saúde (art. 8º, XVII), dentre os quais se deve considerar inserido e de combate à febre aftosa, funda-se no pressuposto de que a implemen-

5 Todos os dados referentes ao caso estão disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

6 Veja que, nessa ação, à semelhança do que atualmente se discute no Supremo Tribunal Federal, também estava em jogo o conflito de competência legislativa entre a União e os Estados para dispor sobre o combate a doenças contagiantes.

tação de tais planos não será obra exclusiva da União, mas, ao contrário, que eles somente poderão ser desenvolvidos e realizados mediante a coordenação da ação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tais planos somente devem conter a definição dos objetivos a alcançar e das normas gerais de ação que deverão ser adotadas.

(...)

O combate à febre aftosa não é, e nem poderia ser, da competência exclusiva da União, o Ministério da Agricultura, que seria a agência federal encarregada de sua execução não tem, não poderá e não deverá ter quadros que sejam capazes de desenvolver sua ação em todo território nacional” (ibidem, p. 10-11).

É interessantíssima a solução formulada pelo Relator, pois limita a competência da União para legislar concorrentemente, estabelecendo que somente poderá instituir normas gerais que, por sua natureza, não exauram a matéria, possibilitando aos Estados a edição de leis que adequem a lei federal aos seus contextos específicos. Caso fosse decidido em sentido contrário, nas palavras do Relator, poderia se correr o risco de “eliminar a indispensável cooperação dos Estados no combate a essa virose” (ibidem, p. 13).⁷

Todavia, a linha de entendimento supracitada não constitui a regra, mas sim a exceção, no conjunto de casos que se traz no presente estudo, notadamente a partir do julgamento da Representação n.º 1153, no qual prevaleceu a posição do Ministro Moreira Alves pela inconstitucionalidade de lei do Rio Grande do Sul que restringia a comercialização e uso de agrotóxicos, uma vez que o Estado teria legislado em matéria de comércio e consumo, campo de competência legislativa privativa da União⁸.

7 A resolução desse caso se assemelha à proferida no julgamento da Representação n.º 863, que declarou a constitucionalidade de norma do Estado de São Paulo que dispunha sobre a regulação da produção e industrialização do trigo. O Tribunal, nessa ocasião, também entendeu que a lei estadual não ofendeu a competência da União para editar normas gerais em matéria de proteção e defesa da saúde.

8 A partir desse caso, foram diversos os julgados da Corte Suprema que adotaram a ratio da Representação n.º 1153, especialmente sob o aspecto de comércio e consumo

Nesse aspecto, é curioso notarmos que a temática da Representação n° 1153 era multidisciplinar, pois envolvia tanto o comércio e consumo dos produtos quanto à proteção da saúde pública. Todavia, ao invés de reconhecer que a matéria era, no mínimo, multifacetada, a Corte centrou a sua análise na competência privativa da União para legislar sobre produção e consumo de produtos, tema que pode ser reputado como lateral em relação à questão principal envolvida⁹, a fim de afastar a atuação dos entes menores.

Nossas conclusões convergem com as feitas por Abner Youssif Arabi, ao comentar o seguinte sobre as decisões do STF relativas à competência concorrente para legislar em matérias multidisciplinares, especialmente sobre a proteção do consumidor:

Seguindo essa linha, mesmo em circunstâncias em que o núcleo temático parece ser matéria sujeita à competência legislativa concorrente, parece-se preferir declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais, distritais ou municipais, invocando aspecto que, apesar de até integrar o rol de matérias privativamente sujeitas à competência da União, constituem questões meramente laterais ou secundárias do âmbito temática do ato normativo impugnado. É o que acontece com frequência em relação à proteção do consumidor. (ARABI, 2019, p. 46).

Para o autor, não haveria inconstitucionalidade em leis estaduais que, sem legislar em matéria que exija tratamento uniforme em todo território nacional, e sem desprezitar o núcleo básico estabelecido em normas federais, estabeleçam condições mais protetivas ao interesse público, especialmente se forem no sentido de maior concretização da dignidade da pessoa humanas. Todavia, na obra supracitada, se observa

de agrotóxicos e biocidas, cujos exemplos diretos são as Representações n.º 1150, 1242, 1246, 1435 e 1249 sobre a mesma temática. Ademais, como verdadeiro paradigma, a Representação n.º 1153 também foi adotada como precedente em diversos outros casos subsequentes que analisavam objetos diversos na temática da saúde pública.

9 Todavia, é preciso reconhecer a única exceção que encontramos em sentido contrário, no qual prevaleceu a competência dos entes menores para legislar sobre a matéria: RE 286789/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 08/04/2005.

que esse posicionamento não foi sequer considerado na maioria dos casos examinados¹⁰, com certas exceções que privilegiaram as tentativas de soluções regionais, especialmente quando se tratava de proteção do meio ambiente¹¹.

Outro exemplo interessante se deu na controvérsia referente à competência para editar restrições ao uso e cultivo de organismos transgênicos. Na ADI 3035, discutiu-se a inconstitucionalidade da lei paranaense que vedava o uso, cultivo, importação e comercialização de organismos geneticamente modificados. Ao julgar o caso, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, destacou que a lei estadual, no caso, substituíra, ao invés de suplementar, a legislação federal sobre o tema, e o mesmo raciocínio foi aplicado ao julgar precedente o mérito do pedido e das ações correlatas¹².

Todavia, na nossa pesquisa também foram identificadas algumas mudanças de posicionamento que privilegiaram as soluções legislativas locais, como ocorreu na declaração da constitucionalidade, nos autos da ADI 1278, da Lei catarinense n.º 1.179/1994, que dispunha sobre o beneficiamento do leite de cabra em território estadual, e na ADI 2875, na qual se declarou constitucional lei do Distrito Federal, que obrigava os médicos públicos e particulares a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele¹³. Também se destaca a decisão proferida nos

10 Em nossa pesquisa, identificamos um julgado que expressamente afastou a possibilidade de lei municipal estabelecer regras mais restritivas sobre questões de saúde: “É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional” (RE 596489 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJ de 20/11/2009).

11 Tais julgados excepcionais são positivamente encarados por Abhner Youssif como possíveis tendências descentralizadoras que começaram a se manifestar na Corte, a despeito de ainda não prevalecerem na maioria dos julgamentos.

12 ADIs 3054, 3645.

13 Outros casos que privilegiam a autonomia dos Estados foram os proferidos no julgamento da ADI 2730, que declarou a constitucionalidade de Lei catarinense 12.385/02, a qual determinava aos supermercados que concentrassem em um mesmo local os produtos elaborados sem a utilização de glúten, e na apreciação da ADI 5410, que declarou a constitucionalidade da Lei paulista 15.296/2014, apenas na parte em que estabelecia a obrigatoriedade da exibição, antes das sessões de cinemas no Estado, de

autos da ADI 4306, na qual foi reconhecida a constitucionalidade da Lei nº 5.517/2009, do Estado do Rio de Janeiro, que proibia o uso de produtos fumígenos em ambiente de uso coletivo:

Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 1).

Não obstante, as mudanças no perfil da Corte talvez sejam ainda mais notáveis quando se está a analisar a jurisprudência do Tribunal relativa às leis sobre o amianto na variante crisotila. A primeira ação nesse âmbito foi a ADI 2396, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso do Sul, que vedava a fabricação, o ingresso e a comercialização do amianto e produtos à sua base em todo o território estadual, uma vez que havia lei federal mais permissiva sobre o tema.

Nos demais casos que se seguiram, foi adotada exatamente a mesma linha de entendimento¹⁴, até que em 2008 a Corte negou referendo à liminar concedida nos autos da ADI 3937, ajuizada contra a Lei n.º 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proibia qualquer tipo de uso do amianto em território estadual. A partir dessa decisão, operou-se verdadeiro overruling sobre o tema, confirmado no julgamento conjunto, em 2017, de diversas ações sobre a questão, especialmente a ADPF 109, ocasião em que o Plenário do Supremo resolveu manter a mudança do seu posicionamento ao admitir que:

Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no exercício da competência que lhes são próprias, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie (Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 2)¹⁵.

filme publicitário esclarecendo as consequência do uso de drogas.

14 ADIs 2396, 2656 e 4066.

15 No mesmo sentido foram decididas as seguintes ADIs: 3470, 3356, 3357, 3937 e

Cumpre ressaltar, no entanto, que há uma particularidade no caso, pois uma das razões, senão a principal, pela qual o Tribunal decidiu, em 2017, favoravelmente aos Estados, foi a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, uma vez que a norma não mais seria compatível com o consenso científico mundial quanto à periculosidade da utilização do amianto, resultando na proteção insuficiente da saúde pública, a permitir Estados e Municípios legislarem sobre a matéria. Ou seja, a necessidade de descentralização das competências não foi, *prima facie*, o fio condutor da mudança.

A esse ponto, é preciso pontuar que há questões cuja complexidade exige maior ponderação, pois não se olvida que, a despeito de ser necessário descentralizar as competências comuns e concorrentes, existem temas que de fato exigem tratamento uniforme em todo o território nacional, seja por se referirem a questões de interesse nacional, seja pelo seu potencial de gerar disputas fiscais e comerciais entre os entes da Federação.

De qualquer forma, os casos aqui trabalhados expõem a linha centralizadora que estava sendo adotada, com raríssimas exceções, pela Suprema Corte em matéria de saúde pública. Essas conclusões já haviam sido registradas, sob outros ângulos, por eminentes pesquisadores sobre o federalismo na jurisprudência do Supremo. Tome-se como exemplo a pesquisa de doutorado de Andrea de Quadros Dantas, que, ao examinar 2.948 Ações Cíveis Originárias julgadas pela Corte no período de 05/10/1988 a 31/12/2019, assim concluiu:

Ao efetuar tal compartimentalização, é possível perceber duas tendências distintas na jurisprudência federalista do STF. Assim, sem refutar os estudos anteriores sobre o caráter centralista do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se afirmar que a jurisprudência do STF centraliza o federalismo brasileiro, seja reduzindo a autonomia constituinte dos Estados, seja alargando as competências legislativas da União. Por outro lado, ao decidir os conflitos diretos entre União e Estados, em sede de ACO, o STF promove um movimento de descentralização de recursos, revelando uma tendência centrífuga na jurisprudência da Corte.

Em outras palavras, conjugando os estudos já realizados sobre o tema com as conclusões retiradas da análise dos dados da presente pesquisa, é possível afirmar que a jurisprudência do STF promove um movimento dual sobre o federalismo brasileiro, na medida em que centraliza as competências legislativas nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas promove a descentralização de recursos quando instado a decidir o litígio direto entre União e Estados em sede de ACO. (DANTAS, 2020, p. 32).

Todavia, a necessidade de se garantir maior autonomia aos Estados está sendo paulatinamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que vem proferindo decisões carregadas de preocupações acerca da excessiva centralização do modelo federativo brasileiro. Assim, apesar de o estudo dos casos revelar que há, historicamente, forte tendência centralizadora presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca das competências legislativas concorrentes, identificamos centelhas federalistas que também foram percebidas por outros estudiosos do tema, mas sob outros ângulos.

Assim, novos ares de federalismo já estavam operando na Corte mesmo antes das recentes decisões descentralizadoras da pandemia que serão analisadas a seguir. A esse respeito, é elucidativa a conclusão de Bezerra Martins em tese de doutorado sobre o tema:

“Ao que tudo indica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demoradamente parece dar sinais de conhecer o federalismo brasileiro sob uma vertente mais cooperativa, participativa. Da discussão travada no caso do bloqueio dos sinais dos telefones celulares, para a validade da norma estadual em sede de competência concorrente, com os fundamentos ali apontados, denota que, apesar de o histórico de julgados ser absolutamente favorável à União, uma mudança lenta e gradual pode estar em marcha” (MARTINS, 2019, p. 186).

5. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE FEDERALISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE NA PANDEMIA.

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a proliferação do novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, pois já havia atingido 19 países à época dessa declaração. A despeito dos esforços internacionais para combater a disseminação do vírus, o contágio ocorreu com extrema rapidez, atingindo em poucas semanas vários países da América Latina.

O Ministério da saúde, atento à crise sanitária e econômico-financeira que se espreitava, especialmente a partir dos relatórios estatísticos produzidos por instituições científicas de renome, como o Imperial College, declarou a COVID-19 uma emergência de saúde pública de importância nacional, já em fevereiro daquele ano, e, no mesmo mês, o Congresso Nacional editou a Lei 13.979, que estabelece as medidas para o enfrentamento da pandemia¹⁶.

Seguiram-se diversas outras leis e atos administrativos direcionados à contenção da proliferação da doença, como o Decreto Legislativo 6/2020, que decretou o estado de calamidade pública, e os Decretos 10.282 e 10.292, que definem os serviços e atividades essenciais.

Em busca de certeza jurídica e estabilidade nesse momento excepcional, a Corte Suprema foi acionada para moderar os conflitos e conferir a compatibilidade das medidas e leis excepcionais com o texto Constitucional¹⁷.

16 A Lei nº 13.979/2020 dispõe sobre as medidas de combate a Pandemia em nível nacional, como pela dispensa de licitação para compra de “bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública” (art. 4º), ou pela determinação de medidas concretas para a contenção do vírus (“Para enfrentamento da emergência de saúde pública (...), as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; (...)”, entre outras (Brasil, 2020).

17 Até o momento, foram quase 7.902 processos recebidos e 9.691 decisões produzidas somente pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações relacionadas à COVID-19, segundo as informações fornecidas pelo Painel de Ações Covid-19 do site

A primeira dessas ações a ser julgada pelo Pretório Excelso foi a ADI 6341. A ação tinha como objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória nº 926/20, que alterou a Lei 13.979, atribuindo às autoridades, no âmbito de suas competências, a adoção de políticas de isolamento, quarentena, restrição do transporte por rodovias, portos e aeroportos. Não obstante, o acolhimento daquelas providências deveria resguardar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, as quais seriam dispostas, mediante decreto, pelo Presidente da República.

Na ocasião, buscou-se responder se os dispositivos alterados violariam a competência comum dos entes para cuidar da saúde, nos dizeres do art. 23, II, da CF/88, e/ou esvaziaram a responsabilidade atribuída aos entes para dirigirem o sistema único e executarem ações de vigilância sanitária (artigos 198, I e 200, II, CF/88).

A medida cautelar foi concedida parcialmente, por unanimidade, para afirmar que as providências adotadas pelo Governo Federal para o enfrentamento do coronavírus não afastam a competência concorrente, no âmbito normativo e administrativo, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ao final, deu-se, por maioria de votos, interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos essenciais” (Supremo Tribunal Federal, 2020).

Entendimento semelhante foi adotado na ADPF 672, proposta em face dos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal praticados no contexto da pandemia, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. No julgamento, o plenário acolheu o pedido referente à necessidade de salvaguarda da margem de atuação dos entes subnacionais para a delimitação das medidas sanitárias mais adequadas e eficazes para a proteção da saúde.

O Tribunal assentou a ausência de fundamentos constitucionais em qualquer iniciativa Poder Executivo federal que vise desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios, as quais

do STF, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/covid19/>.

demandam a fundamentação em orientações técnicas e o resguardo à locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal¹⁸. Outrossim, foi consignado que a responsabilidade dos entes subnacionais “não desonera a União do múnus de atuar como ente central do planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública” (Supremo Tribunal Federal, 2020).

A autonomia dos Estados e Municípios foi assegurada em maior medida no julgamento da ADI 6.343, eis que a Corte suspendeu, sem redução do texto, o art. 3º, VI, “b”, e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020. O primeiro dispositivo exigiu a recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para restrição excepcional e temporária da locomoção interestadual e intermunicipal. No segundo, foi disposto que o “ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre” as medidas de restrição de rodovias, portos e aeroportos (ibidem). Por fim, atribuiu aos “gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” a prerrogativa para adoção das hipóteses previstas nos incisos I, II, V, VI e VIII do caput do art. 3º (ibidem).

Assim, em nova defesa da autonomia dos entes subnacionais, a Suprema Corte (i) afastou a necessidade autorização da União ou obediência a determinações de órgãos federais para adoções de medidas de restrição à circulação de pessoas; e (ii) conferiu interpretação conforme para consignar que medidas previstas nos dispositivos devem ser fundamentadas em orientações dos órgãos técnicos correspondentes, “resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo” (ibidem).

Outra decisão que resguardou o campo de atuação dos entes menores foi a proferida na ADI 6362, a qual visava que fosse conferida interpretação conforme à Constituição ao inciso VII do art. 3º da Lei

18 Neste sentido, na STP 173/MA (rel. Ministro Presidente, DJE nº 90, divulgado em 15/04/2020), assentou-se inviável a implementação, por estado-membro, de barreira sanitária em aeroportos, dissociadas de ações coordenadas pela Anvisa. Na STP 299, foi impedido que o Estado da Bahia impusesse restrição à circulação de ônibus interestadual, sem prévia análise de informações estratégicas da área da saúde (rel. Ministro Presidente, DJE nº 135, divulgado em 29/05/2020).

13.979/2020, a fim de condicionar as requisições estaduais e municipais ao exame e autorização do Ministério da Saúde, bem como à prévia oitiva do atingido pela requisição, requisitos não previstos no diploma legal.

Ao decidir, o Ministro Ricardo Lewandowski, no que foi acompanhado à unanimidade pelo Plenário, votou pela improcedência do pedido, seja porque seria virtualmente inviável para a União a análise tempestiva das múltiplas situações emergenciais que ensejaram as requisições, ou porque a interpretação sugerida pela requerente, além de não estar contemplada na lei, acarretaria a retirada da autonomia dos governos locais para adotar as medidas necessárias ao combate à crise sanitária¹⁹.

Naqueles precedentes, mesmo não declarando a inconstitucionalidade de atos normativos, a Corte defendeu os pressupostos do federalismo cooperativo ao resguardar o direito de os Estados e Municípios decidirem sobre as medidas de políticas sanitárias para contenção do coronavírus, assegurando observância à partilha de competência na esfera sanitária conferida pela Constituição.

A controvérsia federativa também esteve presente na elaboração do Plano Nacional de Vacinação contra o coronavírus, com destaque para a ADI 6585, na qual o Partido Democrático Trabalhista requereu que fosse assegurada a competência dos Estados e Municípios para determinar a vacinação compulsória contra o vírus, independentemente do que decidisse o Ministério da Saúde. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal relembrou que o art. 3º da Lei 6.259/1975 incumbe ao Ministério da Saúde “a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório”, isso porque a complexidade da aplicação das vacinas demanda a elaboração de estratégias e regulamentações nacionais.

Após decidir que a obrigatoriedade das vacinas “não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativa” (Supremo Tribunal Federal, 2020), o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do

19 Confira-se trecho significativo do voto do Relator: “Observo, nessa esteira, que as requisições levadas a efeito pelos entes subnacionais não podem ser limitadas ou frustradas pela falta de consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de indevida invasão de competências que são comuns à União e aos entes federados, conforme já se viu acima, bem assim diante do risco de se revelarem ineficazes ou extemporâneas” (Supremo Tribunal Federal, 2020).

caso, articulou que embora fosse ideal que a coordenação da vacinação estivesse sendo executada pela União, não poderia ser negada a possibilidade de atuação pelas autoridades locais, “em especial na hipótese de omissão por parte do governo central” (ibidem)²⁰.

Em sentido semelhante decidiu o Ministro ao deferir pedido cautelar no julgamento conjunto da ADPF 770 e da ACO 3451, em face da suposta mora do Poder Público Federal na apresentação de um plano definitivo nacional de imunização, registro e acesso à vacina contra a COVID-19. Posteriormente referendada pelo Plenário, a liminar garantiu aos entes menores até mesmo importar e distribuir, em caráter excepcional e temporário, quaisquer materiais, medicamentos e vacinas contra a pandemia sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, nos termos do art. 3º da Lei 13.979/2020, entendimento que já havia sido esboçado, como reforço argumentativo, no julgamento da ação anterior.

Ocorre, no entanto, que, nos estritos termos da Lei 13.979/2020, essa medida somente poderia ser adotada pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa, por força dos parágrafos 7º, incisos I e IV, e 7º-A. Assim, o STF estendeu aos Estados, contra legem, a possibilidade de adoção de medidas que a Lei 13.979/2020 atribui apenas ao Governo Federal, como a imposição de vacinação obrigatória e a importação e distribuição de vacinas, desde que com respaldo na comunidade científica e nas agências sanitárias internacionais.

Ademais, ainda com o escopo da Lei 13.979/2020, o Presidente da República, em 18 de março de 2021, tomou a iniciativa de ajuizar a ADI 6764, pedindo a suspensão dos Decretos de n.º 41.874/2021, do Distrito Federal, e de n.º 20.233/2021, do Estado da Bahia. Além dos Decretos n.º 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul.

A ADI, que não foi assinada pelo Advogado Geral da União, foi rejeitada em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, que alegou a existência de vício insanável na forma da ausência de capaci-

20 Note-se que aqui, novamente, os Ministros externaram a preocupação com a omissão do Governo Federal no combate à pandemia.

dade postulatória do Presidente da República, requisito que não estava previsto no diploma legal.

Embora o caso não tenha sido discutido em plenário e nem posua grandes considerações na decisão monocrática publicada, nele residem dois fatores de interesse: as considerações da petição inicial e a divergência jurisprudencial.

Quanto ao primeiro, desconsiderando narrativas que não se englobam no escopo desse artigo, cabe notar alguns comentários expelidos sobre a percepção do executivo nacional acerca da repartição de competências entre os entes federados:

(...) é fora de dúvida que não há, em parte alguma da Lei nº 13.979/2020, previsão genérica que delegue competência a instâncias executivas locais para isso. Repita-se, esse diploma permite tão somente que decretos locais disponham sobre quais são as atividades essenciais a serem protegidas (artigo 3º, § 9º), mas não sobre quais atividades podem vir a ter seu funcionamento cessado por motivo de risco sanitário abstrato.

Cumprе lembrar que a referida lei, criada em tempos excepcionais, é a manifestação daquilo que dispõe a CF/88 em seu art. 24, onde estabelece as competências concorrentes entre Estados, Municípios e a União. Desse “condomínio legislativo” estabelecido, cabe à União a criação de normas gerais e aos demais entes criação de normas específicas aos seus respectivos territórios. Nesse sentido, o diploma legal traçou condições procedimentais (como a dispensa de licitação) e administrativas (como a adoção de medidas de isolamento) sob as quais os Estados não só poderiam como deveriam agir, dadas as circunstâncias específicas de cada ente federativo.

O próprio ajuizamento da ADI 6764 mostra uma reação do governo federal contra as medidas tomadas em nível local. Ao longo dela, algumas menções a um estado de defesa e de sítio são feitas, correlacionando-as com as prerrogativas próprias do Presidente da República. Em outros trechos, associam-se os decretos ao autoritarismo e fala-se que “a saúde deve ser tutelada em harmonia com a própria subsistência”. A

petição continua para alegar “malferimento direto ao artigo 24, inciso I e § 1º, da Constituição”.

A despeito de a inicial tecer considerações sobre a desproporcionalidade e inconstitucionalidade dos decretos adotados durante o regime da Lei nº 13.979/2020, fica evidente que a ADI, além de servir à narrativa do governo, surge em momento no qual as ações do governo federal entram em evidente descompasso com a dos demais entes federados²¹, situação que não se coaduna com o estabelecido no art. 24 e, por consequência, passa a ser a origem de novos conflitos no âmbito federativo, alguns dos quais abordados neste artigo.

Assim, é nesse contexto que vemos a decisão do Eg. Ministro, na qual este passa a adotar nova orientação na jurisprudência que vinha sendo consolidada no Tribunal. Ora, desde decisões que datam de 1992, não se considera necessária a assinatura de advogado para que qualquer dos entes legitimados no art. 103 da CF/88 possa impetrar ADI no Supremo Tribunal Federal. Vejamos, por exemplo, trecho do acórdão proferido na questão de ordem em medida cautelar na ADI 127:

O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (Supremo Tribunal Federal, 1992, p. 1).

21 Como é possível observar, por exemplo. Disponível: <[https://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-podcasts/prefeitos-e-governadores-sob-ameaca-ouca-no-estadao-noticias/;](https://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-podcasts/prefeitos-e-governadores-sob-ameaca-ouca-no-estadao-noticias/)> <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/relembre-brigas-e-polemicas-entre-bolsonaro-e-governadores,20f6059798e8f060673142eb8045b63djtwwzy2pm.html>>; Governadores excluídos de reunião criticam criação de comitê federal sem a participação de todos os estados - Jornal O Globo.>. Acesso em: 03 abr. 2021

O entendimento do Ministro, contudo, diverge do traçado anteriormente. Separa a legitimação do ente da capacidade postulatória, da qual não disporia o Presidente. Embora o escopo do artigo não seja argumentar em favor da jurisprudência anterior, a divergência jurisprudencial produzida pela decisão parece se dar antes em resposta ao teor da petição e ao momento da sua produção do que em razão de alguma divergência doutrinária. Novamente, observemos a parte final da decisão monocrática da ADI 6764:

Eis o consentâneo com a Constituição Federal de 1988. Conforme ressaltai no exame da medida acauteladora na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341, redator do acórdão ministro Luiz Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 13 de novembro de 2020, há um condomínio, integrado por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, voltado a cuidar da saúde e vassistência pública – artigo 23, inciso II.

Ante os ares democráticos vivenciados, imprópria, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao Presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros (Supremo Tribunal Federal, 2021, p. 3).

Além de corroborar a noção de um federalismo cooperativo na área da saúde, o voto traz à tona uma ideia subjacente a qualquer estado federal: a de que a existência de vários centros de poder pode, e deve, se contrapor a um ente central autoritário.

Portanto, em que pesem as considerações proferidas pelo Ministro sobre a capacidade postulatória em face de ADI, a decisão deixa de se engajar com as proposições feitas na petição em prol de uma abordagem tecnicista e que diverge da jurisprudência existente anteriormente. As considerações finais, contudo, se adequam com um entendimento que coloca os entes federativos em posição de necessária cooperação, cooperação esta que se acentua em tempos de uma crise sanitária.

É claro, os julgados aqui tratados fazem parte de uma jurisprudência da Corte que está tentando se adequar aos problemas concretos trazidope-

la pandemia²², mas nem por isso devem ser tratadas como pontos fora da curva e serem desconsideradas em futuros julgamentos envolvendo competências federativas, pois em momento algum a *ratio* descentralizadora das decisões foi colocada pelos Ministros do STF como excepcional e circunscrita aos tempos de crise, mas sim como decorrência lógica e necessária do federalismo cooperativo descrito no próprio Texto Constitucional.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica patente o alto grau de descentralização das decisões, ao ponto tal que os Estados podem até mesmo descumprir as normas gerais editadas pela União, desde que os atos locais sejam mais protetivos em relação à saúde pública. É o exemplo mais extremo da aplicação do princípio da predominância do interesse em todo o histórico de decisões da Corte, ao menos, certamente, em matéria de competências federativas para cuidar da saúde pública, quiçá em relação às demais competências comuns e concorrentes.

Notou-se, todavia, que a preocupação com a inércia ou mora do Governo Federal também foi um elemento presente tanto nessas decisões quanto em outras que envolviam os planos sanitários do Executivo Federal²³. Assim, resta saber se essa alteração de posicio-

22 Em levantamento publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, foi demonstrado que 83% das decisões do Supremo em temas que opõem governos federal e estadual foram julgadas a favor dos Estados. A matéria, intitulada “Crise federativa faz STF decidir em favor dos Estados”, também registrou, conforme também concluímos, a mudança de posicionamento do STF, que, antes da pandemia, frequentemente julgava a favor da União em matéria de competências federativas.

23 Tome-se, como exemplo, o julgamento da ADPF 754, no qual a Corte determinou ao Governo Federal que suprisse a lacuna presente no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação referente à ausência de discriminação da ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases da imunização, ou a decisão proferida na ADPF 709, que determinou ao Executivo Federal a elaboração de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, o qual já teve 4 versões rejeitadas por decisões monocráticas do Ministro Roberto Barroso. Cumpre lembrar, também, a tutela de urgência deferida pela Ministra Rosa Weber, nos autos das ACOs 3478, 3483, 3474 e 3475, que determinou à União o restabelecimento, de forma proporcional, dos leitos de UTI destinados ao tratamento da COVID em diversos Estados-membros.

namento será definitiva, e se influenciará nos futuros julgamentos da Corte que não tiverem relação com a pandemia ou mesmo com o atual Governo Federal.

No ponto, é interessante observar a avaliação de alguns Ministros da Corte sobre a questão. Ao falar no “I Congresso Digital Covid-19: Repercussões Jurídicas e Sociais da Pandemia”, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que o Supremo Tribunal Federal revalorizou o federalismo com as decisões aqui analisadas, pois esclareceu o papel coordenativo da da União e Estados e, ao mesmo tempo, demonstrou a importância de os prefeitos, os vereadores e os governadores, que estão mais próximos do povo, poderem tomar as medidas necessárias, cada qual no âmbito de suas competências regionais²⁴.

O Ministro Alexandre de Moraes, no mesmo esteio, defendeu que o Brasil já precisava, há tempos, descentralizar as competências federativas para melhor garantir a autonomia dos entes menores, mas essa necessidade se tornou ainda mais aparente em razão da crise, que expôs as falhas e as virtudes do nosso modelo federativo²⁵.

Em nosso ponto de vista, por mais que presentes outras motivações para a descentralização aqui verificada, o atual momento, embora tenha revelado os defeitos e vícios do modelo federativo atual, também apresentou a oportunidade de reestruturar o sistema a fim de torná-lo mais equilibrado e, com isso, mais efetivo. É sempre relevante destacar que a Constituição foi sábia ao atribuir aos entes menores a execução das políticas públicas, pois permitiu maior controle e participação da população nesse processo, uma vez que os representantes locais estão, ao menos em tese, mais próximos da população do que os representantes federais.

Assim, a pandemia revelou ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade da adoção de interpretações do texto constitucional que favoreçam os governos locais, especialmente se as decisões da pandemia

24 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448639>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

25 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SfAzLe0V8w8&t=186s>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

forem tomadas como verdadeiros precedentes para os demais conflitos de competências federativas, de forma a reequilibrar e revalorizar o papel dos entes menores, consolidando-os como autênticos laboratórios democrático-institucionais.

BIBLIOGRAFIA

AFFONSO, Rui de Britto Alvares. **Descentralização, desenvolvimento local e crise da federação no Brasil. Sede de la CEPAL en Santiago (Estudios e Investigaciones) 31396, Naciones Unidas Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).** 48p, 2000.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.** – (Série memória jurisprudencial).

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadoras.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação por Inconstitucionalidade 919** - Paraná. Relator: Ministro Bilac Pinto. Tribunal Pleno. Julgada em 01/06/1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263696>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Representação por Inconstitucionalidade 1153** - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Tribunal Pleno. Julgada em 16/05/1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263926>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3035** - Paraná. Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgada em 06/04/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363287>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1278** - Santa Catarina. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgada em 16/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461966>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2875** - Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgada em 04/06/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534977>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4306** - Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgada em 20/12/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752030324>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2396** - Distrito Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgada em 08/05/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937** - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Julgada em 24/08/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. _____ . **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 109** - Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgada em 30/11/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749050355>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341** - Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgada em 15/04/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343** - Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgada em 06/05/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Arguição de Descumprimento Fundamental 672** - Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgada em 13/10/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6362** - Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 02/09/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754607621>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6585** - Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17/12/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Arguição de descumprimento fundamental 770** - Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 24/02/2021. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Cível Originária 3451** - Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 24/02/2021. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275115>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6764** - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 24/02/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-governadores-bolsonaro.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CAPPELLI, Paulo / VIDON, FELIPE. Governadores excluídos de reunião criticam criação de comitê federal sem a participação de todos os estados - Jornal O Globo. O Globo, 24/03/2021 - 18:31 / Atualizado em 24/03/2021 - 19:31. Acesso em: 05/04/2021, 12:04.

DANTAS, Andrea de Quadros. **O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO**. Revista Direito GV, 16ª Ed., 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83264/79068>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?**. São Paulo: Lua Nova, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 abr. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000100013>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90, p. 245-251, 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296/69906>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. – (Série IDP).

GONZALES, Douglas Camarinha. **Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2011.

HÄBERLE, PETER. Hermenêutica Constitucional – **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol II.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MARTINS, Francisco Jório Bezerra. **O Federalismo Brasileiro Na Interpretação Do Supremo Tribunal Federal.** Tese de doutorado. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2019. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/uol/conteudosite/F86027120190923103831420706/Tese.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

NOMURA, Bruno / VASCONCELOS, Renato. Relembre brigas e polêmicas entre Bolsonaro e governadores (terra.com.br). Terra, 19 fev. de 2020. Acesso em: 05 abr. 2021.

PEREIRA, Fábio Franco. **A federação no constitucionalismo brasileiro.** Dissertação (Mestrado) – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **O federalismo e o direito à saúde na constituição federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no brasil.** Curitiba: Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 04, n° 49, 2017. pp. 304-330. DOI: 10.6084/m9.figshare.5632186

RECONDO, Felipe / WEBER, Luiz. Os Onze: **O STF, seus bastidores e suas crises**- 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RUBIRA, Bárbara. **Prefeitos e governadores sob ameaça; ouça no ‘Estadão Notícias’ (estadao.com.br)**. Estadão, 01 abr. de 2021. Acesso em: 04 de abril de 2021.

SARNEY, José. **O Supremo Tribunal Federal**: O ministro Gilmar Mendes deve ser apoiado, e não contestado. Se ele não mantiver a autoridade da Justiça, estamos perdidos. Folha de São Paulo, 7 set. 2008. Opinião. p. A3. Disponível em: Folha de S.Paulo - TENDÊNCIAS/DEBATES
José Sarney: O Supremo Tribunal Federal - 07/09/2008 (uol.com.br) - <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0709200808.htm>. Acesso em 05/04/2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Rev. Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. acesso em 01 abr. 2021. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>.

ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DE SENTENÇAS DE ROUBO E FURTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS¹

ANALYSIS OF THE VALUATION OF CULPABILITY AS A JUDICIAL CIRCUMSTANCE IN THE FIRST PHASE OF THE DOSIMETRY OF ROBBERY AND THEFT SENTENCES OF THE COURT OF JUSTICE OF THE FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES

Rogério Bontempo Cândido Gontijo²

Data de Submissão: 30/03/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: Este artigo corresponde ao relatório dos resultados de pesquisa de iniciação científica realizada entre agosto de 2019 e setembro de 2020, e que teve como foco a análise de sentenças penais condenatórias de roubo e furto, oriundas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), com publicação no ano de 2018. O trabalho se desenvolveu por meio de análise qualitativa das sentenças e se constituiu na coleta de dados relativos aos padrões argumentativos e de fundamentação empregados pelos juízes, quando da valo-

1 O presente artigo foi elaborado no âmbito da iniciação científica PIBIC/ProIC/2019-2020, com orientação da Profa. Dr. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende e participação das pesquisadoras Rebeca Brasil e Jana Carrilho. Sendo assim, o autor dedica a publicação deste artigo a elas, pela orientação primorosa, pelos debates e por todo o auxílio na coleta e análise dos dados que compuseram a pesquisa.

2 Graduando em Direito (UnB), membro do grupo de pesquisa Política Criminal (CEUB), do grupo de pesquisa e extensão do Grupo Candango de Criminologia-GCCrim (UnB) e do Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre a Pena e a Execução Penal-NPEPEP (USP).

ração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Neste trabalho, deu-se atenção especial à culpabilidade, de modo que os dados sobre esta circunstância foram confrontados com aspectos críticos das doutrinas de fixação da pena e com o resultado de outras duas pesquisas realizadas de forma semelhante. O contexto da aplicação da pena foi problematizado com auxílio da crítica dogmática e da criminologia crítica e concluiu-se, por fim, sobre a necessidade de uma individualização da pena-base mais rigorosa, vez que sua aplicação, hoje, dá-se de forma insegura e desparametrizada.

Palavras-chave: Teoria da pena; individualização da pena; circunstâncias judiciais; culpabilidade.

Abstract: This article corresponds to the results of research carried out between August 2019 and September 2020, which focused on the analysis of criminal convictions of theft and robbery, originating from the “Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios” (TJDFT), on the year of 2018. The work was developed through qualitative analysis of the sentences and constituted in the collection of data related to the argumentative and reasoning standards used by the judges, when they negatively valued the judicial circumstances of art. 59 of the Penal Code. In this work, special attention was given to culpability, so that the data on this circumstance were confronted with critical aspects of the penalty-setting doctrines and with the results of two other researches carried out in a similar way. The context of the application of the penalty was problematized with the help of dogmatic criticism and critical criminology and it was concluded, finally, about the need for a more rigorous individualization of the penalty, since its application today occurs in an insecure and unparameterized way.

Keywords: Penalty theory; individualization; judicial circumstances; culpability.

INTRODUÇÃO

Admitindo as contradições da dogmática penal e dos elementos legislativos que dão rumo à prática punitiva, o professor Salo de Carvalho indica que a “perspectiva novecentista de construção de um sistema jurídico (ou jurídico-penal), dotado de completude e de coerência, parece, pois, apenas refletir uma imagem romântica e desbotada, produzida por um modelo de ciência em crise” (CARVALHO, 2015, p. 301). Ele aponta ainda que o modelo de “harmonização” e de obtenção da “completude e coerência” do sistema jurídico-penal rumo à segurança jurídica, a partir da crise das teorias da pena, mostra-se desestabilizado, de modo que proliferam “lacunas e contradições” (CARVALHO, 2015, p. 301).

Dessa forma, fora da amarração sistemática de um saber penal crítico, sóbrio e consciente, a variabilidade semântica de alguns conceitos e a falta de coerência da prática jurisdicional podem dar vazão a toda forma de julgamento moral. Nesse sentido, quanto à culpabilidade - em especial aquela utilizada como medida da pena, isto é, como circunstância judicial - o que se vê é uma vastidão de possibilidades interpretativas dadas pela doutrina e expressas no dia-a-dia do Poder Judiciário. Aliás, não só a culpabilidade, mas todo o processo de dosimetria da pena no direito penal brasileiro se dá sem muita segurança jurídica, considerando a ampla liberdade na realização da fixação da pena, de uma forma praticamente subjetiva, pelo juiz.

Por essa razão, este trabalho parte da incômoda percepção de que o modelo de delimitação da pena-base utilizado hoje não propicia a devida segurança jurídica e a estrita proporcionalidade na aplicação dos conceitos delimitadores da pena. Assim, questionando o mito da neutralidade idealizada dos juízes e da Justiça, propõem-se investigar aqui os limites da dosimetria da pena, a fim de verificar se, a partir dela, pode-se entregar resultados consistentes e que não entrem em embate com os princípios constitucionais-penais, tais como o princípio da estrita legalidade.

Dessa maneira, este artigo apresenta os resultados de pesquisa realizada na modalidade de iniciação científica (PIBIC/ProIC/2019-2020), que se deu por meio da análise de sentenças, especificamente da parte referente à dosimetria da pena, com foco na argumentação e na fundamen-

tação realizadas por juízes, no momento de demarcação das penas-base. Partiu-se, assim, da análise de 598³ sentenças condenatórias⁴ de furto e roubo⁵, de varas criminais⁶ circunscritas sob a jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) do ano de 2018.

Após a leitura sistemática das sentenças, os dados colhidos foram transferidos para planilhas organizadas no formato de questionários, com auxílio da plataforma *Airtable*⁷. Com isso, foi possível identificar cada sentença pelo número do processo correspondente, delimitando - quanto à individualização - se a circunstância foi valorada positiva ou negativamente, quais os argumentos utilizados pelo juiz e outras especificidades relacionadas a cada uma das circunstâncias.

O objetivo, portanto, foi que se realizasse uma varredura qualitativa das sentenças, com foco nos aspectos discursivos mobilizados pelos juízes para fundamentar o aumento da pena-base. Dessa maneira, foi possível identificar quais as principais fundamentações utilizadas e quais são os entendimentos firmados por cada juiz sobre dada circunstância judicial. Nesse sentido, eventuais destaques quantitativos no decorrer do

3 O número total de sentenças analisadas foi dividido entre os pesquisadores do grupo, de modo que os dados obtidos ficaram disponíveis para todos. Assim, o acervo foi aumentado, sem que os pesquisadores ficassem sobrecarregados pela leitura.

4 As sentenças condenatórias foram obtidas por meio da ouvidoria do Tribunal, que disponibilizou uma lista de processos que atendiam às especificações solicitadas (furto e roubo, ano de 2018).

5 Estes tipos penais foram escolhidos pela sua expressividade nos índices de criminalização brasileiros (Infopen, 2020. Disponível em <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>).

6 Foram analisadas as sentenças das 1^a, 4^a e 8^a Varas Criminais de Brasília, 1^a e 4^a Varas Criminais de Ceilândia, 1^a Vara Criminal de Samambaia, 1^a Vara Criminal de Taguatinga, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Águas Claras, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Brazlândia, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de São Sebastião, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Riacho Fundo, Vara Criminal de Sobradinho, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Guará, Vara Criminal e do Tribunal do Júri do Recanto das Emas, Vara Criminal e do Tribunal do Júri de Santa Maria, 1^a Vara Criminal do Gama, 1^a Vara Criminal do Paranoá, 1^a Vara Criminal e 1^o Juizado Especial Criminal de Planaltina.

7 Não foi possível disponibilizar acesso às planilhas, haja vista a necessidade de uso de senha para realização do acesso. No entanto, para utilizar a plataforma, acessar: <<https://airtable.com/>>.

texto servirão apenas para destacar algum aspecto que se considere necessário para o entendimento das formulações referentes às informações qualitativas - que são o foco principal.

Apesar de ampla coleta e análise de todas as oito circunstâncias judiciais, para os fins deste artigo, o recorte selecionado para descrição e crítica será o da culpabilidade.

Ademais, vale apontar que o trabalho de coleta das informações foi realizado coletivamente pelos pesquisadores, de modo que a cada um foi atribuído um número de sentenças, o que possibilitou um maior acervo documental e, conseqüentemente, mais dados para o enriquecimento do projeto.

Com isso, o texto deste artigo que relata os resultados ficou assim dividido: uma primeira parte (I), na qual se descrevem as principais doutrinas sobre individualização da pena e inicia-se a problematização de alguns pontos relacionadas a ela; no segundo tópico (II), delimita-se a culpabilidade como circunstância judicial e introduz-se aspectos fundamentais para as conclusões aqui obtidas; em um terceiro momento (III), a problematização é feita por meio da crítica dogmática e da criminologia crítica, de modo a construir o cenário e introduzir as principais questões sobre a culpabilidade e a individualização da pena; após (IV), os dados coletados das sentenças são descritos e os seus pontos sensíveis são evidenciados para que, na comparação (V), o resultado de outras pesquisas semelhantes seja cotejado com o que fora destacado sobre as sentenças; por fim, com base no que foi exposto, nas observações finais (VI), as problematizações anteriores e as informações colhidas são contrapostas de forma conclusiva.

I - A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No direito penal brasileiro, o procedimento judicial de fixação da pena privativa de liberdade segue o sistema trifásico, de acordo com o modelo formulado por Nelson Hungria. Segundo esse sistema, a pena deve ser aplicada no decorrer de três fases: conforme o diploma legal, a determinação da pena-base, da pena provisória e da pena definitiva,

seguindo o disposto no artigo 68⁸, isto é, “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1984).

Adota-se também o “Sistema da Relativa Determinação”, vez que o legislador penal estabelece as penas a serem aplicadas em parâmetros mínimos e máximos (LUNARDI e REZENDE, 2018). A partir destes ditames, o juiz pode fixar, seguindo o princípio da individualização da pena⁹ (art. 5º, inciso XLVI, CF/88), discricionariamente - balizado pelos limites valorativos presentes na lei - a quantidade de pena privativa de liberdade (LUNARDI e REZENDE, 2018).

Assim, a individualização judicial da pena propicia a fixação, na sentença condenatória, da quantidade de tempo, da forma e da modalidade de cumprimento da pena. Essa formulação, que se fixa após o dispositivo na sentença, é a primeira etapa do procedimento de determinação da pena. Nela, o juiz, realiza a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em atenção as particularidades do caso concreto - considerando as razões necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime - e determina a quantidade inicial de pena (BOSCHI, 2011). O juiz deve, portanto, seguir os parâmetros do devido processo legal e apresentar adequada fundamentação, a fim de validar e demonstrar sua justa motivação na valoração dada às circunstâncias (BOSCHI, 2011, p. 156)¹⁰.

8 Há debates, inclusive, sobre a ordem sistemática dos critérios de aplicação da pena, haja vista que o art. 68, num movimento pobre da técnica legislativa, direciona o aplicador novamente até o art. 59, de modo que, seguindo a ordem do Código Penal, tem-se, primeiro, um artigo mais específico (59) e, depois, um mais genérico (68) que remete àquele seu antecessor, cuja função é regular o procedimento da fixação da pena-base (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1998, p. 829).

9 “A individualização da pena é um princípio-garantia do direito penal moderno [...] [orientado] na consideração do homem certo, e não do imaginário homem médio e na avaliação de todas as particularidades do caso concreto e não de qualquer caso [...]” (BOSCHI, 2011, p. 143-145).

10 “[...] a discricionariedade do juiz, ao fundamentar, coloca-se ‘(...) sempre em função da inexistência de uma regra, ou melhor, a regra existe, porém abre lacunas previamente estabelecidas, as quais, por absoluta impossibilidade de fixação dos referenciais semânticos, não se colocam na estrutura normativa, nem per relationem.’” (COUTI-

Com isso, segundo José Antônio Paganella Boschi, a pena-base

é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes (BOSCHI, 2011, p. 187).

Por ser o momento inicial da dosimetria, Salo de Carvalho (2015) ressalta a importância dessa primeira fase, haja vista os efeitos cumulativos negativos que dela decorrem, uma vez que não tenha sido bem definida e delimitada pelos juízes. Além disso, o fato de ser uma fase composta por termos genéricos e sem significado estanque na lei, e que, portanto, precisam ser valorados pelo juiz, faz com que a fixação da pena-base importe certo grau de insegurança na prática jurisdicional (CARVALHO, 2015).

No que concerne à observação do princípio da proporcionalidade e da própria ritualística proposta pelo sistema trifásico, a elaboração da pena-base não poderá estabelecer penas demasiadamente altas, visto que a pretensão é de que se concretize uma quantidade inicial de pena - sem que haja o esgotamento dos limites penais determinados e o cerceamento das possibilidades de aumento e de diminuição da segunda (pena intermediária) e da terceira (pena definitiva) fases. Dessa maneira, para que a proporcionalidade da pena seja efetivada, deve-se respeitar a lógica trifásica da dosimetria (CARVALHO, 2015).

Quanto às circunstâncias, no artigo 59, o legislador aponta que o juiz fixará a pena em consideração à *culpabilidade*, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à *personalidade do agente*, aos *motivos*, às *circunstâncias* (em sentido estrito) e *consequências* do crime, bem como ao *comportamento da vítima* (BRASIL, 1984). Dentre essas oito, há aquelas classificadas como circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) - isto é, relacionadas ao autor do fato - e outras tidas como objetivas (circunstâncias e consequências do crime,

NHO apud BOSCHI, 2011, p. 156).

bem como comportamento da vítima) - que dizem respeito ao fato delituoso (CARVALHO, 2015).

Assim, como se observa, as circunstâncias judiciais dão ao artigo 59 um formato normativo aberto, ou seja, marcado pela “inexistência de indicadores que informem como e quanto as circunstâncias operam na maximização ou minimização da quantidade de sanção a ser atribuída na pena-base” (CARVALHO, 2015, p. 328). Diante disso, é importante que as valorações desses elementos sejam feitas, como já dito, seguindo a estrita legalidade e a proporcionalidade, com atenção ao princípio do *ne bis in idem* e sempre de maneira *pro reo* - a despeito dos conceitos sem clareza de significados (CARVALHO, 2015; BATISTA, 2005; WARAT, 1994).

Outrossim, como também foi dito, as circunstâncias judiciais são conceitos normativos e, como tais, conforme Luiz Luisi (1987), precisam ser valoradas pelo juiz. “Não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor” (LUISE, 1987, p. 58). Por isso é importante investigar as colocações à luz de um saber penal redutor e que minimize a abertura conceitual de tais termos e de suas formulações. Nesse sentido, diz Hassemer:

[a] dogmática do Direito, do mesmo que a lei, contém e determina estruturas de relevância. Ela escolhe e põe de lado o irrelevante, ela reduz a complexidade, reduz o mercado de opiniões jurídicas e teoremas e canaliza a literatura jurídico-penal - não as exposições teóricas de teóricos e práticos, mas também as jurisprudenciais. Somente o que fica preso em suas redes pode ter influência na atividade decisória dos Tribunais penais (HASSEMER, 2005, p. 272).

Feitas as devidas explicações e delineações iniciais acerca do campo que será aqui analisado, pretende-se debruçar, de forma crítica e mais aprofundada, sobre aplicação da circunstância da culpabilidade. Assim, deseja-se compreender a extensão da plasticidade semântica dessa circunstância e anotar as problemáticas referentes aos significados adotados na sua aplicação judicial. Nesse âmbito, antes de seguir para as sentenças

propriamente, a culpabilidade será abordada mais profundamente, a partir da doutrina, e far-se-á uma problematização inicial sobre o tema, para que consigamos relacionar a imprecisão semântica do conceito com as formas de utilização.

II - ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A CULPABILIDADE

Conforme Lunardi e Rezende, na primeira fase da individualização da pena, a culpabilidade compõem “o grau de reprovabilidade da conduta”, devendo “ser considerada desfavoravelmente ao réu quando haja circunstâncias fáticas específicas que não são inerentes ao próprio tipo penal”, mas que o tornam “mais reprovável” (LUNARDI e REZENDE, 2018, p. 168-169). Já Cezar Roberto Bitencourt aponta que se examine a “censurabilidade” da conduta; ele indica que tal juízo de reprovação pode ser feito a partir do dolo do agente, conforme sua intensidade (BITENCOURT, 2017, p. 788).

Sobre essa valoração da culpabilidade como intensidade do dolo, Salo de Carvalho afirma que, após a reforma de 1984, ficou estabelecida a incorporação da teoria finalista à normativa brasileira, o que determinou que os elementos dolo e culpa fossem retirados do âmbito da culpabilidade (teoria psicológico-normativa) e fossem realocados na estrutura da teoria do delito para a tipicidade (CARVALHO, 2015).

Noutro ponto, Bitencourt lembra que a culpabilidade integrante das circunstâncias judiciais não é um “fundamento da pena, mas [...] limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade” (BITENCOURT, 2017, p. 788). Assim, fica evidente o equívoco em compreender que determinado réu “agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia” (BITENCOURT, 2017, p. 788). Bitencourt (2017) explica, então, que, nesse caso, a culpabilidade deve ser examinada juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, antes da condenação.

Outras produções mais críticas, como a do professor Juarez Cirino dos Santos (2005), fazem uma análise mais radical do tema. Segundo ele:

[a] culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição ao critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso (porque é reprovado). A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade (CIRINO DOS SANTOS, 2005, p. 109).

O professor conclui que a culpabilidade, por ser constitutiva do fato punível (juntamente com o tipo de injusto), “não é redutível a simples circunstância judicial [...], como o comportamento da vítima, de valor evidentemente inferior” (CIRINO DOS SANTOS, 2005, p. 111). Para Juarez, aquilo que é censurável é, como dito, a conduta delituosa (ou o fato punível), sendo composta pelo tipo de injusto e pela culpabilidade (CIRINO DOS SANTOS, 2005).

Já nas palavras de José Antonio Paganella Boschi, que expressa uma linha semelhante a de Cirino dos Santos, “[a] crise da culpabilidade decorre da dificuldade de demonstração no mundo empírico da base filosófica sobre a qual ela se assenta (o livre arbítrio)”, vez que o aplicador da lei sempre estará incapacitado para aferir a conformidade da conduta com o direito (BOSCHI, 2011, p. 164). Ele reflete ainda sobre a complexidade da mente humana e sobre as produções das ciências psi¹¹, concluindo que há “grande dificuldade em estabelecer uma linha divisória entre a sanidade e a insanidade mental”, bem como a (in)imputabilidade e a (in)capacidade dos indivíduos (BOSCHI, 2011, p. 165).

Além disso, Salo de Carvalho (2015), na tentativa de possibilitar barreiras mais efetivas ao poder punitivo, lembra que a (in)imputabilidade

11 Tais como a psiquiatria, a psicologia, a psicanálise e a neurociência.

de, um constituinte da culpabilidade, se expressa, por exemplo, na atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, CP), fazendo com que ela não possa ser avaliada na primeira fase em respeito ao princípio da especialidade. Contudo, ele aponta para a possibilidade de o operador da lei considerar “variações etárias limítrofes”, ou seja, pequenas variações superiores aos 21 anos que marcam o fim da menoridade relativa, amparado pela constatação de graus de imaturidade do acusado, o que admitiria valoração favorável ao réu (CARVALHO, 2015).

Ainda nesse sentido, Carvalho (2015) admite que o sofrimento psíquico também poderia ser um dado a ser levado em consideração na análise da responsabilidade (culpabilidade) do acusado, vez que pode ser determinante para a ocorrência de alterações de comportamento, bem como na potencial consciência da ilicitude do ato (constituinte da culpabilidade) que se comete.

Ademais, aprofundando-se no potencial conhecimento da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa, Carvalho afirma que saber o grau de compreensão dos indivíduos julgados é outro dado que faz diferença e traz mais concretude à análise da culpabilidade. Segundo o autor, o importante é não incorrer em reducionismos, já que cada um possui formas variadas de instrução e cognição do meio. Logo, baixa escolaridade não é sinônimo de não compreensão e “não há uma relação de causalidade entre instrução, escolaridade, profissão ou situação econômica e o (potencial) conhecimento de uma situação ilícita” (CARVALHO, 2015, p. 353). Mas, ao mesmo tempo, esses são dados que não devem ser ignorados pelo julgador, na medida em que podem ser determinantes para perceber, por exemplo, situações de vulnerabilidade (CARVALHO, 2015).

Sabendo disso, a percepção jurisdicional acerca da culpabilidade na individualização da pena deve ser sempre pautada em vínculos causais mínimos e nas particularidades da situação concreta em destaque (CARVALHO, 2015). Acrescenta, por fim, citando Soares:

“muito embora rechace criticamente a concepção de culpabilidade fundada no caráter ou na condução de vida do agente, em favor de uma culpabilidade pelo fato, a dogmática penal moderna brasileira [e estrangeira, acrescenta-se] não se desapega de considerar desfavoráveis determina-

das circunstâncias inteiramente pessoais do autor, nem procura questionar a razão pela qual estas possuem tamanha proeminência na graduação da resposta estatal por parte de juízes e tribunais” (SOARES apud CARVALHO, 2015, p. 354).

III - PROBLEMAS DOGMÁTICOS PENAIIS

É de conhecimento da comunidade acadêmica que “o poder punitivo é um fato político dotado de força irracional” e que, por conseguinte, “a contenção e filtragem do direito penal deve ser racional para compensar, até onde puder sua violência seletiva” (ZAFFARONI et alii., 2010, p. 25).

Logo, o Direito penal deve ser dotado de um saber cujo horizonte de projeção se delimite pelas normas que habilitam e limitam o poder punitivo e a administração das penas. O saber jurídico deve propor aos juízes, “mediante a interpretação das leis penais, [...] um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI et alii., 2011, pp. 38-40). Desse modo, a unicidade sistemática deve guia-lo na sua tarefa limitadora, tendo em vista sempre “o sentido, os compromissos, as consequências humanas e os custos sociais” (ZAFFARONI et alii, 2010, p. 25) de suas decisões. O direito penal deve ser, portanto, um emaranhado epistemológico que vise a sistemática contenção do poder de polícia do Estado, com foco, principalmente, na limitação de sua expressão mais concreta: a pena.

A dogmática jurídico-penal deveria proporcionar racionalidade e sistematicidade ao Direito penal, na medida em que exige conceitos “claros e bem delimitados” (WELZEL, 1974, p. 8). O Direito penal deveria ser, consequentemente, um marco para a proteção dos direitos fundamentais, em contraposição ao poder punitivo estatal, já que, além de limitar o poder, demarca o “controle” e a “segurança desses limites” (GIMBERNAT ORDEIG apud ANDRADE, 2012, p. 196). O que se observa, no entanto, é que, por vezes, impera um movimento de mera discursividade retórica e legitimante nas doutrinas e na jurisprudência de direito penal.

Vera Regina Pereira de Andrade afirma que, dentro de sua “função comunicacional racionalizadora”, a dogmática “dirige-se sobretudo à delimitação das fronteiras das decisões possíveis”, isto é, ao estabelecimento dos marcos “para uma prática punitiva racional e segura” (ANDRADE, 2012, p. 202-3)¹². Não obstante, ao se observar a realidade prática do Poder Judiciário, as pretensas racionalidade e segurança na aplicação das normas são questionadas, haja vista suas dificuldades de concretização.

Ademais, vale ressaltar que, para além do aspecto dogmático, na “produção do caso”, o juiz - por meio dos instrumentos advindos do saber penal - age como um comunicador. Nesse âmbito, ele se expressa oficialmente por meio de uma forma de linguagem, que é “regulada por meio de uma valoração daquilo que é informado” pelo processo (HASSEMER, 2005, p. 125-6). Com essa noção comunicacional do processo, verifica-se, sobretudo, um fenômeno de seleção que se dá por meio de percepções - psico e fisiológicas - do contexto que está sendo analisado. Assim, o juiz tende a vincular suas expectativas aos fatos que analisa, fenômeno este que não pode ser simplesmente suprimido, já que o julgador é, antes de um ocupante de uma posição institucional, um ser humano - com preconceitos e padrões morais (HASSEMER, 2005, pp. 128-9).

Para tanto, quando o magistrado é confrontado com um fato relevante e precisa decidir conforme a norma, aspectos de sua individualidade poderão extravasar e compor o ato comunicacional do julgamento. O que se pode fazer para que isso não “contamine” o julgamento é a formulação normativas que limitem o espaço de vazão dessas subjetividades comprometedoras da segurança jurídica do processo. A tarefa do direito penal, sabendo disso, é estabelecer esses mecanismos, a fim de conter as hipóteses de alargamento do espaço aberto das normas penais e, conseqüentemente, da urgência punitivista do juiz.

Em assim sendo, as normas do direito penal devem funcionar não como cenário para a livre expressão dos julgadores, mas como limitação

12 Andrade, não obstante a esse ideal apresentado acima, aponta as falhas da dogmática puramente técnica e abstrata, já que, apesar de ser um paradigma, trata-se de um modelo autorreferencial à norma e utilitário ao sistema, tão somente (ANDRADE, 2012, p. 201-2). Ainda assim, a função de delimitação de racionalidade está a cargo da teoria do delito e é um importante instrumento para estabelecer o limite do Direito penal.

do poder punitivo. Ainda que seja inevitável contrapor tal função limitadora ao fato de que o sistema enfrenta a dificuldade de estabelecer um nível mínimo de segurança nas suas decisões, vez que é formado por atores - cujas individualidades e subjetividades não são anuladas pela toga - que possuem pré-concepções de mundo. E, nesse sentido, as problemáticas acerca da valoração das circunstâncias judiciais encenam bem esse conflito entre limites e aberturas do saber e da prática penal.

Tendo feito essa primeira contextualização sobre a problemática da insegurança dogmática e da prática jurídico-penal, passemos, então, à individualização da pena.

Quanto a individualização, antes da reforma da parte geral de 1984, a redação do, agora revogado, art. 42 era a seguinte:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável.

Já a redação atual do art. 59 é, *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Diante de ambas as previsões, a impressão que fica é, como afirma Adriano Teixeira, que “o direito penal brasileiro ressent-se da ausência de uma discussão sistemática acerca do *conteúdo* da aplicação da pena”, de modo que existe uma “carência de teorias que busquem determinar quais são os *critérios legítimos*” para tal delimitação (TEIXEIRA, 2015, p. 31).

Além disso, com essa ausência de legitimação, é mais comum, no meio nacional, a “utilização de critérios subjetivos” (TEIXEIRA, 2015, p. 31), dado que procuramos observar e destacar nesta pesquisa.

Na mesma linha, Tatiana Stoco admite que “no processo de determinação da pena, predomina o que é possível denominar *subjetivação do Direito Penal*, cujas raízes parecem remontar à Escola Criminológica Positivista italiana e ao pensamento ressocializador” (STOCO, 2019, p. 21). A autora aponta que a aplicação da pena no Brasil se dá, em maior ou menor grau, à revelia do objetivismo e do foco nos bens jurídicos - bem como no injusto culpável - sendo guiada majoritariamente pelos “estados anímicos e condições subjetivas” dos indivíduos que estão sendo julgados (STOCO, 2019, p. 22). Aproximando sua lente da culpabilidade, ela afirma que, de acordo com a análise da doutrina e da jurisprudência, este é um conceito inserido no saber penal a partir da ideia de reprovabilidade do autor, ainda que essa reprovabilidade não seja um dado verificável ou possua conteúdo uniforme e certo (STOCO, 2019, p. 25).

Por conseguinte, esta problematização foi o pressuposto guia da análise qualitativa que se fez das sentenças, de modo que se buscou dar destaque às questões relacionadas à culpabilidade como circunstância judicial e à individualização da pena. Assim, sigamos às constatações obtidas.

IV - ANÁLISE DAS SENTENÇAS

Passando propriamente à análise das sentenças, o primeiro ponto a ser ressaltado é que, na maioria das decisões, o juiz deixou de valorar (ou realizou uma valoração positiva ou neutra) a culpabilidade. De um total de 598 sentenças, 80 (13,4%) tiveram a culpabilidade valorada negativamente. Outras 518 sentenças (86,6%) indicaram valorações positivas ou neutras. Para este trabalho, as sentenças mais significativas, isto é, que contém mais informações passíveis de cotejo e crítica, são aquelas cuja dosimetria apresentou valoração negativa da culpabilidade, razão pela qual serão estas as sentenças analisadas.

Inicialmente, verificamos que algumas sentenças, apesar de marcarem negativamente a culpabilidade dos réus, não trouxeram nenhuma fundamentação para tanto. Nesses casos, os juízes se limitaram a dizer

que havia “*culpabilidade evidenciada*”¹³, sem apresentar os motivos para tal valoração.

Observou-se também a presença de valorações que foram justificadas por meio de afirmações pautadas em padrões de moralidade ou aspectos do “caráter” do réu: “*agiu com culpabilidade exacerbada, tendo em vista que cumpria pena em regime semiaberto e prestava serviço no local da subtração. Assim, demonstrando total descaso com a medida, cometeu novo crime exatamente onde estava tendo chance de ressocialização*”¹⁴; e “*culpabilidade do réu se mostra acentuada, pois o crime ora apurado foi cometido enquanto cumpria pena definitiva perante o Juízo das Execuções [...]. Assim, concluo que a culpabilidade do autor, no caso em tela, foge àquela pertinente a espécie, pelo fato de demonstrar que este não se ateve ao propósito ressocializador da pena, preferindo voltar a delinquir, abusando, portanto, da confiança nele depositada pelo Estado-Juiz*”¹⁵. Vale dizer que, nos casos deste último exemplo, o juiz justificou o incremento de pena por meio de entendimento jurisprudencial¹⁶.

Ainda nessa linha, destacam-se outras valorações morais, tais como: “*a culpabilidade é acentuada e deve ser valorada desfavorável [...] revelando a extrema ousadia e destemor dos acusados, que esperaram estar o coletivo lotado para anunciar o assalto*”¹⁷.

Em outros casos, a narrativa descrita se relacionou à ocupação profissional do réu: “*a conduta extrapolou a reprovabilidade inerente ao tipo penal, pois o fato foi praticado contra um colega de trabalho e no horário de execução do ser-*

13 Processos n.ºs. 20170110565510, 20170110584390, 20180610008526.

14 N.ºs. 20180110207947.

15 N.ºs 20170210017086 e 20170210021118.

16 “*Quanto à possibilidade de incremento da pena-base por este motivo, colaciono jurisprudência relevante deste E. Tribunal: “Correta a avaliação negativa da culpabilidade se o réu comete o crime enquanto cumpria pena em regime aberto, diante da maior reprovabilidade da conduta.” grifei (Acórdão n.1007319, 20161610074203APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 23/03/2017, Publicado no DJE: 03/04/2017. Pág.: 171/182); “Justifica-se a análise desfavorável ao réu na primeira fase da dosimetria, quando o crime foi cometido durante o gozo de benefício concedido pelo Juízo de Execução, consistente em prisão domiciliar. Precedentes do STJ e da Corte.” grifei (Acórdão n.981480, 20150210045632APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: MARLA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/11/2016, Publicado no DJE: 23/11/2016. Pág.: 134-150) [...]”.*

17 N.º 20171210032523.

viço, o que denota maior reprovabilidade da conduta, razão pela qual exaspero a pena em 1/6”¹⁸. Semelhante foi o caso em que o juiz argumentou “que o acusado se aproveitou da condição de empregado da vítima para perpetrar a subtração”¹⁹.

Em umas das sentenças, verificou-se inclusive a afirmação de que a culpabilidade restava acentuada na medida em que o réu “agiu com elevada intensidade de dolo”²⁰.

Ademais, outras linhas discursivas como “conduta reprovável, denotativa de indiferença ao patrimônio da vítima, no intuito único da satisfação dos anseios de lucro fácil”²¹ indicam que o juiz igualmente se pautou no conteúdo ínsito ao tipo penal e em valores morais para proceder à análise da circunstância. Observou-se também que o juiz considerou a culpabilidade mais acentuada porque o bem furtado ou roubado “embora tenha sido apreendido, tem valor expressivo”²².

Em alguns casos, a culpabilidade fora valorada como “reprovabilidade” pela conduta - principalmente nos casos em que houve agressão: “não bastasse o acusado tê-lo constrangido a acompanhá-lo por alguns instantes em via pública, ainda efetuou um soco em sua região abdominal, tendo assim agido sem qualquer resistência da vítima, o que recrudescer a reprovabilidade do delito”²³. Também no caso em que se considerou a “ousadia do réu em deflagrar tiros no interior de um coletivo”²⁴, a culpabilidade foi entendida como reprovabilidade.

Outrossim, várias foram as ocorrências de exasperação da pena mediante o grifo de que réu utilizou faca ou arma de fogo - ou o crime fora cometido mediante concurso de agentes: “a culpabilidade do condenado, no crime analisado, deve ser valorada em seu desfavor, uma vez que o crime foi praticado por meio de utilização de uma faca”²⁵ e “verifica-se que pesa contra o réu duas majorantes, o uso de arma e o concurso de agentes. Diante disso, destaca-se o uso

18 N° 20181210012206.

19 N° 20161610004550.

20 N° 20150410074200.

21 N°s. 20140110103132, 20150111156622, 20150111157150, 20160110514137, 20160110678600, 20170110475683.

22 N° 20160110019444.

23 N°s. 20160310188016, 20170310169280.

24 N° 20170310119293.

25 N°s. 20180310042276, 20180310058437, 20180310069047, 20180310071202, 20180310088020, 20181210023749.

da arma de fogo para elevar a pena-base acima do mínimo legal²⁶. Nesses casos, a culpabilidade também teve sua valoração negativa relacionada a uma maior reprovabilidade da conduta do réu. Além disso, observamos que, no segundo exemplo, devido à presença de múltiplas causas de aumento, o uso de arma foi considerado para o aumento da pena-base.

O conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa também foram levados em consideração por alguns juízes no momento de exasperar a pena em função da culpabilidade: “o acusado agiu com culpabilidade, cuja conduta merece a reprovação social, dado seu pleno conhecimento da ilicitude do fato, sendo-lhe exigível comportamento diverso²⁷”.

Em outras situações, apesar de não falar em “maior reprovabilidade”, o juiz considera acentuada a culpabilidade em função de “ter sido empreendida humilhação” contra o réu, “agressividade desmedida” ou em função do modo de execução do delito: “acentuada a culpabilidade desse acusado, eis que submeteu as vítimas a uma situação de total humilhação, amarrando-as pelos pés, mãos, bem como as amordaçou²⁸”. Processos em que foi possível observar outras variações desse mesmo caso foram indicados na nota de rodapé correspondente ao exemplo.

Houve casos também em que a valoração negativa se pautou no fato de que o crime fora cometido durante regime aberto de cumprimento de pena ou prisão domiciliar: “a culpabilidade do réu, vista como juízo de reprovação da sua conduta, é exacerbada, haja vista que estava cumprindo pena em regime aberto quando da prática do delito” ou “haja vista que estava cumprindo pena em regime domiciliar quando da prática do delito²⁹”. Nestes casos, o juiz também fez inferências morais dizendo que, por terem sido os crimes cometidos nessas circunstâncias, isso evidenciaria “descaso para com o Judiciário e o seu descompromisso em se portar de acordo com as leis”. De maneira semelhante, no exemplo a seguir, o juiz valorou negativamente a culpabilidade (conside-

26 N.ºs. 20171510043389, 20171510047086, 20171510047109, 20171510050092.

27 N.ºs. 20180610010802, 20180610008526, 20180610011292, 20180610025046, 20180610025384, 20180610027324, 20180610027943, 20180610031132, 20180610034229, 20180610036708, 20180610036925, 20180610043895.

28 N.ºs. 20171610070705, 20180210009169, 20171510056429, 20181510004249.

29 N.ºs. 20161410032230, 20171410008188, 20181410006695, 20181410011498, 20181410021520, 20180110066919.

rada em alguns casos como “*elevadíssima*”) “*tendo em vista que o réu cometeu o crime quando estava em cumprimento de pena imposta em outra ação penal*”³⁰.

Assim sendo, esses foram os principais aspectos relevantes encontrados nas sentenças. Para um maior aprofundamento, esses resultados serão comparados, no tópico seguinte, a dois outras pesquisas de semelhante escopo.

V - COMPARAÇÃO

Como dito, a fim de demonstrar a veemência dos dados coletados, achamos por bem fazer referência a pesquisas cujos objetos e métodos de análise seguiram padrões semelhantes aos desta. Apesar de terem utilizado outro recorte de análise, essas pesquisas podem nos auxiliar na compreensão dos resultados, bem como mostrar as repetições e divergências entre os contextos investigados.

No trabalho “Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima” (Série “Pensando o Direito” n. 2/2009) - coordenado por Salo de Carvalho -, que investigou o procedimento de individualização da pena no direito penal brasileiro, foram encontradas informações próximas àquelas aqui evidenciadas. Os resultados indicam, por exemplo, uma predominância da dupla valoração de circunstâncias (*bis in idem*) - dupla valoração de elementares do tipo -, a utilização e construção de conceitos e narrativas morais para valorar negativamente o ato cometido ou o seu autor, além da consideração e avaliação da “*periculosidade*”, da “*habitualidade criminosa*”, etc. (CARVALHO, 2009, p. 32-5).

Especificamente quanto à culpabilidade, a pesquisa aponta para uma “confusão conceitual”. Nesse âmbito, observou-se onze pontos focais de valoração na análise da culpabilidade: “de *modus operandi* do delito, *iter criminis*, reprovabilidade intrínseca à conduta, coautoria, dolo, bem jurídico, fim econômico, expressividade da lesão, qualificadora do tipo imputado, grau de instrução e atividade profissional” (CARVALHO, 2009, p. 36).

30 N.ºs. 20180310053825, 20170310172046, 20180310025305, 20180310046012, 20180310053954, 20180310073458, 20180310078213, 20181010001762, 20180310082430.

Outro trabalho relevante é o de Vinícius Machado, intitulado “Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada”. Em sua pesquisa, objeto de sua dissertação de mestrado, o autor realiza uma investigação sobre a racionalidade na medida de individualização da pena no Direito penal brasileiro. Para tanto, ele parte da hipótese de que, por meio do princípio da individualização da pena, “o sistema penal encontrou um modo conveniente de distribuir sua violência, com a elaboração de um método de cálculo supostamente derivado da razão” (MACHADO, 2009, p. 14). Com a finalidade de investigar os contornos de sua hipótese, Machado analisou 440 condenações criminais, o que o levou a conclusão de que “[o] princípio da individualização da pena está desvirtuado”, principalmente quando relacionado ao princípio da humanidade das penas, vez que, sob aparente racionalidade, “[a] metodologia da dita individualização da pena transforma o ser humano em mero dado quantificado” (MACHADO, 2009, p. 133).

Quanto à circunstância judicial *culpabilidade*, Machado constatou que foi a circunstância mais aplicada nas sentenças que analisou, sendo o discurso de fundamentação frequentemente “mecânico e automático”, de modo que “o julgador prioriza a condenação formal, sem conseguir explicar a dinâmica do fato em julgamento” (MACHADO, 2009, pp. 91-2). Ele aponta também para o fato de que os juízes “dizem muito e explicam pouco” quando da valoração negativa da culpabilidade, quase sempre havendo fundamentação genérica ou mediante a utilização de termos inerentes ao tipo penal (MACHADO, 2009, pp. 92-3). E, nesse sentido, o autor alerta que, se “se propaga esse tipo de argumentação jurídica, naturaliza-se um modo camuflado, ainda que não intencional, de se legitimar a imposição irracional de castigo” (MACHADO, 2009, p. 94).

VI - OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS RESULTADOS

Como dito na problematização, os professores Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista lembram que o poder punitivo é estruturado irracionalmente, sendo regido por um viés político, o que propicia fluxos

crescentes de seletividade e racionalização de violências institucionais (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 165). Ante a seleção exercida pelo sistema, indivíduos vulneráveis podem ser mais reprovados e criminalizados conforme sejam mais marcados como marginalizados sociais (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166; ZAFFARONI, 2001). É seguindo essa dinâmica que o direito penal olha para a vulnerabilidade dos criminalizados: ele dá vazão a uma injusta distribuição sancionadora; isto é, permite que incida mais violência sobre aqueles cujas posições sociais estejam mais próximas ao epicentro da descarga punitiva (ZAFFARONI, 2001). Nesse sentido, a punição se concebe cíclica e propicia a criminalização retroalimentada de indivíduos específicos.

Os autores afirmam ainda ser “impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 65). Isto é, quando se pretende ciência jurídica, o direito penal deveria legitimar suas normas e suas instituições por meio de dados reais, verificáveis empiricamente. Ocorre que, “sob pretexto de preservar sua pureza jurídica e conjurar o risco do reducionismo”, o direito penal vem trabalhando com a “mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 66).

A idealização do campo penal reveste sua atuação de uma ilusão moralista. Pensa-se que o réu cometeu o crime em “descaso para com o Judiciário”, que ele é “ousado” ou que é “indiferente ao patrimônio da vítima”, ainda que não seja atribuição do Estado fazer esse tipo de juízo pautado na moralização dos indivíduos - principalmente quando isso leva a consequências penais. Além disso, por meio da utilização de conceitos abertos e da aceitação da amplitude semântica de termos como a culpabilidade aqui analisada, o sistema jurídico penal “não incorpora, como dado, as limitações do poder jurídico” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 71). Dessa maneira, as circunstâncias são utilizadas como sinônimo de valoração moral em um caso, como intensidade do dolo em um outro e como reprovabilidade em uma terceira sentença. Com efeito, a ilusão de racionalidade e igualdade penal permite que haja uma legitimação cega da punição que “contribui para a progressiva redução do próprio poder jurí-

dico” (ZAFFARONI et alii., 2011, p. 71) e das possibilidades de contenção dos padrões de perpetuação de desigualdade pelas vias jurisdicionais.

Assim, como proposição, o conceito de culpabilidade deve ser formulado em atenção aos próprios vícios do sistema, a fim de que ele tenha um papel redutor do âmbito punitivo. Conforme esse raciocínio, Zaffaroni e Nilo afirmam que a culpabilidade - aqui em sentido de elemento constitutivo do delito - “deve incorporar o dado da seletividade estrutural e buscar compensá-lo, reduzindo assim o vício político nele enraizado” (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166). Sendo assim, deve-se negar a incidência do conceito de culpabilidade no contexto de legitimação da pena, sendo preciso adotar um plano de redução do seu escopo semântico e de contenção das suas irracionalidades (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 166).

Com os resultados obtidos nesta pesquisa, reafirmamos ainda que a dinâmica jurisdicional no âmbito penal não privilegia as vulnerabilidades individuais enquanto informações relevantes para compreensão dos processos seletivos e de consolidação de desigualdades sociais que permeiam o sistema penal. Observou-se que, quando a técnica jurídica considera aspectos sensíveis do ponto de vista, por exemplo, da vida social dos réus, ela o faz, quase sempre, no sentido do endurecimento da resposta punitiva. Por conseguinte, se o Judiciário aceita e ratifica a praxe do recrudescimento da pena em função de o indivíduo ser egresso do sistema carcerário e legitima que, havendo múltiplas reincidências, estas poderão ser valoradas em duas, três ou quatro circunstâncias distintas, ele se mostra efetivamente destituído de sua suposta racionalidade - já que ignora, idealisticamente, os dados reais sobre reincidência, criminalização e marginalização social - e de sua pretensa função ressocializante.

Nesse sentido, Salo de Carvalho aponta ser “imprescindível a determinação de um vínculo mínimo (relação de causalidade ou influência)” entre a noção de culpabilidade “com o ilícito ou a relação com a maior ou menor exposição pessoal à incidência do controle social punitivo (culpabilidade pela vulnerabilidade)” (CARVALHO, 2015, p. 354).

Sobre a ausência ou débil fundamentação das valorações negativas - seja da culpabilidade ou qualquer outra circunstância ou elemento que imponha recrudescimento da pena, Maria Lúcia Karam afirma que a ausência dos requisitos de validade da sentença, como é o caso da fun-

damentação, importa na “declaração de sua nulidade, para que o ato, inadequadamente realizado, necessariamente seja substituído por outro e não simplesmente complementado” (KARAM, 2002, p. 26). No caos das sentenças acima destacadas, muito do que ali fora escrito como fundamentação poderia ser questionado mediante interposição de recurso, haja vista a insuficiência na demonstração da correlação entre fatos ensejadores e valoração das circunstâncias. Uma sentença cuja fundamentação seja vazia de sentido ou que não expresse as razões determinantes para uma dada pena, deve ser declarada nula, já que em pleno desrespeito ao princípio da estrita legalidade penal.

Ademais, Juarez Tavares indica que a multiplicidade de sentidos que guiam o conceito de culpabilidade possibilita a sua utilização conforme a linha política criminal que impera no contexto jurídico ou que interessar ao julgador do caso (TAVARES, 2020, p. 454). O autor reitera também não se tratar a culpabilidade de um juízo jurídico em sua totalidade, mas que ela vem sendo concebida como um conceito de conteúdo parcialmente ético (TAVARES, 2020, p. 454). Assim sendo, ainda que o autor esteja falando da culpabilidade como elemento do tipo, ter nítida a ideia de que esse conceito possui uma plasticidade semântica marcante é importante para que se consiga realizar uma individualização da pena-base despida de idealizações de neutralidade.

A despeito, porém, da insegurança conceitual da culpabilidade, ela ainda guarda um importante papel na redução e limitação da punibilidade - seja como elemento do delito ou como circunstância do art. 59³¹. Para tanto, contudo, ela deve ser pensada e valorada criticamente, a fim de que

31 Devemos recordar o importante “aspecto negativo” da culpabilidade, segundo o qual “nem a expressão do princípio de culpabilidade, nem a referência ao substrato da culpabilidade como categoria sistemática podem fornecer ao caso concreto um significado ou conteúdo a respeito do que seja graduável no âmbito da culpabilidade da aplicação da pena. O que esses conceitos podem oferecer é o limite a respeito de o que se pode atribuir ao autor com relação a determinado resultado, ou seja, indicar qual resultado já não pertencer à esfera da culpabilidade pessoal do autor, quando o que se entende por culpável não está presente, por que se está diante de uma causa de exclusão ou sob quais requisitos o autor não pode responder integralmente, pois se está diante de uma hipótese de diminuição da culpabilidade” (STOCO, 2019, p. 41).

sua funcionalidade limitadora do poder punitivo se sobreponha ao seu caráter legitimador.

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a culpabilidade deve ser pensada para que possa se contrapor às ilusões éticas da dogmática tradicional (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 163). E, nesse sentido, o Estado, não deve ser visto como um marco de racionalidade, mas como ente institucionalmente seletivo quando do exercício de seu poder de polícia. Dessa forma, tendo clareza sobre os mecanismos estruturais da punição, na iminência dos processos de seleção, a culpabilidade precisa ser concebida - dogmático e jurisdicionalmente - como fórmula de breagem desses abusos e da própria punitividade (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 163).

No trabalho de Tatiana Stoco (2019), sobre a culpabilidade como medida da pena, quando trata das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é possível observar a preponderância da ideia de que a culpabilidade se concretiza por meio de um juízo de reprovabilidade da conduta e do autor. Ela destaca, por exemplo, um dos julgados: “A culpabilidade, como medida de pena, nada mais é do que o maior ou o menor grau de reprovabilidade da conduta, justificada por meio de elementos concretos que, de fato, demonstrem merecer a conduta do recorrente maior reprovação (STJ, HC 203.434/CE)” (STOCO, 2019, p. 31). Com isso, a autora observa - e do mesmo modo ficou claro nos trechos das sentenças destacados acima - que aspectos do sujeito são marcantes na valoração da culpabilidade realizada pelo juiz - mesmo que haja uma “impossibilidade de apreensão do subjetivo [...], senão de forma arbitrária” (STOCO, 2019, p. 34).

Stoco aponta também para o fato de que a jurisprudência por vezes relaciona a culpabilidade na individualização com os elementos da culpabilidade, o que, segundo a autora, é redundante, já que esses elementos servem para atestar a presença de capacidade de culpabilidade, ou seja, como elemento fundamentador da condenação (STOCO, 2019, p. 35) e casos semelhantes a esses foram vistos nesta pesquisa. Olhando por outro lado, essa ocorrência indica uma institucionalização do vício valorativo judicial do bis in idem - que ocorre de diferentes formas. Como

destacamos na análise das sentenças, houve casos como os problematizados pela autora.

Essa informação ajuda a compreender o fenômeno de moralização dos sentenciados. Nesse sentido, verifica-se que, em diversos dos casos analisados, que o sujeito criminalizado e as circunstâncias (*lato sensu*) de sua conduta são vistos e transcritos para a sentença mediante narrativas que o deslocam de um “padrão moral” esperado pelos juízes. Observa-se que, quando da tomada de decisões, os julgadores não separam aquilo que possui relevância para a análise do direito penal, daquilo que é supostamente reprovável a partir do ponto de vista da boa conduta moral conforme um padrão de comportamento subjetivo ou institucional. É por isso que conceitos pautados na “reprovação” - e em outros mecanismos discursivos que se utilizem da moralização do réu (considerações sobre seu modo de vida, biografia, comportamento) - devem ser superados, uma vez que propiciam a continuidade das dinâmicas de seletividade e não se vinculam ao princípio da secularização (CARVALHO, 2015, p. 354).

Além disso, a reprovabilidade moral da conduta vai de encontro também aos princípios da igualdade e da dignidade humana, na medida em que não é permitido ao Estado sancionar penas contra o indivíduo cuja moralidade desvie daquela considerada “melhor” pelas instituições (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 165). Winfried Hassemer denuncia, em raciocínio semelhante, que a reprovação é um juízo que não pode ser sustentado, pelo fato de se pautar numa lógica prejudicial à defesa da autonomia moral individual inscrita no escopo do Estado Democrático de Direito (HASSEMER, 1999, p. 117).

Além do mais, o juízo de reprovação não pode ser considerado mera valoração normativa, já que toma como pressuposto a ideia de que o autor agiu contrariamente ao direito; em outras palavras, aquele que realiza o juízo se vincula às circunstâncias do autor antes de olhar para aquelas da ação culpável (TAVARES, 2020, p. 456). Essa vinculação faz com o que o juízo de culpabilidade não possa ser puramente normativo, vez que, para aferição da culpabilidade, elementos tanto do fato quando do autor deverão ser observados com a finalidade de demonstrar a reprovação (TAVARES, 2020, p. 457). A culpabilidade “não pode se afastar das

condições que foram já assinaladas para o fato como ato injusto (típico e antijurídico)” - e aqui entende-se que essa interpretação cabe também para a culpabilidade como critério de delimitação da pena-base. Portanto, é inadequado separar “fato e sujeito quando as qualidades da conduta são essenciais para a configuração do sujeito” (TAVARES, 2020, p. 459).

Com isso, a culpabilidade deve ter, então - como supramencionado - a função de contenção, por meio da qual se verificará se o sujeito que cometeu o injusto pode ser excluído da incidência de consequências jurídico-penais (TAVARES, 2020, p. 459). Logo, nessa lógica, na seara da dosimetria, a culpabilidade deve ter função de restrição da expansão da pena em concreto.

É, com isso, a fim de unir injusto e pena para cada caso, seguindo uma lógica de individualização, que o direito penal concebe a culpabilidade como elemento na aplicação da pena. Por meio dessa categoria normativa, joga-se luz ao indivíduo como “ser sendo”, isto é, como uma dinâmica conjuntural própria, e a pena é compatibilizada às especificidades do caso concreto (ZAFFARONI et alii., 2017, p. 160-1).

Aníbal Bruno, após o Código Penal de 1940 e sob influência estrangeira do conceito psicológico-normativo da culpabilidade, delimita que a culpabilidade “é reprovabilidade [...] que vem recair sobre o agente, porque a este cumpria conformar o seu comportamento com o imperativo da ordem de Direito [...] e porque realmente não o fez”, o que, segundo o autor aponta para uma contradição entre “vontade do sujeito e vontade da norma” (BRUNO, 1956, p. 413). Fazendo esse contraponto e tendo em vista as sentenças analisadas, compreendemos que a norma não deve impor sua vontade sobre os sujeitos sociais, já que isto não se sustenta sob a ótica democrática e pluralista da Constituição.

CONCLUSÃO FINAL

Por todo exposto, conclui-se que a abertura normativa da circunstância judicial analisada propicia uma incerteza e uma insegurança jurídica quando olhamos para a prática criminal jurisdicional de primeira instância.

Mediante os dados levantados, pôde-se constatar ausência de sistematização para a valoração da culpabilidade - que, conforme apresentado, possui diversos significados, a depender da interpretação e do enquadramento dado pelo juiz. Além disso, na miríade semântica do conceito, verificou-se a presença quase constante de valorações morais e inferências que não poderiam ser feitas em um contexto de racionalidade sistemática e que, não importam, ou não deveriam importar, para as instituições do Estado - principalmente quando do exercício de seu poder de polícia.

Dessa forma, os resultados apontam para uma dosimetria que não possui consistência operativa e que, portanto, não está apta a entregar medidas de pena condizentes com os princípios da igualdade, da legalidade e da proporcionalidade, por exemplo. Tudo isso reforça a tese dos professores Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, de que o poder de punir - aqui representado no recorte da primeira fase da atribuição da pena-base, na valoração negativa da culpabilidade - é efetivamente “um fato político dotado de força irracional” (ZAFFARONI et alii., 2010, p. 25) e que precisa ser constantemente controlado e limitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23 ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**, t. 2. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de [org.]. **Série Pensando o Direito: Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária.** Boletim dos Procuradores da República, Brasília, ano 5, n. 50, p. 24-26, jun. 2002.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal: técnica, prática e desenvolvimento de habilidades.** 2 ed. - Salvador: JusPodivm, 2018.

MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada.** Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WELZEL, Hans. **A dogmática no direito penal.** Tradução Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. São Paulo, Forense, n. 13/14, p. 7-12, 1974.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro, volume 2, tomo 2: teoria do delito: antijuridicidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

A PERSPECTIVA PARTICIPATIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA INTERATIVA E DIALOGAL

THE PARTICIPATORY PERSPECTIVE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: RESTORATIVE JUSTICE AS AN INTERACTIVE AND DIALOGICAL PROPOSAL

Vitória da Costa Caruso¹

Data de Submissão: 03/04/2021

Data de Aceite: 07/06/2021

Resumo: A crise da tradicional Justiça Retributiva fez surgir novas propostas para o Sistema de Justiça Criminal, dentre elas, a restaurativa. O objetivo da presente pesquisa é, por meio de uma revisão bibliográfica da literatura pertinente, analisar a Justiça Restaurativa e seus métodos de interação entre diferentes personagens engajados em um diálogo para a construção de uma justiça estável e participativa. Contudo, apesar de a Justiça Restaurativa surgir como um modelo de superação ao tradicional, ela não é ele completamente incompatível. Métodos e instrumentos restaurativos podem ser utilizados na prática de modelos com bases sancionatórias. Isso porque, além de o modelo restaurativo estar ainda em construção, é necessária uma alteração gradual da expectativa social frente ao delito. E é nessa toada que se desenvolve a experiência restaurativa no Brasil, também objeto de análise no presente artigo: a Justiça Restaurativa e seus princípios de dialeticidade e participação trazem

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-Graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – FESMPDFT. Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3513-6496>

uma nova concepção relacional para os atores do processo penal, ainda que incorporadas em Sistemas Sancionatórios estritos.

Palavras-chave: Sistemas de Justiça Criminal; Justiça Retributiva; Justiça Restaurativa.

Abstract: The crisis of the traditional Retributive Justice brought new proposals for the Criminal Justice System, among them, the Restorative Justice. The goal of this research is, through a bibliographic review of the pertinent literature, to analyze the Restorative Justice and its methods of interaction between different characters engaged in a dialogue for the construction of a stable and participatory justice. However, although Restorative Justice emerges as a model opposing to the traditional Justice, they are not completely incompatible. Restorative methods can be used in the practice of models with sanctionary bases. This is because, in addition to the restorative model being still under construction, there is a need for a gradual change in social expectation in the face of crime. And this is how the restorative experience develops in Brazil, which is also an object of analysis in this article: Restorative Justice and its principles of dialecticity and participation bring a new relational conception for the actors of the criminal process, even though incorporated strict Sanctioning Systems

Keywords: Criminal Justice Systems; Retributive Justice; Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe a discussão de modelos de justiça a partir de uma abordagem criminológica e de política criminal, sendo o percurso aqui estabelecido o da análise do modelo de Justiça Restaurativa. As deficiências dos Sistemas tradicionais de Justiça, aqui compreendidos os modelos retributivo e preventivo, tornaram-se evidentes após anos de experiência nos quais a sanção como resposta Estatal não obteve resultados positivos na pacificação social. Afinal, o modelo restaurativo é uma alternativa viável para o Sistema de Justiça Criminal?

A exposição, no que concerne à Justiça Restaurativa, é fracionada em uma concepção dogmática e doutrinária, a partir do estudo da bibliografia pertinente, e nas concretudes que esse modelo de Justiça tomou quando adotado no Brasil. A Justiça Restaurativa traz propostas disruptivas frente ao modelo clássico de Justiça sancionatória, sendo baseada no diálogo e na valorização da figura da vítima, que pode expor sua experiência particular de vitimização, seja ela direta ou indireta. Nesse modelo de Justiça, o agressor reconhece sua responsabilidade frente a vítima e a comunidade por meio de métodos restaurativos característicos, baseados no reconhecimento e respeito ao outro e no diálogo entre as partes envolvidas.

Os estudos acerca da Justiça Restaurativa são crescentes no cenário mundial, especialmente em decorrência da crise do modelo sancionador que defende o afastamento do agressor como forma de persecução de justiça. No Brasil, a Justiça Restaurativa já se mostrava presente desde o Projeto Jundiá em 1999, permeando o Projeto de Lei nº 7.006/06 e a Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça. Na prática forense, observa-se a adoção de métodos restaurativos em iniciativas dos Tribunais, dando-se especial destaque, na presente pesquisa, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

As propostas, em linhas gerais, são de integração de técnicas restaurativas ao atual modelo de Justiça Criminal, em especial a mediação ofensor-vítima e a valoração do possível resultado do encontro restaurativo na cominação da sentença e na execução da pena, sendo ressalvada a possibilidade de suspensão condicional do processo nos casos de crimes de menor potencial ofensivo. A experiência de comunhão de práticas

restaurativas com um modelo sancionatório mostra-se como um movimento natural e necessário para uma eventual transição entre modelos, mas merece ser analisada sob um olhar crítico dos princípios que guiam a prática restaurativa.

1. DA JUSTIÇA SANCIONATÓRIA À JUSTIÇA RESTAURATIVA

O desenvolvimento da Justiça Restaurativa bem se entende pela sua análise etimológica. O termo “restauração” é bastante representativo dos ideais desse modelo de justiça que envolve o reestabelecimento, no mais amplo grau e tanto quanto possível, da situação anterior ao dano, no que diz respeito à vítima. Tradicionalmente, as Teorias da Pena se distinguem em absolutas e relativas. As Teorias Absolutas entendem a pena como um fim em si mesmo, enquanto as Teorias Relativas enxergam na sanção penal um meio de prevenção pela intimidação da comunidade e do agente, além da reafirmação das normas de conduta. Ademais, a Teoria Mista ou Unificadora mescla elementos das duas teorias e defende a pena preventiva com justa retribuição (DE FIGUEIREDO, 2018).

Na Justiça Sancionatória², a pena é aquela sanção que “castiga”, sem necessariamente restaurar relações interpessoais (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). O objetivo da pena, em especial para a Teoria Unificadora, é duplamente facetado: a retribuição por meio de penas certas e proporcionais e a prevenção do cometimento de novos crimes, porquanto afasta o criminoso do convívio social e gera o temor à lei nos demais cidadãos. Contudo, a premissa da certeza da pena é relativizada frente a concessão de benefícios penais e do “número obscuro da criminalidade” (VIANELLO, 2012), ou seja, delitos jamais denunciados ou investigados que atestam o falimento da sanção em sua concepção tradicional, visto como um modelo discriminatório.

2 Termo aqui utilizado para se referir às Teorias Absolutas, Relativas e Unificadoras, tradicionalmente empregadas para a justificativa da sanção penal. É certo que, doutrinariamente, predomina a Teoria Unificadora da Pena, que baseia a pena em sua função retribucionista e preventiva.

O modelo sancionatório é ainda considerado falho na medida que o detento que cumpre sua pena e retorna à sociedade é marginalizado e frequentemente acaba por cometer novos crimes, não havendo combate eficaz à reincidência³. Assim, sob a batuta sancionadora, os índices de encarceramento crescem exponencialmente, há um custo excessivo e não são observados efeitos positivos na diminuição da criminalidade ou no tratamento dos apenados (LAGES; MACHADO, 2018).

Na concepção da Justiça Restaurativa, o conceito de delito ultrapassa a violação a uma norma jurídica, e abrange também uma violação a pessoas e a relações interpessoais. Por esse motivo, um sistema de justiça que se limite à punição do agressor é insuficiente (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Nesse sentido, o princípio basilar do modelo restaurativo de justiça é a reparação à vítima, acompanhada de exigências de ressocialização e acolhimento do ofensor. Nas conjecturas iniciais de consideração da vítima, ela passa a ser personagem merecedor de um reconhecimento por parte do Estado e ultrapassa sua típica passividade no processo penal.

Melchiorre Gioja, considerado um precursor da Escola Positivista⁴ italiana no que diz respeito à Justiça Restaurativa, formulou um modelo algébrico da reparação que consiste na resposta a três tipos de reveses: a destruição do bem, o sentimento de temor e insegurança e o “vexame” a que se expôs a vítima. Gioja desenvolve também uma noção ampla de vítima, compreendendo no *pretium doloris* a família do ofendido (GIOJA, 1859). Assim, na concepção positivista de Justiça Restaurativa, a mera repressão de um ilícito penal apartada de uma função reparativa não equivale a uma justiça de fato.

3 Pesquisa desenvolvida em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada a pedido do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf, constata que 24,4% dos presos no Brasil voltam a cometer crimes no período de 5 anos, compondo as taxas de reincidência.

4 Apesar de haver ocorrido nessa época a sistematização da Justiça Restaurativa, a aplicação do que hoje se entende por princípios restaurativos data da justiça ancestral dos aborígenes Maoris na Nova Zelândia, com a participação da comunidade, a realização de círculos, e a reparação do dano também em seus aspectos simbólicos e psicológicos.

Não há de se olvidar, contudo, que o conceito de Justiça restaurativa, tal qual desenvolvido pelos positivistas, possui certas fragilidades. Isso porque o conceito de reparação é frequentemente reduzido ao dano moral a ser pago à parte lesada, como um equivalente pecuniário mandatório (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Surge, então, uma nova concepção de restauração, passando a englobar tanto uma visão pecuniária quanto a correspondente a um “fazer”, mas com uma metodologia ainda limitada (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Gradativamente, desenvolveram-se as técnicas e passou-se a apresentar a Justiça Restaurativa como alternativa – ainda em construção – ao controverso Sistema Sancionatório.

1.1. As definições

Por se tratar de uma proposta em constante desenvolvimento, são muitas as definições que podem ser dadas à Justiça Restaurativa. Prevalence, contudo, ser a justiça restaurativa um processo que envolve as partes na busca por uma solução coletiva ao conflito (MARSHALL, 1999). Para um mapeamento das variações teóricas da definição de Justiça Restaurativa, apresenta-se pertinente a técnica utilizada por Mannozi e Lodigiani de separação do conceito em quatro categorias: definição centrada na vítima, na comunidade, nas modalidades de reparação e, por fim, a definição holística (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

A valorização da vítima é, como já exposto, elemento de relevo no paradigma restaurativo. Contudo, é falaciosa a conclusão de que o melhor para a vítima é o afastamento do agressor, desconectado dos princípios de mediação penal, do diálogo e da efetiva restauração. A definição de Justiça Restaurativa que melhor se posiciona na perspectiva orientada à vítima é aquela em que se procura curar o mal decorrente do crime. Nesse sentido, é superada a concepção do delito como mera “violação a uma norma jurídica vigente” passando a ser entendido como um ato complexo e de múltiplos efeitos e prejuízos no nível ofensor-vítima.

Na esfera comunitária, a Justiça Restaurativa determina que toda a sociedade é vítima do delito, mas, simultaneamente, posiciona-se como responsável pelo agressor, seja no cumprimento da pena, seja na ressocialização pós-cárcere. Isso porque uma justiça socialmente dirigida à

comunidade torna possível uma noção ampla de reparação: seja à vítima primária, quanto à secundária e ao agressor. O ideário da Justiça Reparativa é aqui tratado como ferramenta de restauração das relações sociais, consolidando o interesse social na resolução do conflito e na busca da chamada “justiça relacional” (BURNSIDE; BAKER, 1994).

Sob o prisma das modalidades de reparação, não se pode cogitar de aplicações ou prescrições gerais. A individualidade e as particularidades de cada caso devem, portanto, ser especialmente consideradas. Há, nesse sentido, uma especial dificuldade da intervenção restaurativa em delitos com vítimas difusas ou sem vítima definível, como por exemplo nos crimes de tráfico de drogas, pichação ou crimes ambientais. Nesses casos, o trabalho restaurativo é focado no diálogo comunitário, ocasião em que o réu reconhece que sua conduta produziu consequências sociais, ainda que não possa ser individualizada a vítima.

Por fim, a definição holística de Justiça Restaurativa incorpora elementos presentes nas três definições anteriores e, por essa razão, caracteriza-se como a mais ampla concepção restaurativa. Nesse sentido, são precisas as elucubrações de Howard Zehr que trata da Justiça Restaurativa como o mútuo envolvimento de vítima, agressor e comunidade em direção ao objetivo comum de reparação de danos, reconciliação e promoção do sentimento coletivo de segurança. Zehr estabelece ainda que, no âmbito holístico, são três os pilares do modelo: (a) consideração do dano e das necessidades da vítima, (b) reconhecimento do próprio agressor de sua responsabilidade que deságua na obrigação de reparar e (c) envolvimento mútuo de todas as partes afetadas pelo delito (ZEHR, 1991).

A definição de um modelo de justiça como restaurativo a partir da concepção holística, envolve um juízo do resultado bem como dos métodos de restauração aplicados ao processo:

Se nós temos uma conferência na qual todas as partes com algum envolvimento na ofensa tem uma participação igualmente ativa na decisão de ferver o ofensor em óleo e criticar a vítima por trazer o risco a ela mesma, pelos resultados não iríamos dizer que a conferência foi restaurativa. Inversamente, se um juiz dá uma ordem não punitiva que ajuda tanto a vítima quanto o ofensor a terem suas vidas de volta mas se recusa a ouvir manifestações das

partes de que esse não é o tipo de ajuda que eles querem, por razões processuais nós ficaríamos relutantes em chamar isso de restaurativo. (BRAITHWAITE, 2000, p. 435)⁵

A definição holística da Justiça Restaurativa é, portanto, a definição com caráter mais global. Compreende a voz da vítima primária, além de considerar as vítimas secundárias e as particularidades de cada caso. Dirige a atenção não apenas aos métodos restaurativos mas também aos resultados deles advindos.

A Justiça Restaurativa concretiza um modelo mais democrático quando analisado sob a perspectiva da deliberação participativa. Isso porque confere um maior grau de acessibilidade às partes, de comunicação entre os participantes e de influência nas decisões tomadas, quando comparado com o modelo tradicional da Justiça (TIVERON, 2013). Por essa razão, a Justiça Restaurativa representa uma nova abordagem da Justiça Criminal em termos de elevação dos níveis democráticos que simbolizariam, na prática, uma pacificação mais perene do conflito, não necessariamente de antagonismo e embate entre as partes com a resultante exclusão e punição do agressor, mas apresentando um arcabouço metodológico alternativo.

1.2. Métodos restaurativos

A adoção de um modelo restaurativo é gradual e envolve uma pluralidade de métodos a serem selecionados de acordo com as particularidades casuísticas, mas sempre com atenção aos parâmetros restaurativos gerais. Nesse sentido, são duas as modalidades de reparação aqui analisadas: a reparação material e a simbólica. É necessário ressaltar que as modalidades podem ser sobrepostas de maneira mais ou menos ampla de forma que uma reparação simbólica, como a prestação de serviços, envolva também alguma prestação material e vice-versa.

A reparação material é conectada fundamentalmente à indenização e é comumente condicionada a uma ação cível, na qual discute-se o ressarcimento do dano decorrente do delito, avaliando as perdas eco-

5 Tradução própria.

nômicas, o sofrimento e os danos psicológicos. Contudo, ainda que o ressarcimento material seja uma evolução frente ao usual papel passivo da vítima, não pode ser classificado como uma justiça estável tal qual proposta pelo modelo restaurativo (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Há casos em que a restituição material é fundamental para o estabelecimento da justiça e há casos em que essa restituição é dispensável. No entanto, em nenhuma situação o ressarcimento material poderá ser a única ferramenta utilizada na persecução de justiça penal sob a perspectiva restaurativa (WALKER, 2006).

No contexto da vitimização, a dimensão material não engloba completamente a moral. Essa equivalência entre sofrimento e pecúnia é classificada doutrinariamente como “pacificação arbitrária” (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Assim, para que a reparação material seja adequada ao contexto restaurativo em sua finalidade de estabilização entre as partes, o pagamento pecuniário deve se inscrever em uma narrativa de justiça na qual participem ativamente vítimas, diretas ou indiretas, agressor e comunidade.

A segunda modalidade de reparação aqui analisada é a simbólica, tida como um reconhecimento dos efeitos da conduta por parte do agressor em um processo dialógico que objetiva o reestabelecimento da ligação social entre as partes. Alguns métodos de reparação simbólica são: pedido de desculpas formais, estabelecimento de regras para a convivência ou ainda realização de atividades comunitárias, como serviços sociais ou culturais. Esses métodos se dirigem no sentido do reconhecimento do outro e de imposição de encargos que busquem reestabelecer o contato sadio entre participantes comunitários (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

A forma mais típica de reparação simbólica é o pedido formal de desculpas. Tal pedido é inserido em um modelo amplo que envolve também a reparação material ou até mesmo a restituição em sentido estrito. O pedido de desculpas é, em grande medida, um fruto relacional e, por esse motivo, foi inserido no âmbito da reparação simbólica como um instrumento de maturação do diálogo. O agressor reconhece a sua responsabilidade pelo dano causado à vítima, que possui o importante papel de

ouvir o ofensor, inserindo-se no processo restaurativo com a faculdade de aceitar ou recusar as desculpas (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

1.2.1. Instrumentos da prática restaurativa: mediação, círculos restaurativos e conferencing

Mediação, círculos restaurativos e *conferencing* compõem as chamadas “práticas primárias” da restauração que se desdobram em muitas outras, como restituição financeira, serviço comunitário e restituição à vítima. Essas práticas se desenvolveram de forma autônoma, antes mesmo de serem classificadas como restaurativas, mas se influenciaram mutuamente (SULLIVAN; TIFFT, 2007). Passa-se, então, à análise de cada uma das práticas primárias.

1.2.1.1. Mediação

A mediação, inicialmente, se confundia com a própria Justiça Restaurativa (SULLIVAN; TIFFT, 2007). Esse método pode ser definido como um espaço no qual as partes são livres para falar e serem ouvidas, em um processo facilitado por um mediador. O papel do mediador aqui é de grande relevância e deve compreender o encorajamento de um “ato linguístico” em que vítima e ofensor se comuniquem e se confrontem de forma construtiva sem amplificar ou perpetuar o conflito (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). A mediação humanista é a configuração utilizada no modelo de Justiça Restaurativa e possui esse nome em razão de seu foco subjetivo, colocando ao centro a pessoa, seus valores e individualidades. É, portanto, um “percurso dialógico” guiado em direção à pacificação social e que pode ser desenvolvido na modalidade direta ou indireta (UMBREIT, 1998).

A mediação indireta, ou *shuttle mediation*, é aquela em que não há previsão de um contato face a face entre vítima e ofensor. É um modelo usado majoritariamente para estabelecer um valor pecuniário de ressarcimento, mas pode ser também uma alternativa para os casos de delitos graves, em que há tamanha disparidade de poder entre as partes que o encontro pode

ter consequências imprevisíveis e negativas, sendo os exemplos mais emblemáticos os casos de violência doméstica e de abuso de menores.

A proposta mais comum de mediação, no entanto, é a direta, em que o contato entre as partes envolvidas no conflito é franco. É uma chamada às partes para um diálogo, conduzido pelo mediador que pode, frente a um juízo de conveniência, promover inicialmente sessões privadas com cada parte antes de realizar a mediação “face a face” entre ofensor e vítima (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

Após a mediação, é possível, ainda que não seja obrigatório, que o resultado seja “processualizável”, isto é, possa ser utilizado pelo juiz no processo, seja como medida de aplicação da pena, seja como elemento para a concessão de benefícios penitenciários. Para tanto, é importante assegurar que os direitos subjetivos das partes que voluntariamente⁶ se submeteram à mediação sejam respeitados: confidencialidade das declarações da vítima e garantia de que o que foi dito pelo ofensor não será utilizado a seu desfavor no processo. Igualmente, é uma faculdade do magistrado decidir se e em que medida os resultados da mediação poderão ser aproveitados (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

1.2.1.2. Círculos restaurativos

Os círculos restaurativos, tratados como outra forma de promoção do diálogo, possuem como característica principal a eliminação do encontro opositivo entre as partes. Para tanto, todos são dispostos, também fisicamente, em posição de igualdade. Os participantes se posicionam em círculo, compartilham suas experiências e podem “reviver dialogicamente o trauma” num processo de encontro com pessoas que tiveram o mesmo tipo de experiência e outros membros da comunidade que exprimem também seus anseios, tudo com o auxílio de um facilitador (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017).

6 A livre manifestação e escolha das partes é um princípio muito caro à Justiça Restaurativa e caracteriza a gestão relacional do conflito e de suas consequências. A liberdade das partes é tamanha que aqui se fala de uma opção de não se relacionar com a outra parte. A justiça restaurativa é, essencialmente, um processo voluntário.

Para a realização de um círculo restaurativo são fatores de interesse: a presença física dos sujeitos, a participação no diálogo⁷, o foco em um objetivo comum e o compartilhamento de emoções. A posição circular é de especial relevância para transmitir o ideal de paridade e, por esse motivo, o facilitador também fica no círculo e orienta o diálogo interpessoal para um processo atento às necessidades da vítima. O processo restaurativo afeta, assim, todos os membros do círculo, porquanto considerados partes da comunidade vitimizada, e também o próprio agressor (DA FONSECA ROSENBLATTI, 2014).

A realização de um círculo restaurativo é um percurso que passa pelas fases de criação de uma atmosfera de segurança em um espaço protegido, de comunicação entre os participantes com o consequente aprendizado mútuo, da narrativa do conflito transcorrido e dos sentimentos envolvidos e, por fim, da identificação de pontos comuns e conclusão do diálogo e do círculo (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). A mera vontade de participar de um círculo restaurativo demonstra uma vontade latente pela busca de uma solução não violenta para o conflito e já é encarada como um grande êxito do modelo restaurativo.

1.2.1.3. Conferencing

A prática de *conferencing* na Justiça Restaurativa se assemelha, em alguns níveis, à mediação, mas em um âmbito subjetivamente alargado, porquanto admite uma maior gama de participantes: familiares, pessoas psicologicamente afetadas, vítimas indiretas, prestadores de serviços sociais, entre outros. É também um método voltado ao agressor, de suporte para admissão de sua responsabilidade e de todas as consequências que se desdobraram do delito⁸.

7 Como todos os métodos restaurativos, os círculos são de participação voluntária e a manifestação deve acontecer na medida em que o participante estiver confortável para tanto.

8 O processo de assunção de responsabilidades pelo dano causado, ou *accountability*, é a principal manifestação do agressor no processo restaurativo de justiça. É um caminho lógico e fundamental por compor a base para segurança da vítima e retroalimentar o conceito de justiça comunitária.

A partir desse percurso proposto pelo *conferencing*, o agressor pode também assumir compromissos, sejam eles de ressarcimento, sejam de submissão a determinada sanção (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). A modalidade mais comum de *conferencing* é o *Family Group Conferencing* (FGC), que objetiva a participação ativa da comunidade na busca pela solução do conflito. A vítima primária pode escolher participar ou não do FGC (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017) e não é incomum que tenha seu espaço de fala compartilhado com os demais sujeitos do *conferencing*.

O FGC foi um método concebido de modo a ser perfeitamente compatível com o modelo de Justiça Sancionatória, e pode ser aplicado sempre que as características do conflito e das partes permitirem. O resultado do *conferencing* deve ser, nesses casos, submetido à homologação judicial e, em caso de descumprimento do acordado no FGC, o magistrado pode definir a realização de um novo acordo (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). Há de se ressaltar que, apesar da compatibilidade do *conferencing* com o modelo sancionatório, esse é ainda classificado como um método restaurativo, na medida em que privilegia o diálogo e a expressão de sentimentos e traumas decorrentes do delito, focado nas vítimas, ainda que indiretas.

1.3. O encontro com o Sistema sancionatório

Quando princípios e métodos da Justiça Restaurativa conseguem obter espaço também no segmento estritamente sancionatório, acabam por introduzir elementos e modelos conceituais aptos a promover um repensamento da lógica punitiva. (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017, p. 317)⁹

A nova construção paradigmática proposta pela Justiça Restaurativa encontra, especialmente no Brasil, uma dificuldade de implementação em razão das experiências pontuais e impossibilidade de reconstrução repentina do Sistema de Justiça Criminal em seus preceitos mais basilares. Ademais, a resposta social a uma brusca alteração de valores tende a não ser positiva porquanto o ideário social é o da satisfação por meio do castigo

9 Tradução própria.

do outro (SUXBERGER; SANTOS, 2016). Contudo, essa resistência não impede que métodos da Justiça Restaurativa possam ser gradativamente adotados em comunhão com o modelo tradicional de Justiça e com as sanções por ele impostas, com um propósito de complementação.

Ainda que a aplicação de sanções penais a partir de um ideário sancionatório seja aparentemente conflitante com o que prega a Justiça Restaurativa, existem métodos dialogais que invocam o caráter de restauração e são, sim, compatíveis com o *status quo*. A partir de mecanismos que dão voz à vítima no processo penal, proporciona-se uma abertura para o diálogo entre vítima, agressor e os outros sujeitos do processo.

O principal ponto de intersecção das propostas dos métodos restaurativo e sancionador é na aplicação da pena pelo juiz, que pode valorar dados obtidos por meio de práticas restaurativas. Esses dados devem refletir aspectos sociais ou individuais considerados relevantes pelo magistrado e percebidos a partir de uma maior integração das partes nos mecanismos postos à disposição pela Justiça Restaurativa. A experiência restaurativa pode ser também valorada pelo juízo da execução quando da concessão de benefícios penitenciários ou análise de outros aspectos relacionados ao cumprimento da pena.

Mannozi e Lodigiani (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017) indicam três métodos restaurativos que podem ser valorados pelo magistrado em um sistema sancionatório: círculos de sentenciamento, depoimentos de impactos à vítima e painéis de danos à vítima. Os círculos de sentenciamento aparecem como espécie do gênero círculos restaurativos e são como fóruns de discussão de uma pena hipotética ao agressor, cuja participação é facultada. É um método desenhado para os sistemas de *common law*, nos quais se utiliza a bipartição na definição da pena e nela o magistrado pode considerar o resultado do círculo de sentença, como um clamor popular, não de perseguição cega de justiça, mas como fruto de um processo dialógico.

Os depoimentos de impactos à vítima são narrativas informais de vitimização dirigidas ao juiz, podendo ser redigidas por vítimas diretas ou indiretas, na forma escrita ou oral. Esse instrumento se classifica como restaurativo na medida em que empodera a vítima, apesar de se tratar de uma comunicação unilateral e não dialogal. É como uma carta endere-

çada ao juiz do processo para informá-lo da repercussão do delito sob o ponto de vista da vítima, sendo apta a afetar a valoração da pena em sentido quantitativo ou até qualitativo.

Os painéis de danos à vítima, por sua vez, são espaços de abertura para que a vítima possa expressar os danos sofridos nos casos em que o agressor é desconhecido ou não possa ser individualizado. Assim, a vítima pode fazer perguntas a autores de crimes similares, ou se encontrar com outras vítimas em situação análoga e, juntas, compartilham experiências de vitimização. A promoção de painéis de impacto por parte das vítimas possui um caráter extremamente restaurativo na medida em que busca, também, compensar uma carência do sistema sancionatório nas hipóteses nas quais não é fornecida àquele que sofreu o dano uma resposta jurídica ou qualquer traço de perseguição de justiça.

Assim, por meio das sessões de painéis de danos, as vítimas podem buscar a superação do sentimento de isolamento e frustração por ter sido a elas “negada justiça” (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017). É, sem dúvida, um instrumento de consideração da experiência de vitimização, mas pode também envolver autores de delitos similares e, nesses casos, a participação nos painéis pode ser valorada e influir na execução da pena, na medida em que não deixa de ser um encontro com uma “vítima emprestada” (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017), passo importante para a auto-responsabilização.

A análise de institutos de combinação entre os sistemas sancionatório e restaurativo conduzem a uma relevante conclusão: não se tratam de modelos opostos, mas passíveis de encontro e mescla para uma possível transição ou simplesmente para a incorporação de aspectos dialogais e valoração das múltiplas experiências de vitimização decorrentes do delito.

Nesse sentido, é pertinente que se considere a experiência empírica do processo penal e do sistema de justiça. A elite intelectual que desenhou o modelo de Justiça Restaurativa poderia, inicialmente, refutar a aplicação de penalidades como formas de perseguição da justiça. Contudo, a partir da experiência com o modelo restaurativo e das necessidades de cada comunidade, o que se observa, ao menos em um primeiro momento, é uma resistência à adoção desse modelo, incompatível com as

técnicas vigentes, o que pode ser vencido a partir da busca por “punições alternativas e não por alternativas à punição” (DALY, 2000).

2. A PRÁTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

2.1. O nascimento das novas práticas em território nacional

A experiência com a Justiça Restaurativa no Brasil teve início em 1999 com o “Projeto Jundiaí: viver e crescer em segurança”, uma parceria entre o Centro Talcott de Direito e Justiça, o Conselho Comunitário de Segurança (Conseg) e a Coordenadoria de Ensino do Município de Jundiaí, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (ZAGALLO, 2010). Assim como nas primeiras experiências italianas (MANNOZZI; LODIGIANI, 2017), as práticas restaurativas eram destinadas a resolver conflitos e combater a desordem e a criminalidade no contexto educacional, tendo sido o Projeto Jundiaí aplicado em 26 escolas públicas de ensino médio do município paulista. Os alunos que se submeteram ao programa receberam uma proposta de auto-regulação, num processo envolvendo o universo da escola e da família e o encontro com os protagonistas do incidente nas denominadas “câmaras restaurativas” (ZAGALLO, 2010).

Nas câmaras restaurativas, os participantes se engajavam, na presença de um coordenador, em um diálogo acerca do ocorrido, de suas consequências e das projeções para o futuro. O ofensor, a vítima e outros atores possivelmente relacionados com o incidente poderiam expor seus pontos de vista e as consequências pessoais derivantes do delito, levando a um processo de acolhimento da vítima e auto-responsabilização do ofensor. O objetivo era que as partes, conjuntamente, pudessem estabelecer um plano em que a chave seria a reparação do dano. O resultado final do processo – que poderia incluir um pedido formal de desculpas, ressarcimento de danos, compromisso de realização de atividades em

prol da comunidade educacional, entre outras medidas – era reduzido a termo, lavrado e assinado pelos participantes (ZAGALLO, 2010).

O “Projeto Jundiaí” enfrentou um fim precoce no ano seguinte à sua instituição em razão de carência de equipe qualificada para a condução do projeto (ZAGALLO, 2010). No entanto, a Justiça Restaurativa não foi extinta no Brasil. Em 2005, foi instaurado o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça” desenvolvido pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, com a implantação nacional de núcleos de Justiça Restaurativa e de projetos-piloto no Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul.

O Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD avaliou os três projetos pilotos organizados pelo PNUD, emitindo relatório final em 2006. Ficou consolidado que as experiências eram condizentes com a finalidade institucional da Justiça Restaurativa, especialmente em relação à preocupação latente com o aperfeiçoamento do funcionamento do Poder Judiciário. No entanto, foi ressaltado que: a) a Justiça Restaurativa não pode significar a redução dos investimentos por parte do Poder Judiciário; e b) não é equivalente à celeridade da justiça, pois o tempo e a preparação são extremamente relevantes no modelo restaurativo.

Em 2006, foi apresentado o Projeto de Lei nº 7.006/06 que trata da incorporação da Justiça Restaurativa à composição do ordenamento jurídico brasileiro. Em 2015, a Associação dos Magistrados Brasileiros firmou o “Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa”, a fim de promover nacionalmente seus princípios e práticas. Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225 que norteia a aplicação dos princípios restaurativos ao Sistema de Justiça Brasileiro, sendo posteriormente analisada no presente artigo.

O que se depreende desse cenário é a manifestação pontual de métodos da Justiça Restaurativa, incorporados ao tradicional Sistema de Justiça e vinculados aos Tribunais. No entanto, já se reconhece a possibilidade de harmonização entre os sistemas e a capacidade dos instrumentos restaurativos em aumentarem a eficácia judicial. O crescimento da Justiça Restaurativa no Brasil é lento porém gradual. Os princípios e métodos

restaurativos permeiam a prática forense e se consolidam com soluções mais permanentes e satisfatórias nos conflitos em que são empregados.

2.2. A Justiça Restaurativa aplicada a crimes de menor potencial ofensivo no Distrito Federal

No caso específico do Distrito Federal¹⁰, o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça” foi desenvolvido no âmbito do Juizado Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. A instauração do projeto baseou-se em uma abordagem multidisciplinar e na adoção de métodos de negociação, com inclusão da vítima e da comunidade no processo penal, em um molde tipicamente restaurativo. Na introdução da Portaria do TJDFT que instituiu o Programa de Justiça Restaurativa¹¹, ressalta-se a maior efetividade da pacificação do conflito no modelo restaurativo em razão de sua atuação nas suas causas subjacentes.

O principal método restaurativo empregado no projeto aplicado pelo TJDFT é a mediação ofensor-vítima, conduzida por facilitadores que compõem o quadro funcional do próprio Tribunal e que, para o desempenho dessas funções, participaram de cursos de capacitação acerca do tema “mediação e arbitragem”. A função do mediador engloba um encontro inicial com as partes separadamente, no qual introduz as “regras” para o diálogo na mediação e, posteriormente, no encontro restaurativo de fato, em que conduz as interações no sentido da autocomposição do conflito e redige, ao final e quando possível, o termo de acordo (ZAGALLO, 2010).

A aplicação da Justiça Restaurativa no TJDFT é institucionalizada por meio do Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa – NUJURES e pelos Centros Judiciários de Justiça Restaurativa – CEJURES. Os CEJURES são responsáveis pelas sessões de Justiça Restaurativa, cujo atendimento está disponível nos fóruns do Gama, Núcleo Bandeirante, Planaltina e

10 O direcionamento da pesquisa para as práticas realizadas no Distrito Federal se dá em razão da vinculação da presente pesquisa com a Universidade de Brasília – UnB, o que aproxima a análise da realidade fática com que lida diariamente o TJDFT.

11 Portaria conjunta nº 52, publicado no Diário de Justiça de 23/10/2006.

Santa Maria. O programa é vinculado à 2ª Vice-Presidência do TJDFT e atua primordialmente em casos de médio e baixo potencial ofensivo¹².

Nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, os processos são encaminhados aos CEJURES, que fazem uma triagem e determinam se os encontros de Justiça Restaurativa serão realizados ou não, atentos às particularidades de cada contexto fático. Já nos casos de crimes de médio potencial ofensivo, as sessões restaurativas podem ocorrer, mas dependem da voluntariedade dos envolvidos e da concordância entre eles sobre fatos essenciais relativos ao conflito e ao procedimento.

No processo de condução dos encontros restaurativos, são elementos fundamentais: a voluntariedade e a confidencialidade. São realizados encontros de mediação, nos moldes instituídos pela Portaria Conjunta nº 52 de 2006: encontro individual das partes com o facilitador, que teve formação para o desenvolvimento de habilidades específicas. Posteriormente, procede-se ao encontro restaurativo propriamente dito, que só acontece caso o facilitador constate que o agressor assumiu sua responsabilidade e que a vítima possui um trauma decorrente do delito.

No caso de consenso, o resultado do encontro é consignado em um termo restaurativo a ser encaminhado ao juiz. Nos crimes de menor potencial ofensivo, o acordo restaurativo pode extinguir o processo por força do disposto na Lei nº 9.099/95 e nos casos de médio potencial ofensivo, o termo pode influir na fixação da pena. Caso não haja um resultado concreto positivo, os autos são devolvidos ao juiz do processo que segue o julgamento normalmente, sem prejuízo às partes.

Um apontamento relevante realizado pelos condutores das práticas de Justiça Restaurativa no TJDFT¹³ é que a adoção de métodos restaurativos não deve, sob nenhum aspecto, confundir-se com impunidade. Significa, segundo coordenadores do programa no Tribunal, uma modalidade de “punição inteligente”, capaz de possibilitar a reinserção social do ofensor, que reconhece o dano causado, seus desdobramentos e busca repará-los.

12 Informações institucionais fornecidas no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre o Programa de Justiça Restaurativa. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/junho/como-funciona-a-justica-restaurativa-no-tjdft>, Acesso em: 21 de março de 2021.

13 *Ibidem*.

É uma abordagem que se encaixa com as teorias da Justiça Restaurativa: o ofensor participa de um acordo resultante de uma intervenção dialogal para a busca efetiva de justiça e reparação, mas, ainda assim, inserido em um contexto sancionatório tal qual o Processo Penal brasileiro.

Assim, observam-se julgados do TJDFT que incorporam técnicas restaurativas¹⁴. Ilustrativamente, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Tribunal admite a designação de uma audiência multidisciplinar pelo Magistrado, com o intuito de melhor compreender os reflexos do delito e adequar as medidas protetivas às particularidades do caso concreto¹⁵. Também em casos de conflitos familiares, que levam ao exercício arbitrário das próprias razões ou até a lesões corporais, o Tribunal já reconheceu a Justiça Restaurativa como modelo adequado à reparação de prejuízos emocionais, morais e materiais, enfrentando a questão de modo mais profundo e buscando a efetiva pacificação social¹⁶.

2.3. Regulação normativa: o Projeto de Lei nº 7.006/06

A manifestação legislativa mais explícita de proposta de adoção da Justiça Restaurativa no Brasil é o Projeto de Lei nº 7.006/06, no qual são sugeridas alterações nos textos do Código Penal, Código de Processo Pe-

14 Para a realização da pesquisa, foi utilizada a ferramenta de “Pesquisa de Documentos Jurídicos” do TJDFT (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>), aplicando-se a expressão “justiça restaurativa”. Obteve-se um resultado total de 24 acórdãos. Destaca-se que o número de resultados não reflete a amplitude da atuação da Justiça Restaurativa porquanto os processos em que se empregam métodos restaurativos tendem a se resolver em primeira instância.

15 Acórdão 942301, 20160020044925PET, Relator: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 12/5/2016, publicado no DJE: 23/5/2016. Pág.: 144/156.

16 Acórdão 1072521, 20161010076874APJ, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, 1ª TURMA RECURSAL, data de julgamento: 7/12/2017, publicado no DJE: 9/2/2018. Pág.: 385/390; e Acórdão 930671, 20150310216825APJ, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 26/1/2016, publicado no DJE: 31/3/2016. Pág.: 488.

nal e Lei dos Juizados Especiais. Atualmente, o referido PL tramita apensado ao Projeto de Lei nº 8045/2010, que trata da reforma do Código de Processo Penal, e aguardam parecer de Comissão Especial formada no Congresso Nacional¹⁷.

Ponto sensível no Projeto nº 7.006/06 concerne à abrangência, aspecto que não resta expressamente definido. Em seu artigo 1º o PL apresenta circunstâncias indefinidas e amplas:

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Assim, deixa-se aberta uma lacuna para que os Tribunais decidam quais casos serão sujeitos às práticas de Justiça Restaurativa. A tendência, nesses moldes, é que sejam encaminhados para os Núcleos de Justiça Restaurativa apenas os casos de menor potencial ofensivo, em razão do ideário social punitivista que associa o diálogo no Direito Penal a uma noção de impunidade (JOÃO; DE SOUZA ARRUDA, 2018).

Ainda em relação aos critérios adotados para encaminhamento aos Núcleos de Justiça Restaurativa é possível que surjam discrepâncias territoriais em razão do perfil de cada Tribunal. Há Tribunais em que a Justiça Restaurativa já é uma parte integrada à prática forense, em que já foram instituídos Núcleos de Justiça Restaurativa e os magistrados já possuem essa ferramenta à disposição. É o caso já abordado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que podem ser utilizados instrumentos restaurativos também em casos que envolvam crimes de médio potencial ofensivo, diminuindo o impacto da prática delituosa, ainda que não se afaste o sentenciamento pelo juiz. Contudo, Tribunais que ainda não adotaram essa prática estariam legitimados a não adotarem essas práticas ou o fazerem em uma proporção mínima, aplicando a Justiça Restaurativa a um número restrito de casos.

O PL em comento segue sua redação apresentando os métodos restaurativos: mediação entre as partes, círculos que podem envolver as

17 O andamento pode ser acompanhado em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 de março de 2021.

famílias e outros membros da comunidade com o propósito de resolução do conflito, estabelecimento de responsabilidades e propostas de reintegração. As sessões devem ser conduzidas preferencialmente por profissionais das áreas de psicologia e serviço social, com capacitação específica. As responsabilidades assumidas restam consignadas em acordo restaurativo no qual as partes se comprometem a cumprir obrigações que busquem suprir necessidades individuais ou coletivas dos que foram afetados pelo crime. O Projeto de Lei em questão define também que a autoridade policial e o Ministério Público são legitimados para sugerir ou oficial pelo encaminhamento do processo aos Núcleos de Justiça Restaurativa, ainda que dependa da homologação do juiz e da concordância voluntária das partes.

É proposta ainda alteração do Código de Processo Penal no sentido de definir como requisito para aplicação da Justiça Restaurativa a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime. O estabelecimento desses requisitos torna quase impossível o acesso às técnicas restaurativas por agressores que já cometeram crimes ou que agiram com emprego de violência (PALLAMOLLA, 2008). Essa lógica penal punitiva que busca afastar esses réus da participação processual e da possibilidade do recebimento de benefícios é incompatível com os princípios integrativos da Justiça Restaurativa que, para serem aplicados, exigem apenas a assunção de responsabilidade por parte do ofensor e a voluntariedade das partes.

O Projeto de Lei nº 7.006/06 é, indiscutivelmente, simbólico da intenção de implementação de métodos restaurativos na prática processual penal brasileira. É uma proposta que leva o assunto à atenção dos parlamentares e é a maneira mais concreta de discussão acerca da Justiça Restaurativa em âmbito nacional. Contudo, algumas ressalvas merecem ser feitas e revisões guiadas pelos princípios da Justiça Restaurativa são necessárias para que as disposições tenham um embasamento teórico alinhado aos objetivos primordiais desse modelo de Justiça.

2.4. Resolução nº 225/CNJ

No ano de 2012, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução nº 2002 que recomenda e define as instruções para a adoção da Justiça Restaurativa em matéria criminal (ORSINI; LARA, 2019). É prevista a utilização dos métodos de mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) por meio dos quais se constrói um diálogo participativo guiado no sentido de pacificação do conflito. Nessa manifestação, a ONU incentivou globalmente a adoção da metodologia restaurativa, e sua repercussão pode ser observada no Brasil especialmente com a edição da Resolução nº 225/CNJ. Assim, a Resolução segue recomendações da ONU para implementação da Justiça Restaurativa, bem como o princípio do acesso à Justiça e da resolução pacífica dos conflitos que indicam o método restaurativo como modelo humanizado de justiça.

A Resolução nº 225 foi editada e aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2016 com o escopo de estabelecer diretrizes para a aplicação da prática restaurativa nos Tribunais brasileiros. O ato normativo foi resultado de uma minuta desenvolvida por um Grupo de Trabalho conduzido pelo então presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, e encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do órgão. Esse Grupo de Trabalho responsável pela elaboração da minuta contou com a participação de juízes auxiliares da Presidência do CNJ e magistrados de diversas regiões brasileiras que se destacam pela difusão da prática¹⁸.

A concepção de Justiça Restaurativa apresentada na Resolução em análise é uma alteração do paradigma punitivo vigente, adotando um modelo dialogal e participativo condizente com os princípios restaurativos. Nesse sentido, alguns preceitos básicos são apresentados em seu primeiro

18 Informações institucionais divulgadas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario/#:~:text=O%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20no%20Poder%20Judici%C3%A7a%20rio.&text=74%2F2015%20e%20encaminhada%20%C3%A0,Justi%C3%A7a%20e%20Cidadania%20do%20CNJ>. Acesso em 2 de abril de 2021.

artigo, dentre os quais a participação ativa da vítima e de sua família, que constituem vítimas indiretas, do ofensor que assume sua responsabilidade, do facilitador qualificado, todos com o objetivo comum de reestabilização da situação anterior ao delito por meio do comprometimento mútuo.

O método restaurativo tal qual delineado na Resolução 225 é subjetivamente amplo, porquanto abarca vítima, agressor, familiares e membros da comunidade relacionados ao delito direta ou indiretamente (DA COSTA; PORTO, 2018). A Resolução exige ainda que as sessões restaurativas sejam conduzidas por um facilitador/mediador com preparação e habilidades específicas, que dirija os encontros a uma solução em que o ofensor reconheça sua responsabilidade e ambas as partes façam compromimentos para o futuro, associados a uma pacificação concreta do conflito. Ademais, são plúrimos os sujeitos que podem solicitar o encaminhamento aos núcleos de Justiça Restaurativa. Em um alinhamento com a proposta do Projeto de Lei nº 7.006/06, a autoridade policial e o próprio Ministério Público podem sugerir o encaminhamento do processo para os núcleos.

Posteriormente, a Resolução nº 225 foi alterada pela Resolução nº 300/2019 do CNJ que estabeleceu um prazo para que os Tribunais apresentassem planos de implementação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa. Além disso, a nova Resolução criou o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa, com o objetivo de realizar a macrogestão da Justiça Restaurativa e discutir os temas pertinentes relacionados. Assim, demonstra-se a tendência de expansão do uso de instrumentos restaurativos incorporados à prática forense no Brasil e a crescente regulamentação dessas técnicas como formas de resolução mais definitiva e menos conflituosa do processo penal.

É necessário ressaltar que a Resolução não objetivou teorizar acerca da Justiça Restaurativa, mas trazer orientações concretas para a adoção, ainda que facultativa, de métodos restaurativos a serem incorporados na prática forense brasileira. A aprovação da Resolução 225 foi de extremo relevo para o alinhamento às orientações de órgãos internacionais e para a inserção no Brasil da concepção de Justiça Restaurativa. Com a aprovação da Resolução, outro grande passo foi dado no sentido da busca pela pacificação efetiva e definitiva dos conflitos.

A Justiça Restaurativa se mostra como o modelo de Justiça mais ampliatiivo do processo criminal do ponto de vista participativo. Nesse sentido, entendendo-se a Democracia como um modelo de argumentação racional pública fundada no debate, a Justiça Restaurativa é considerada um modelo mais democrático frente ao modelo tradicional (TIVIRON, 2013). Assim, ainda que enfrente alguma resistência, a Justiça Restaurativa apresenta significativo crescimento tanto do ponto de vista de estudos teóricos sobre o assunto quanto das experiências práticas que utilizam esse modelo como forma de resolução de conflitos com participação subjetivamente ampla, deliberação aberta e pacificação duradora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Restaurativa é apresentada como um modelo que supera a concepção tradicional de pena como “castigo” e sugere a ressignificação do objetivo da justiça para o de restauração da situação anterior ao conflito. Nesse intuito, o modelo restaurativo envolve ativamente ofensor, vítimas – diretas e indiretas – e membros da comunidade em um processo de reestabelecimento das relações entre eles.

As etapas a serem seguidas para a restauração efetiva estão muito relacionadas ao objetivo apresentado pelo modelo. O acusado deve assumir sua responsabilidade e entender a extensão de seu dano à vítima, bem como o reflexo de sua conduta em um contexto comunitário. A vítima, por sua vez, deve encontrar um espaço seguro para expressar suas percepções e experiências, possibilitando também ao agressor o entendimento da dimensão de vitimização. A comunidade também possui papel relevante na medida em que é ouvida e, junto às partes, formula um planejamento para o futuro.

São diversos os métodos relacionados à prática restaurativa, envolvendo, tradicionalmente, a mediação ofensor-vítima, o *conferencing* e os círculos restaurativos. A partir desses métodos, os atores sociais são inseridos em um processo que busca a restauração, seja em sua modalidade material, seja em sua modalidade simbólica, em que o principal instrumento é o pedido formal de desculpas. Assim, devolve-se à vítima seu protagonismo e o poder de gestão do conflito.

Há de se destacar que os métodos restaurativos, apesar de representarem um modelo alternativo ao clássico punitivo e sancionador, não são com ele incompatíveis, podendo haver a incorporação de medidas restaurativas à prática forense. São exemplos situacionais em que se pode aplicar princípios restaurativos ao modelo tradicional: a manifestação da experiência de vitimização e a valorização de métodos restaurativos quando da definição da pena ou da execução, no que diz respeito a benefícios penitenciários.

No Brasil, o principal aporte restaurativo foi apresentado na Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, na qual orientou-se a incorporação da participação ativa das vítimas diretas e indiretas, do ofensor que assume sua responsabilidade e do facilitador qualificado e capacitado, todos com o objetivo comum de reestabilização projetada para o futuro. Ademais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.006/2006 que propõe a incorporação legislativa de técnicas restaurativas no Processo Penal brasileiro.

Na prática, o que se observa é a realização da mediação ofensor-vítima como principal implemento restaurativo, ainda que a tendência seja de expansão dessas técnicas na prática dos Tribunais. Trata-se de um modelo ainda em desenvolvimento, mas com o nobre propósito de garantir uma Justiça mais democrática e uma estabilização mais sólida do conflito, superando, em grande medida, a banalização punitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAITHWAITE, John. **Decomposing a holistic vision of restorative justice**. Contemporary Justice Review, v. 3, n. 4, 2000.

BRASIL. Portaria conjunta nº 52, publicado no **Diário de Justiça** de 23/10/2006, Seção 3, Fls. 67/68. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2006/00052.html>. Acesso em: 29 de janeiro de 2021.

BRASIL. Congresso. Projeto de Lei nº 7.006, de 10 de maio de 2006. **Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais**. Disponível em: https://www.camaraleg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=PL+7006/2006. Acesso em 15 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em 15 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 300, de 29 de novembro de 2019. **Acrescenta os artigos 28-A e 28-B à Resolução CNJ no 225, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>. Acesso em 15 de março de 2021.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em 19 de março de 2021.

BURNSIDE, G.; BAKER, N. **Relational Justice: Repairing the Breach**. Waterside press, Winchester, 1994.

DALY, Kathleen. **Revisiting the relationship between retributive and restorative justice**. Restorative justice: Philosophy to practice, 2000.

DA COSTA, Marli Marlene Moraes; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Justiça Restaurativa uma política humanizadora e não necessariamente de perdão: um olhar crítico e reflexivo na resolução 225 do CNJ/2016**. Revista Em Tempo, 2018.

DA FONSECA ROSENBLATT, Fernanda Cruz. **Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos**. Sistema Penal & Violência, 2014.

DE FIGUEIREDO, Vicente Cardoso. **Teorias da pena nos sistemas jurídicos penais contemporâneos: o que há de atual nas funções da sanção criminal**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 6, n. 2, p. 127-141, 2018.

GIOJA, M. **Dell'ingiuria, dei danni**. Turin: Librario Paravioini, 1859.

ILANUD - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. **Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa, Relatório Final**. São Paulo, 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/admin/Downloads/BRA05009%20Report%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/BRA05009%20Report%20(3).pdf). Acesso em 2 de abril de 2021.

JOÃO, Camila Ungar; DE SOUZA ARRUDA, Elaine. A Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/124>. Acesso em: 16 de março de 2021.

LAGES, Lucas; MACHADO, Bruno. **Além da lógica do castigo: abolicionismo penal, justiça restaurativa e os três dogmas do penalismo**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 319-361.

MANNOZZI, Grazia; LODIGIANI, Giovanni Angelo. **La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi**. G Giappichelli Editore, 2017.

MARSHALL, Tony F. **Restorative justice: An overview**. London: Home Office, 1999.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça**. 2012. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/2631/adriana_sena_dez_anos_praticas_restaurativas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática: relações com o sistema de justiça criminal e implementação no Brasil**. 2008. 17 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SULLIVAN, Dennis; TIFFFT, Larry. **Handbook of restorative justice: A global perspective**. Routledge, 2007.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; SANTOS, Guilherme. **Justiça Restaurativa: análise da possível mudança de paradigma a partir da teoria de Thomas Kuhn**. In: Celso Hiroshi Iocohama; Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. (Org.). Formas consensuais de solução de conflitos II. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 219-237.

TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito : contribuições para a teoria e para a prática democrática. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 197, p. 175-187, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496979> Acesso em: 16 de março de 2021.

UMBREIT, Mark. **Restorative justice through victim-offender mediation: A multi-site assessment**. Western Criminology Review, 1998.

VIANELLO, Francesca. **Il carcere: sociologia del penitenziario**. Roma: Carocci, 2012.

ZAGALLO, Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio. **A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade**. 2010. 102 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ZEHR, Howard. **Changing lenses: A New Focus for Crime and Justice**. Herald Pr; 3rd Revised, 1991.

WALKER, Margaret Urban. **Restorative justice and reparations**. Journal of Social Philosophy, 2006.



DIREITO

ISSN: 1981-8684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)