



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

23.^a EDIÇÃO



UnB

Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB)

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB)

23.^a Edição

COPYRIGHT ©

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB), 2023.

Editoração: Corpo Editorial da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília
(RED | UnB).

Diagramação: Ingrid Kammyla Santos Bernardo.

Capa: Geórgia de Souza Tenorio

34(05)	Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED UnB), v. 1, n. 23, Brasília (DF), jan.-dez. 2023 – Anual. ISSN 1981-9684 (impresso); ISSN 2177-6458 (eletrônico). 1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED UnB).
--------	--

CORPO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Gabriel Pedroza Martins Hernandez

Matheus Lopes Dezan

EDITORES COORDENADORES

André Luis Diniz Souza da Silva (Editor Executivo)

Gabriel Santana Spillari (Editor de Projetos)

Igor Marques Caldas Machado (Editor de Artigos)

Júlia Yanis Fidanza Araújo (Editora-Gerente)

EDITORES-ASSISTENTES¹

Ana Cecília de Moraes Corrêa

Ana Clara Barros de Carvalho

Ana Júlia Dimatteu

Ana Júlia dos Santos Brito

Ana Luísa de Melo Chiodelli

Bárbara Lovisi Silva Gomide

Caio Matheus de Oliveira Ramos

Carolina Aiko Maeda

Carolina Pereira Oleskovicz

Eduardo Gallotti Rodrigues

Elma de Oliveira Araujo

Enzo Luiz de Oliveira Mendes

Fábio Ulisses Sousa

Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento

¹ A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é composta por alunos da graduação da Faculdade de Direito/UnB

Gabriel Rodrigues Teixeira de Moraes Rêgo
Giovana Alencar da Costa
Giulia Mariah Pereira Oliveiros Tavares
Guilherme Vieira Cancelli
Hugo Monteiro Silva
Ingrid Kammyla Santos Bernardo
Isabella Diniz da Rocha
Isadora Vaz de Souza
Jéssica da Luz Batista
João Henrique de Sousa e Silva Aleixo
João Pedro Lima de Vasconcellos
Julyane Lopes Moreira
Kassia Luisi Nogueira
Lara Maryan Lopes
Leonardo Muhammad Luzente Paulo
Luís Fernando Oliveira de Souza Costa
Luís Paulo Cortez Lopes
Luíza Gatto de Oliveira Baptista da Costa
Maíza Viana de Gusmão Lins
Manuella Saback Vinhaes da Costa
Maria Eduarda Lemos Faleiro
Mariana César Deonísio
Maurício Bonfim Silva
Mayara Rodrigues de Sousa
Pedro Paulo Trindade Farias
Priscilla Grace Yang
Roney Olimpio
Victor Nunes Torres
Yngrid Lorrany dos Santos Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Prof.^a Dr.^a Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Diego Herrera Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

PARECERISTAS

Prof. Dr. Adalberto Fernandes de Sá Junior (Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul,
MS, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Adriana Castelo Branco de Siqueira (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)

Prof.^a Me. Adriana Andrade Miranda (Universidade Federal do Goiás, GO, Brasil)

Prof. Dr. Alberto Jonathas Maia (Universidade Católica de Pernambuco, PE, Brasil)

Prof. Me. Alexandre Satyro de Medeiros (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Amanda Athayde (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves (Universidade Federal de Ouro Preto, MG, Brasil)

Prof.^a Me. Ana Maria Moreira de Souza Mendes Bezerra (Universidade Federal de Minas Gerais, MG,
Brasil)

Prof. Dr. Anderson de Paiva Gabriel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR, Brasil)

Prof. Dr. Antônio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
MG, Brasil)

Prof. Dr. Augusto Cezar Ferreira de Baraúna (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Bartira Macedo de Miranda (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Bistra Stefanova Apostolova (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Bruna Barbieri Waquim (Centro Universitário Dom Bosco, MA, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Bruna Caparelli (Universidade de Bologna, Itália)

Prof.^a Bac Camila Crivilin de Almeida (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Carmen Hein de Camapos (Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Catarina Cecin Gazele (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Ciani Sueli das Neves (Universidade Católica de Pernambuco, PE, Brasil)

Prof.^a Bac. Clara Bonaparte Pedrosa (Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)

Prof. Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Cláudia Luiz Lourenço (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Cristiane A. Martins de Lima Ferrari (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Cristina Zackeski (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Me. Daniel Fonseca Fernandes (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)

Prof.^a Me. Danielle Cevallos Soares (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Delzira Santos Menezes (Universidad del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)

Prof. Dr. Douglas Alencar Rodrigues (Instituto de Ensino Superior em Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)

Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Me. Felipe Fernandes de Carvalho (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Fernanda Andrade Almeida (Universidade Federal Fluminense, RJ, Brasil)

Prof. Me. Gabriel Campos da Fonseca (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)

Prof.^a Me. Giovanna Máisa Gamba (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Giovanni Ettore Nanni (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Harrison Ferreira Leite (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral (Universidade de Iguazu, RJ, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Jéssica Fachin (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Me. Joanir Fernando Rigo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. João Francisco Kleba Lisboa (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)

Prof. Me. Jorge Coutinho Paschoal (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Dra.^a. Juliana Cardoso Ribeiro Bastos (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)

Prof.^a Me. Katie Silene Cáceres Arguello (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)

Prof. Dr. Leandro Oliveira Gobbo (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Lílian Cintra de Melo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Livia Gimenes Dias da Fonseca (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Bac Luiz Felipe Gallotti Rodrigues (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Luiz Henrique Krassuski Fortes (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Luiza Rosa Barbosa de Lima (Universidade Federal da Paraíba, PB, Brasil)

Prof. Dr. Magno Luiz Barbosa (Universidade Federal de Uberlândia, MG, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Máira Rocha Machado (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)

Prof.^a Me. Marcella Pereira de Araujo (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz (Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC, Brasil)

Prof. Dr. Marcos Vinicius de Freitas Reis (Universidade Federal do Amapá, AP, Brasil)

Prof. Dr. Marcus Flávio Horta Caldeira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Marise Costa de Souza Duarte (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN, Brasil)

Prof. Me. Matheus Prestes Tavares Duarte (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Michelle Asato Junqueira (Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP, Brasil)

Prof.^a Me. Myrthes Freitas Lopes Dezan (Universidade em Vila Velha, ES, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Orly Librit (Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Paulla Christianne da Costa Newton (Universidade Federal da Paraíba, PB, Brasil)

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Paulo Marcos Rodrigues Brancher (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Pedro Júlio Sales D'Araújo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)

Prof. Me. Raimundo Paulino Cavalcante Filho (Universidade Estadual do Amazonas, AM, Brasil)

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Jr (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Rejane Alves de Arruda (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, MS, Brasil)

Prof.^a Me. Renata Santana Lima (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Rodrigo Fernandes Rebouças (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)

Prof. Dr. Rodrigo Portela Gomes (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)

Prof. Dr. Rodrigo Uchôa de Paula (Centro Universitário Farias Brito, CE, Brasil)

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan (Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil)

Prof. Dr. Twig Santos Lopes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Prof. Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (Universidade de Fortaleza, CE, Brasil)

Prof. Me. Vinícius de Souza Assumpção (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, MS, Brasil)

Prof. Dr. Wilker Batista Cavalcanti (Universidade Estadual do Tocantins, TO, Brasil)

SUMÁRIO

DA ORDEM IMPOSTA À ORDEM NEGOCIADA: A REFORMA DA JUSTIÇA POR MEIO DAS UNIVERSIDADES	14
Angelo Monoriti	
FORNECIMENTO DE FEEDBACK A RESPEITO DE HABILIDADES JURÍDICAS PRÁTICAS	37
Larry Teply, Nancy Schultz, Joel Lee, Johanne Thompson	
A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: ENTRE O AVANÇO DA NORMA E O ATRASO DA MENTALIDADE SOCIAL	48
Airton Santos de Souza Júnior	
IMPLEMENTAÇÃO DIGITAL NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE E CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS DA FALTA DE EFETIVAÇÃO DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA	60
Amanda Figueiredo de Andrade, Iris Cristina Fernandes Vieira Bernardes	
USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA FAMILIAR: UMA ANÁLISE ACERCA DOS ASPECTOS SUBJETIVOS DO ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL	81
Carina de Cássia Cambuí Rodrigues	
POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL E AS SUAS REVERBERAÇÕES NA ATUAÇÃO DA FTIP NO PARÁ	105
Cristiane da Silva Gonçalves	
A HIPOSSUFICIÊNCIA NOS CONTRATOS DE LEASING: COMO JULGAM O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO?	124
Davi Rocha Teles	

Mariana Yumi Kono Gomes, Vinícius Esposte

A INFLUÊNCIA DA REALIDADE CULTURAL COMO ELEMENTO DE MODIFICAÇÃO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DO PARALELO BRASIL-FILIPINAS 141

Henrique Neubauer

COMPENSAÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO AO
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DO CÁRCERE A PARTIR DOS PARÂMETROS
ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 159

Manuela Moser

CULTURA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: DESAFIOS A PARTIR DA
PERSPECTIVA NEOLIBERAL 175

Nélia Mara Fleury

EXPANSÃO URBANA E REDISTRIBUIÇÃO ESPACIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
ANÁLISE SOBRE A CIDADE DE TERESINA 186

Paulo Victor Leôncio Chaves

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA-BASE NAS SENTENÇAS DO TJDF: UMA ANÁLISE
EMPÍRICA DA UTILIZAÇÃO DE SENTENÇAS ANTERIORES NA VALORAÇÃO DE
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS 205

Rebeca Brasil Moura Nunes

A LEI 13.718/18 E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL 228

Luíza Teixeira Licks Flores, Rebecca Cardoso Silva Santos

POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE

DOS DADOS RELACIONADOS A PANDEMIA COVID-19: UMA ANÁLISE DA DIMENSÃO
OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADPF 690

249

Caroline Müller Bitencourt, Tiago de Sousa Moraes

APRESENTAÇÃO

Temos a honra de publicar a 23.^a Edição Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB). Produto de um coletivo e primoroso trabalho de reestruturação do processo editorial, a presente edição é a coroação de um ano de muito aprendizado e crescimento para a gestão horizontal do nosso periódico.

O ano de 2023 foi marcado por um incansável trabalho criativo para expandir e consolidar a atuação da RED|UnB enquanto projeto divulgador e incentivador da pesquisa científica e da reflexão do Direito de nosso tempo. Sabemos que, para dialogar com uma comunidade acadêmica em constante mudança, devemos dar espaço para que as discussões ocorram nas mais diferentes formas e plataformas multimídia, para que o debate se torne constante, dinâmico e conectado com a realidade de uma sociedade cada vez mais líquida.

Mais uma vez, a RED|UnB assumiu a vanguarda da promoção do aprofundamento do estudo e da pesquisa científica do Direito tanto em âmbito nacional quanto em âmbito internacional. Isso porque, complementarmente ao processo editorial que ensejou a publicação desta 23.^a Edição da RED|UnB, desenvolvemos um sem-número de projetos, a fim de consagrar o caráter multiplataforma da RED|UnB.

Nesse sentido, a gestão de 2023 a 2024 promoveu o lançamento do Portal Jurídico dos Estudantes de Direito (PJED), que, atualmente, congrega mais de 10 colunistas, além de receber, constantemente, contribuições de pesquisadores científicos de todo o Brasil, e a publicação de mais de 20 episódios do REDCast, o podcast da RED|UnB. Ademais, promovemos eventos como o evento de lançamento de 22.^a Edição da RED|UnB, denominado “Métodos Alternativos de Resolução de Litígios no Direito Contemporâneo”, o evento da Semana Universitária da Universidade de Brasília, denominado “Direito em Perspectiva: Diálogos Transdisciplinares para a Construção de um Futuro Feminino” e o curso “Direito e Inteligência Artificial: As transformações da prática jurídica”, que, conjuntamente, tiveram a presença de mais de 350 pessoas.

Mesmo assim, comprometidos com o profissionalismo e a seriedade que a pesquisa jurídica tradicional exige, temos total consciência da importância maior do periódico sobre as demais atividades por nós desenvolvidas. Nesse contexto, oferecemos à comunidade acadêmica os 15 artigos aprovados pelo método do double-blind peer review para publicação nesta 23.^a Edição da RED|UnB. Entre

graduandos, bacharéis, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, nossos autores vêm dos mais diversos institutos de ensino nacionais e internacionais. São pesquisadores ligados a todas as regiões do Brasil. Pela confiança de sempre, expressamos nossa gratidão pelos autores, de todas as titulações e instituições, que seguem nos surpreendendo com trabalhos de qualidade irretocável e cientificamente inspiradores.

Além disso, a RED | UnB tem a honra de compartilhar com a comunidade lusófona traduções oficiais e inéditas de dois artigos de autores que se destacam, internacionalmente, enquanto vanguardistas perante a pesquisa científica do Direito e da sua interação com a Ciência da Negociação. O objetivo do periódico com a publicação destes artigos é, acima de tudo, o de dialogar com uma abordagem teórico-prática diferenciada de resolução de conflitos, repensando o Direito e propondo uma reflexão sobre a posição do indivíduo perante o fazer jurídico.

O primeiro artigo, “Da Ordem Imposta à Ordem Negociada: a Reforma da Justiça por Meio das Universidades”, de autoria do advogado e professor da Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (Roma, Itália), Dr. Angelo Monoriti, reflete sobre a necessidade de uma mudança de premissa da manutenção da ordem social, migrando do Direito para a Negociação. Ao apresentar uma perspectiva que subverte o método convencional de resolução de conflitos, o texto discute não apenas a emancipação do indivíduo enquanto capaz de solucionar seus próprios dilemas e dialogar interesses, mas a própria educação profissional jurídica.

O segundo artigo, denominado “Fornecendo Feedback a Respeito de Habilidades Jurídicas Prática”, de autoria dos professores Dr. Larry Teply, Dr.^a Nancy Schultz, Dr.^o Joel Lee e Dr.^a Johanne Thompson, internacionalmente proeminentes na pesquisa dos métodos de resolução de conflitos, versa sobre as múltiplas técnicas que os operadores do Direito, sobretudo aqueles que participam, nas condições de treinadores de equipes ou de jurados, de competições jurídicas, devem instrumentalizar, a fim de que a comunicação entre emissor e receptor seja certa.

Ainda, é imperioso enaltecer o trabalho daqueles que se esforçaram ao longo de todo o processo editorial neste longo ano de 2023 para que esta publicação fosse possível e para que o sonho de continuarmos incentivando a pesquisa científica siga vivo. É por isso que agradecemos à Equipe Editorial, formada por brilhantes bacharelados em Direito pela Universidade de Brasília. Queridas e queridos companheiros de jornada, saibam que o esforço despendido por cada um representa muito mais do que a conclusão de um longo ano de trabalho. Na verdade, a dedicação exemplar de vocês entra

na história como um pequeno, mas essencial, passo junto à vanguarda da pesquisa científica na UnB, no Brasil e no mundo.

Registramos também nossos agradecimentos a todos os membros do Conselho Consultivo, formado pelos professores conselheiros e pelos quase 90 pareceristas, por todo o auxílio e os ensinamentos transmitidos. Mestres, obrigado por sempre acreditarem no propósito da RED | UnB e por batalharem todos os dias conosco pelo futuro da pesquisa jurídica!

Por fim, agradecemos a você, leitor e apoiador, que nos acompanha ano após ano e que agracia nossos quase 30 anos de labor com o mais afetuoso dos presentes: o carinho do tempo destinado à leitura de cada edição e ao apoio costumeiro. Que esta Edição, e todo o trabalho que desenvolvemos continuamente, possa representar a renovação de um diálogo contínuo entre esta humilde Revista e sua alma mater e a academia jurídica nacional e internacional!

Com nossos votos de uma boa e frutífera leitura,

Gabriel Pedroza Martins Hernandez

Matheus Lopes Dezan

DA ORDEM IMPOSTA À ORDEM NEGOCIADA: A REFORMA DA JUSTIÇA POR MEIO DAS UNIVERSIDADES¹

FROM THE IMPOSED ORDER TO THE NEGOTIATED ORDER: THE REFORM OF JUSTICE THROUGH UNIVERSITIES

Angelo Monoritz²

I. INTRODUÇÃO

O acordo e a decisão³.

Fora o uso da força, o acordo e a decisão são os produtos dos dois principais sistemas utilizados pelo mundo civilizado para gerir conflitos e restaurar a ordem social: interesses e leis. De fato, os sistemas de gestão de conflitos podem ser imaginados enquanto uma pirâmide, que possui no seu ápice a força; no meio, o direito; e na base, os interesses. Cada sistema possui objetivos distintos: para discernir quem tem mais poder (força), para estabelecer quem está certo ante a uma regra (direito), para reconciliar as vontades das partes (interesses). Conflitos sempre se originam na base da pirâmide, pois são os interesses que dão *impetus* para a ação humana. Eles podem ser resolvidos de acordo com os métodos característicos da área em que se originam: na base, pela negociação ou mediação; ou – escalando a pirâmide – com os métodos próprios as das demais áreas, como aquela do direito, pela arbitragem ou pelo judiciário, e, da força, pela autodefesa ou pela guerra.

1 **Nota dos Editores:** este artigo foi publicado previamente em 2021 na *Ratio Juris* (Disponível em: <<https://www.ratioiuris.it/dallordine-imposto-allordine-negoziato/>>) e foi autorizada pelo autor a publicação da tradução nesta edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB). O texto original foi traduzido do italiano para o inglês por Serena Poggi e Domenico Cordopatri. Tradutor: Gabriel Pedroza, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília e Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; Fábio Ulisses, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília; e Letícia de Amorim, bacharela em Direito pela Universidade de Brasília, advogada e Ex-Editora-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília .

2 Advogado e Professor Adjunto da Universidade Internacional Livre de Estudos Sociais (*Libera Università Internazionale degli Studi Sociali [LUISS Guido Carli]*), em Roma, Itália.

3 COSI, Giovanni et al, **L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti**, Wolters Kluwer Italia, 2017.



Os interesses e o direito⁴ são, portanto, sistemas diferentes que trabalham por caminhos diferentes e resolvem conflitos por meios distintos, sendo eles: o acordo e a decisão. Para se chegar a um acordo, o conflito precisa ser mantido dentro da disponibilidade das partes, que, posteriormente, se dissolve. Para se chegar a uma decisão, o conflito é submetido a um terceiro para que o solucione

II. A DECISÃO

Para se obter uma decisão, é necessário que se “compreenda” e que se utilize a linguagem do terceiro que decidirá o conflito, seja ele um juiz ou um árbitro. Essa linguagem é complexa, pois exige o conhecimento das normas processuais a serem seguidas e o conteúdo do que há de ser decidido. Esse conjunto de regras constitui uma “metarrealidade”, pela qual a realidade da vida é direcionada e guiada: o direito⁵. Portanto, a linguagem das decisões é *uma linguagem difícil para as partes*, precisamente porque não é a linguagem da realidade (feita de interesses) mas a da “metarrealidade” (feito de direitos

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto allo specchio**. Giulio Einaudi Editore, 2018: [...] *law comes into being by distinguishing itself with its own characters from the patchwork of normative structures of society, when the norms of common living are depersonalized, made objective and do not coincide with the immediate and contingent will of the king, even the most righteous king of this world, or with an immediate anxiety for justice unmediated by generally valid rules... law comes into being by differentiation from both capricious command and the spontaneous instinct of justice. By making itself objective it can become the object of a science, a science to which “jurists” devote themselves, a social center devoted to various activities that assume, all of them, law as a profession*”.

5 O sistema jurídico, a fim de gerir os conflitos, deve necessariamente “objetivá-los”. Assim, a resolução do conflito envolve a criação de um modelo formalizado e convencional sobreposto à complexidade da realidade. Como salientam Ventura, Brutti e Brutti: “o modelo objetivo opera fazendo com que uma segunda realidade, puramente fictícia, se sobreponha à realidade atual. O conflito é assim gerido através da mediação de uma “meta-realidade” ficcional, onde a diversidade única do caso concreto em jogo e a pluralidade de pontos de vista (interpretações) sobre a realidade são minimizadas para um significado unívoco (objetivo). A mediação ficcional torna a confusão do conflito objetiva e controlável”. (VENTURA, Marco; BRUTTI, C.; BRUTTI, R. **Diritto, psiche e credenze nel conflitto in mediazione, conciliazione, riparazione**. Turin, 1999, p. 91, tradução nossa).

subjetivos). Na vida real há humanos de carne e osso (María, Francesco, etc.), com seus interesses e emoções; na metarrealidade há somente “papéis” virtuais (devedor/credor, comprador/vendedor). Valendo-se de uma metáfora moderna, poderíamos imaginar tais “papéis virtuais” como avatares sem rostos que possuem suas características definidas não por traços físicos, mas sim por “padrões” abstratos de seus comportamentos; são potencialmente corretos ou errados pela determinação de direitos subjetivos. O devedor não possui uma face, mas é caracterizado somente pelo aquilo que fez, pelo seu comportamento⁶.

Enquanto no mundo real seres humanos são movidos pelos seus interesses, na metarrealidade do direito, os direitos subjetivos são pré-atribuídos a “papéis abstratos”. Interesses são o “porquê” das coisas: são as necessidades dos humanos de carne e osso, não podem ser inteligíveis nem institucionalizáveis antes do conflito emergir. Direitos subjetivos, todavia, são “interesses categorizados” aos quais são designada uma prioridade por meio de um “critério regulatório”: a lei⁷. O conjunto de interesses que emerge da realidade dos indivíduos é muito maior que os direitos subjetivos atribuídos aos “papéis virtuais” da metarrealidade. Tanto os interesses quanto os direitos subjetivos são, portanto, “ferramentas” que podem ser usadas para resolver conflitos, mas operam em diferentes “níveis do jogo”: a realidade da vida e a metarrealidade do direito. Com essa consciência é mais fácil discernir que, enquanto na vida real os interesses – inclusive os opostos – podem ser “interligados” ou “combinados”, na metarrealidade do direito, os direitos subjetivos (“pré-atribuídos” para os “papéis relevantes”) são incompatíveis: um necessariamente prevalecerá sobre o outro, há um vencedor e um perdedor. *Seres humanos buscam decisões quando torna-se impossível a comunicação entre si e, por isso, não são mais capazes de gerar soluções de forma independente e informal por meio da combinação de seus interesses (tanto os convergentes quanto os divergentes)*⁸. *É a quebra na comunicação (na maioria dos casos causada por uma administração imprópria dos sentimentos) que marca a transição da busca por um acordo pela busca por uma*

6 O direito, afinal, “[...] não se preocupa com quem fez algo, mas com o que foi feito; isto também significa que ‘a lei é a mesma para todos.’” (COSI, Giovanni; et al. *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 56, tradução nossa).

7 “Qualquer ordenamento jurídico, dadas as suas características de generalidade e de abstração normativo-jurídica, não pode operar senão como um formalizador de categorias de interesse. São necessários grandes conjuntos considerados comuns e, então, a serem empacotados em caixas chamadas “direitos”. Então, para operar, o ordenamento jurídico baseia os seus jogos no nessas caixas [...]” (COSI, Giovanni. *L'accordo e la decisione: Modelli culturali di gestione dei conflitti*. Turin: UTET, 2017, p. 124, tradução nossa).

8 Há que se ter em mente que, no mundo real, são precisamente os interesses (aparentemente) incompatíveis ou mesmo opostos que tornam possíveis os acordos entre as partes. Um acordo é possível precisamente pelo facto de os interesses serem diferentes. Os interesses comuns e opostos – que, através do processo de negociação, devem ser tornados “complementares” e, portanto, acomodados uns nos outros – podem servir de material para a construção de um bom acordo. Por exemplo, se uma parte estiver interessada num ativo e a outra parte já não estiver, é concluída uma venda. Se uma parte tiver também um interesse no presente e a outra parte no futuro (diversidade de valor atribuído ao tempo), pode concluir-se uma venda a prestações. Se uma das partes acredita que o preço das ações vai subir e a outra que vai descer (diversidade de expectativas), pode ser acordada uma venda em ações.

decisão. Nesse exato momento, as partes se despem do controle sobre o conflito e devolvem a solução para outrem: não haverá mais um confronto entre interesses no mundo real, mas um confronto de (supostos) direitos subjetivos que serão levados a um terceiro em uma “realidade paralela”, com um resultado que repercutirá no mundo real justamente pela decisão. Esse confronto se dará por meio de um “jogo ritualizado”, em que cada parte precisará da intervenção de um profissional especializado (o advogado), que as substituirão, fazendo com que as partes saiam de cena até a decisão do terceiro sujeito, que é o juiz. Os advogados, então, tomarão impulso e jogarão o “jogo” (o processo judicial), concebido segundo a lógica de “ganha/perde”, para que se alcance uma decisão: um tentará prevalecer sobre o outro para provar que seu cliente tem o “direito”, a “razão”. O objetivo não é demonstrar a “verdade”, mas sim, ganhar. Assim, as regras atribuem a cada parte o ônus da prova do que realmente aconteceu na vida real e marcam – ainda que abstratamente – a cisão entre verdade e vitória. O advogado substitui a parte (ao “representá-la”) precisamente em razão de ser o próprio advogado o conhecedor da linguagem que deverá ser empregada nesse jogo: uma linguagem que, como citado, aponta para a vitória, não (necessariamente) para a verdade. Além disso, o processo judicial é um “jogo de soma zero”. As apostas não podem ser alteradas (sendo os seus limites descritos na *petitum*⁹), mas apenas dar retorno a um ou outra parte: uma ganha e a outra perde. Ao fim do jogo ritual e formalizado, o conflito entre seres humanos será solucionado por um terceiro (o juiz) pela aplicação de regras gerais calibradas pelos “papéis virtuais”; essas regras estabelecerão quem tem o “direito”, quem tem a “razão”. A decisão, portanto, resolverá o conflito separando o “certo” do “errado”. E sem necessariamente levar ao “reconhecimento” do outro: afinal, o objetivo do direito não é “fazer as pazes”, mas, sim, restaurar a ordem. Seja pela autoridade, seja pela força. Um ganha, o outro perde. Afinal de contas, é sabido que a deusa da Justiça, apesar de vendada, é sempre representada com balanças e uma espada. E é justamente com esta espada que ela decide, separando o certo do errado, o inocente do culpado, a vitória da derrota. A vitória alcançada na metarrealidade direcionará a vida real. Nesse sentido, a ordem será restaurada, mas de forma “imposta”, visto que a ordem é primeiramente “encontrada” na metarrealidade (em que direitos subjetivos são comparados e se estabelece o que é “justo” e quem tem “razão”) e depois é imposta na vida real, através de uma decisão.

9 Termo em Latim que se refere aos limites do pedido.

III. O ACORDO

O acordo também é uma decisão. Não é a decisão de um terceiro de acordo com uma regra pré-estabelecida. É a *decisão das partes* tomada no momento, com base em seus interesses mútuos. Há uma mudança do “cerne da regra” para o “cerne do ser humano”. Na negociação, afinal, nunca haverá entidades abstratas, mas seres humanos com interesses diferentes – pessoais e/ou coletivos. Do problema familiar ou condominial até a mais complexa negociação internacional, nunca haverá uma negociação entre pessoas jurídicas, corporações ou entidades (essas existem somente na lógica jurídica), mas entre seres humanos de carne e osso e seus interesses (próprios ou alheios)¹⁰. Esses interesses precisam primeiro ser identificados, depois comparados. De fato, para chegar a um acordo, cada parte precisa “aprender” e “entender” os interesses da outra. Esses interesses – que surgem e são identificáveis somente quando emerge um conflito – terão, então, de ser confrontados entre si com o objetivo de combiná-los e/ou encaixá-los. Assim, para se alcançar um acordo, as partes terão de jogar um “jogo”¹¹, em que a lógica não é atacar ou defender, mas simplesmente *aprender* o máximo possível sobre os interesses e sentimentos do indivíduo ante elas.

A vida, afinal, é uma via de mão dupla: não sou capaz satisfazer os meus próprios interesses se não conheço e não tento satisfazer os interesses de outras pessoas, bem como se não conheço ou não tento lidar com os sentimentos de outras pessoas (e com os meus também).

De fato, em contraste com as premissas básicas da teoria dos jogos¹² (na qual cada “jogador” é

10 “Um fato básico sobre negociação, fácil de esquecer em transações empresariais e internacionais, é que não se está a lidar com representantes abstratos do “outro lado”, mas com seres humanos. Estes têm emoções, valores profundamente enraizados e diferentes origens e pontos de vista; e são imprevisíveis. São propensos a preconceitos cognitivos, percepções partidárias, pontos cegos e saltos ilógicos. Tal como nós o somos” (FISHER, R; URY, W; PATTON, B. Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving. In, **Random House Business Book**. Nova Iorque: 2012, 20-21, tradução nossa).

11 Para que se obtenham tanto um acordo quanto uma decisão, é necessário jogar um “jogo”, que, contudo, difere em termos de participantes e de objetivos. Para obter uma decisão, uma terceira parte determina quem está certo, de acordo com uma regra: nesse caso, o objetivo é a vitória acerca de algo que ocorreu no passado. Para obter um acordo, as partes comparam e acomodam os seus interesses: o objetivo é resolver o (maior) problema comum para o futuro.

12 A teoria dos jogos remete a 1654, em uma correspondência entre Blaise Pascal e Pierre de Fermat acerca do cálculo de probabilidades em apostas. A expressão “teoria dos jogos” foi primeiramente utilizada por Emil Borel na década de 1920. O nascimento da teoria dos jogos moderna coincide com a publicação do livro “*Theory of Games and Economic Behavior*”, por John von Neumann e Oskar Morgenstern em 1944, embora outros autores (como Ernst Zermelo, Armand Borel e o próprio von Neumann) tenham escrito sobre a teoria dos jogos anteriormente. Ambos eram, respectivamente, matemáticos e economistas. A ideia desses dois acadêmicos era, essencialmente, tentar descrever o comportamento humano matematicamente em todos os casos de interação envolvendo uma vitória, ou compartilhando recursos de alguma natureza. O mais célebre dentre os acadêmicos a subsequentemente lidar com teoria dos jogos, particularmente com relação a “jogos não-cooperativos”, foi o matemático John Forbes Nash Jr. Em 1950, Nash provou que cada jogo não-cooperativo admite um equilíbrio, uma solução, e essa descoberta assegurou-lhe o Prêmio Nobel de Economia em 1994. Não apenas a teoria dos jogos desempenha uma função positiva (descritiva) na interpretação da realidade (possibilitando explicar o porquê de, em certos conflitos, os sujeitos envolvidos adotarem certas estratégias), mas ela também desempenha uma função prescritiva: qual seja, possibilita determinar como alcançar um equilíbrio como resultado da interação entre dois sujeitos. Um pré-requisito fundamental para que uma teoria seja efetiva é a racionalidade dos tomadores de decisão: no caso de jogadores irracionais, o esquema matemático obviamente perde a sua validade.

racional), deve-se ter em mente que *seres humanos interagindo entre si são seres irracionais*¹³ – de fato, como Dan Ariely demonstrou, são *previsivelmente irracionais*¹⁴ – e, portanto, o objetivo de resolver problemas em comum a partir da criação de valor para ambas as partes só poderá surgir através da *interação humana*, isto é, a contraposição *entre interesses e emoções que surgem mutuamente no momento do conflito*. É evidente, portanto, que qualquer pessoa que deseje tentar “apoie” as partes a chegarem a um acordo deve ter uma preparação adequada, não (tanto) em termos técnicos (ou seja, uma preparação baseada no conhecimento de regras que são necessárias para se obter uma decisão de um terceiro), mas em termos técnico-negociais. Isso significa que a preparação adequada é aquela que mantém as duas partes “em diálogo” para gerenciar suas emoções (isso é, o lado “irracional”) e, por fim, para identificar os respectivos interesses. Trata-se de uma preparação, em essência, que não tenha como objetivo “substituir” as partes no jogo, mas fazê-las jogar melhor.

IV. A NEGOCIAÇÃO DIRETA

O caminho fundamental que leva a um acordo é a negociação direta entre as partes. Aqui não há juízes ou advogados: a negociação é *entre as partes*. A negociação, portanto, é sempre um *processo de aprendizado* mútuo baseado na interação humana¹⁵. Esse processo tem como objetivo: (i) detectar interesses e combiná-los de modo a (ii) construir possíveis soluções. Em uma negociação, não há ataque

13 Por conseguinte, é fundamental considerar que, em situações reais, os jogadores podem comportar-se de forma muito diferente da prevista pelos modelos clássicos da teoria dos jogos: a esse respeito, os aspectos sociais e psicológicos são decisivos, bem como as opiniões de cada jogador sobre os interesses dos outros jogadores, que podem ser formadas através da comunicação “pré-jogo” ou por meio da negociação. A este respeito, confira-se DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L'arte della strategia**. Milão: 2010, p. 142: “muitos matemáticos que se ocupam da teoria dos jogos não apreciam o facto de o resultado de um jogo poder depender de aspectos históricos, naturais ou linguísticos, ou de estratégias puramente arbitrários como os números redondos; preferem que a solução seja determinada exclusivamente pelas características matemáticas do jogo (o número de participantes, as estratégias disponíveis para cada um, os resultados das escolhas estratégicas). Nós discordamos. Na nossa opinião, é perfeitamente legítimo que o resultado de um jogo em que participam seres humanos num contexto social depende dos aspectos sociais e dos aspectos psicológicos do jogo. Pensemos, por exemplo, nas negociações (...).”

14 “A minha observação adicional é que não somos apenas irracionais, mas previsivelmente irracionais - que a nossa irracionalidade acontece da mesma forma, uma e outra vezes. Quer estejamos a agir como consumidores, empresários ou decisores políticos, compreender como somos previsivelmente irracional fornece um ponto de partida para melhorar a nossa tomada de decisões e mudar a forma como vivemos para melhor. Isto leva-me à verdadeira “fricção” (como Shakespeare lhe poderia ter chamado) entre a economia convencional e a economia comportamental. Na economia convencional, o pressuposto de que somos todos racionais implica que, na vida quotidiana, calculamos o valor de todas as opções com que nos deparamos e seguimos o melhor caminho de ação possível. E se cometermos um erro e fizermos algo irracional? Também neste caso, a economia tradicional tem uma resposta: As “forças do mercado” vão exercer o seu poder sobre nós e rapidamente nos colocarão de novo no caminho da retidão e da racionalidade. Com base nestes pressupostos, de facto, gerações de economistas, desde Adam Smith, conseguiram chegar a conclusões de grande alcance sobre tudo, desde a tributação e as políticas de cuidados de saúde até à fixação dos preços dos bens e serviços. Mas... somos realmente muito menos racionais do que a teoria económica padrão supõe. Além disso, estes nossos comportamentos irracionais não são aleatórios nem insensatos. São sistemáticos e, uma vez que os repetimos vezes sem conta, são previsíveis” (ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**: the hidden forces that shape our decisions. Nova Iorque: 2008, p. 13).

15 MONORITTI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell'interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018.

ou defesa, não ganhar ou perder: as partes não competem, mas cooperam para solucionar um problema maior. A necessidade a ser suprida quando se integra uma negociação não é a de “ganhar” do inimigo (como no caso do direito ou da força), mas a de solucionar um problema em comum. Com efeito, o objetivo é solucionar um problema “maior”, cujo perímetro será delineado pela comparação dos próprios interesses com os de outro indivíduo. O outro, então, merece respeito simplesmente porque, a princípio, ele enxergaria seu próprio problema, do seu próprio ponto de vista, exatamente como nós mesmos. O outro não é um inimigo, apenas um adversário.

Sobre essa perspectiva, faz-se necessário desmascarar um mito.

Negociar não guarda vínculo nenhum com os conceitos de “ganhar” ou “perder”. Um negociador eficaz não “vence” os outros, *mas é aquele que, ao obter o máximo de informações possíveis, “constrói” a melhor solução para todos*. Um grande negociador não é aquele que ataca ou defende com maior veemência ou mais eloquentemente, mas sim, é aquele que mais aprendeu sobre os indivíduos envolvidos e seus interesses. Se examinarmos atentamente, apesar de a lógica “ganha/perde” dominar as estratégias na nossa sociedade (sempre trabalhamos entre a tese e a antítese), na dinâmica de escolhas empresariais, por exemplo, a lógica “ganha/ganha”, que visa cooperar e criar valor, já pode ser encontrada. Considere, a título de exemplo, as sessões de *brainstorm* que frequentemente são organizadas em grandes companhias para solucionar problemas. Os líderes empresariais não almejam tomar uma *decisão* imediata, mas a possibilidade de exprimir livremente suas próprias percepções e visões sobre o problema. Esse processo de “aprendizado” coletivo engloba e busca analisar os interesses do outro lado, oferecendo não apenas uma gama completa de possibilidades como também meios e recursos que auxiliam a atingi-las.

Há também outro mito a ser desmascarado.

Enquanto na lógica do direito e da tomada de decisões sempre apresenta um profissional (advogado) contra outro profissional (procurador), que se preparam individualmente para *ganhar do outro*, na negociação os dois profissionais (negociadores) *aprendem um com outro* para “apoiar” as *partes* até que se construa um acordo. Essa movimentação muda radicalmente a lógica (da competitiva para a cooperativa) da *educação* e da interação entre os profissionais.

São os dois negociadores que, ao interagirem, criam a possibilidade de apoiar as partes para que elas solucionem os problemas. E o que precisa ser “solucionado” é o problema “maior”, ou seja, o problema *comum* existente, não *analisando o passado*, para identificar os responsáveis, e, conseqüentemente, as reivindicações legais, mas *analisando o futuro*, por meio da compreensão dos interesses e das emoções

de ambas as partes¹⁶.

Ora, se negociação nada mais é do que um processo de *aprendizado mútuo* (dos interesses e das emoções uns dos outros) baseado em interações humanas, qual é o sentido de se pensar em termos competitivos? Isso seria um oxímoro. A negociação – compreendida enquanto o processo de interações humanas com a finalidade de solucionar o conflito – faz sentido se, e somente se, seu objetivo principal continuar sendo o de permitir que cada indivíduo lide *com o conflito, não de forma competitiva, mas como um jogo cooperativo*.

A. A TEORIA DOS JOGOS E O DILEMA DO PRISIONEIRO

A teoria dos jogos é uma ciência matemática que analisa conflitos e almeja suas soluções por meio de jogos exemplares em que as decisões de uma parte influenciam nas das outras. Ela permite que um modelo matemático possa descrever o processo de tomada de decisão em conflitos em que várias pessoas (ou grupos de pessoas, ou organizações) têm capacidade de tomar decisões autônomas com interesses conflitantes. Na teoria dos jogos, tradicionalmente, os seres humanos são denominados jogadores ou grupos. E um jogo pode ser definido como qualquer situação de interdependência estratégica e, portanto, qualquer situação de conflito. O jogo é representado pela totalidade de seus jogadores, de suas estratégias, e de seus ganhos, que derivam das aplicações de tais estratégias. O objetivo de cada jogador é a maximização de seus próprios ganhos, considerando que esse objetivo é comum a todos os outros participantes do jogo. A partir daí, o jogo é um modelo em que o resultado de cada jogador depende não só das suas próprias escolhas, mas também das escolhas dos outros jogadores. A interdependência da decisão de cada jogador, portanto, é um aspecto essencial dos jogos e pode ser “sequencial” (quando os jogadores se revezam para fazer suas jogadas) ou “simultâneas” (quando os jogadores jogam “simultaneamente” – como no dilema do prisioneiro, leia abaixo – e ignoram as jogadas que os outros estão fazendo). Em síntese, a teoria dos jogos descreve, por meio de modelos matemáticos, o processo de tomada de decisão e lida com conflitos entre jogadores que precisam estar imbuídos de duas características: *ser inteligente e ser racional*; jogadores inteligentes geralmente tem conhecimento em demasia; jogadores racionais são indivíduos que *maximizam suas vantagens pessoais*. A

16 Enquanto o processo judicial olha para o passado para atribuir responsabilidades e produzir uma decisão, a negociação olha para o futuro procurando oportunidades/opções para produzir uma ou mais soluções partilhadas que serão o núcleo do acordo. Um negociador (assim como o mediador) preocupa-se pouco com o que aconteceu no passado e com quem é responsável por isso: ele se preocupa muito mais com a geração de ideias para consertar o futuro. Neste sentido, podemos dizer que a negociação é orientada para as pessoas enquanto um processo judicial é orientada para os factos.

solução do jogo é uma descrição sistemática dos resultados que poderão derivar dele: em verdade, a teoria dos jogos almeja computar matematicamente *a melhor solução racional dentro dos interesses dos jogadores (presumindo, como mencionado, de que eles são racionais) e sugere como alcançá-la.*

Como é sabido, há diferentes tipos de jogos.

Jogos podem ser *competitivos* (ou não-cooperativos) ou *cooperativos*, dependendo do fato de os jogadores poderem decidir sua própria estratégia individualmente sem saber a dos outros ou de poderem concordar antecipadamente com a estratégia a ser seguida para maximizar os ganhos de todos. Afinal, a teoria dos jogos é dividida em duas grandes vertentes: (i) a teoria dos jogos não-cooperativos (a cooperação entre jogadores é proibida ou impossibilitada pela estrutura do jogo)¹⁷ e (ii) a teoria dos jogos cooperativos (a cooperação entre os jogadores existe e eles podem ter laços mútuos ou explícitos e formar coalizões com o objetivo de obter benefícios mais amplos).

Agora, *no cotidiano não é possível determinar de antemão se um conflito tem as características de jogos competitivos ou cooperativos.* Na verdade, a depender de como a interação do jogo se desenrola, um determinado conflito pode acabar sendo de “soma zero”, com um indivíduo vencendo e o outro perdendo, ou de “soma variada”, se o valor tiver sido gerado de uma forma que crie um acordo com todos. *Portanto, não é o conflito em si que é competitivo ou cooperativo, mas é a abordagem dos participantes que define a estrutura do jogo. Em outras palavras, é a forma como o conflito (competitivo/colaborativo) é abordado que delimita as características do jogo, e não o contrário. Afinal, é necessário lembrar que ninguém é compelido a jogar o “jogo”, como aparenta ser, mas que, na realidade, “sempre há de ver um jogo maior”¹⁸.* A relação entre jogos competitivos e cooperativos também pode ser explicada considerando-se que nossa vida é um conjunto de “jogos finitos” que podem ser jogados dentro de um ou mais “jogos infinitos”¹⁹. Cada “jogo finito” exige necessariamente um ganhador em virtude das regras definidas em acordo mútuo entre os jogadores. Não só um “jogo finito” possui limites necessários – em termos de tempo, de espaço e de números – como também é

cercado por outras limitações²⁰. De dentro, um jogo finito possui restrições adicionais que constituem

17 Quando se fala de jogos “não-cooperativos”, o conceito é semelhante ao de “ausência de comunicação” e não de absoluta de cooperação: há de fato modelos de jogos que não prevêem a comunicação entre os jogadores mas incluem, em vez disso, a possibilidade de cooperar (por exemplo, tomado como certo).

18 DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L'arte della strategia**. Milão: 2010, p. 46.

19 “Há pelo menos dois tipos de jogos. Um é chamado de finito, o outro, de infinito. Um jogo finito é jogado com o propósito de ganhar, um jogo infinito com o propósito de continuar jogando. Para que um jogo finito seja vencido por alguém, ele deve chegar a um fim definitivo. Ele chegará ao fim quando alguém tiver vencido. Sabemos que alguém venceu o jogo quando todos os jogadores concordarem em quem dentre eles é o vencedor. Nenhuma outra condição além da concordância dos jogadores é absolutamente necessária para determinar quem ganhou o jogo. (...) Jogos finitos podem ser jogados dentro de um jogo infinito, mas um jogo infinito não pode ser jogado dentro de um jogo finito. Os jogadores infinitos consideram suas vitórias e derrotas em quaisquer jogos finitos que joguem como momentos de um jogo contínuo” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, pp. 3-7).

20 “Assim como é essencial que um jogo finito tenha um final definitivo, ele também deve ter um início preciso. Podemos falar que jogos finitos, portanto, possuem limites temporais – com os quais, é claro, todos os jogadores devem concordar. Mas os jogadores também devem concordar com o estabelecimento de limites espaciais e numéricos. Ou seja, o

as “regras do jogo”: essas regras constituem, essencialmente, os termos contratuais por meio dos quais os jogadores concordam, ao fim, quem será o vencedor. As regras de um jogo finito não podem mudar durante o jogo, caso contrário, se tornaria um outro jogo diferente daquele inicialmente definido. Em contraste, as limitações exógenas do jogo finito podem ser mudadas (ampliadas ou reduzidas) com a concordância dos jogadores. Um jogo infinito não tem limitações espaciais ou numéricas, nem há limites para seu acesso: qualquer um pode jogar um jogo infinito. Enquanto as regras de um jogo finito não podem ser mudadas enquanto se joga, aquelas do jogo infinito, por outro lado, podem ser mudadas livremente enquanto se joga o jogo²¹. *Em paralelo, podemos afirmar que um processo judicial e a decisão judicial se aproximam do conceito de um jogo finito, enquanto a negociação se aproxima do conceito do jogo infinito.*

Afinal, a vida é uma negociação sem fim.

Levando isso em conta, a abordagem competitiva sempre tenderá a delinear um jogo finito (e, portanto, de “soma zero”), enquanto somente uma abordagem cooperativa (as chamada abordagem integrativa) – pela qual é possível conciliar os interesses das partes e, assim, criar um valor agregado novo que subsequentemente será dividido entre os jogadores – pode levar para além das barreiras do jogo finito e, dessa forma, viabilizar um jogo de soma positiva²².

O princípio para dar o pontapé inicial, então, é que o conflito não é um fenômeno patológico que pode ser evitado ou um mal a ser “vencido” ao reivindicar o “direito” de alguém. O conflito é um fenômeno “fisiológico” inevitável, inerente à essência humana, devido à escassez de recursos, de espaço, de tempo e de comunicação. Conflito não é ontologicamente bom ou mal. É a maneira como escolhemos lidar com ele que pode transformá-lo em uma experiência positiva ou negativa. Estamos cercados por conflito. Isso é um fato da vida. Para resolvê-los, precisamos lidar com um conjunto de “jogos” com

jogo deve ser jogado em um espaço delimitado e com jogadores específicos. Os limites espaciais são evidentes em todos os conflitos finitos, desde os mais simples jogos de tabuleiro e esportes de quadra até as guerras mundiais. Os limites numéricos assumem muitas formas, mas são sempre aplicados em jogos finitos. As pessoas são selecionadas para o jogo finito. Não podemos jogar se tivermos que jogar, mas também não podemos jogar sozinhos. Assim, em todos os casos, precisamos encontrar um oponente e, na maioria dos casos, companheiros de equipe que estejam dispostos a jogar conosco. (...) Essas limitações que a data, o local e a participação de cada jogo finito são definidos externamente. (...) Um jogo é jogado naquele lugar, com aquelas pessoas. O mundo é elaboradamente marcado por limites de competição, seus habitantes são finamente classificados quanto às suas elegibilidades” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, p. 4).

21 Nesse sentido, pode-se dizer que, em um jogo finito, os jogadores jogam “dentro dos limites”, enquanto em um jogo infinito os jogadores jogam “com limites” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, pp. 9-10).

22 A abordagem cooperativa (também “integrativa” do conflito) enfatiza especialmente a solução de problemas e os lucros conjuntos, razão pela qual as estratégias “integrativas” incentivam os jogadores (ou seja, os negociadores) a trabalharem juntos para criar soluções finais que sejam lucrativas para todos. O elemento fundamental subjacente a essa abordagem é a ideia de interação (negociação) como um “processo” no qual as partes devem analisar as características do conflito antes de “jogar”. Isso envolve fazer uma série de perguntas sobre o outro lado, as questões a serem negociadas, como discuti-las e quais valores devem ser levados em consideração. Portanto, é um processo que leva um pouco mais de tempo, mas, em longo prazo, isso permite não apenas recuperar o tempo perdido, mas também chegar a acordos melhores, mais fortes e mais válidos. Sob essa ótica, vale a pena mencionar a chamada negociação baseada em princípios (FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In**, Random House Business Book, 2012). Esse tipo de abordagem de negociação vai além das escolhas estratégicas limitadas da negociação competitiva (distributiva do valor existente) e permite a preparação e a cooperação para criar valor.

a compreensão de que cada jogo é sempre parte de um “jogo maior”. E, é justamente essa tentativa de sempre jogar o “jogo maior” que torna possível a cooperação e da criação do valor agregado algo possível.

A confirmação do supracitado pode vir do exemplo de alguns princípios e critérios da teoria dos jogos, fornecidos pelo famoso “dilema do prisioneiro”. O dilema representa uma situação típica que pode exprimir a essência de inúmeros conflitos e interações que podem ocorrer diariamente. A sua estrutura matemática foi estudada por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950 e posteriormente formalizado por Albert Tucker²³. É um jogo de informação completa, pois cada jogador conhece todas as regras. Vamos analisá-lo.

Dois criminosos, cúmplices em outras ocasiões, são parados pela polícia em dois carros diferentes, próximos de uma joalheria recém roubada. Ambos são acusados pelo crime e são detidos em celas diferentes. *Sem nenhuma chance de se comunicarem*. Cada um tem duas opções: confessar ou não confessar. É explicado melhor para os acusados: (i) se somente um confessar acusando o outro, o que confessou não sofrerá sanção, mas o outro será condenado a sete anos; (ii) se ambos se acusarem, ambos serão condenados a seis anos; (iii) se nenhum confessar, ambos serão condenados a um ano, pois ambos são culpados de carregarem armas. A escolha é difícil. Um dilema, de fato: trair o outro para manter sua liberdade, ou não falar nada, correndo o risco de sofrer a condenação mais severa?

	Confessar	Não Confessar
Confessar	(6,6)	(0,7)
Não Confessar	(7,0)	(1,1)

Como se depreende da tabela acima, a melhor e mais *racional* estratégia neste jogo *não-cooperativo* é que ambos confessem, já que nenhum dos dois criminosos sabe o que o outro escolherá. Afinal, para cada um dos detidos o objetivo é minimizar sua própria pena. Portanto, se cada prisioneiro confessar, o confessado poderá ser sentenciado a 0 ou a seis anos, enquanto se não confessar, o prisioneiro corre o risco de ser condenado a um ou sete anos. Assim, a melhor estratégia para minimizar a condenação é a de que ambos confessem ou neguem. Bem, essa estratégia coincide com o chamado *Equilíbrio de Nash*. É a escolha *mais racional*, o equilíbrio do qual nenhuma das partes tem interesse em se desviar devido ao fato de que, dada a mesma escolha pela outra parte, a sentença aumentaria em anos. Quando a estratégia de um jogador é mais vantajosa do que qualquer outra, independente da estratégia ou da combinação

23 Poundstone, W. **Prisoner's Dilemma**. Nova Iorque: Doubleday, 1992, pp. 8-9; Nasar, S. **A Beautiful Mind**. Nova Iorque: Simon&Schuster, 1998, pp. 118-119.

de estratégia presumida pelo oponente, é dito que o jogador tem uma “estratégia dominante”. No caso do “dilema do prisioneiro”, ambos os jogadores têm a “estratégia dominante”.

Para ambos, na verdade, a estratégia de não confessar é dominante em relação à estratégia de confessar. Assim, ao se eliminar as estratégias dominantes, o *Equilíbrio de Nash* pode ser encontrado. O ponto correspondente ao Equilíbrio de Nash (os dois prisioneiros cooperam com a polícia e são sentenciados a seis anos de prisão) propicia, portanto, um excelente resultado que satisfaz todos os jogadores: representa uma *situação final de equilíbrio*; um resultado final em que nenhuma modificação unilateral é conveniente. Mas atenção! Esse não é o melhor resultado absoluto para nenhum dos criminosos. Na verdade, o melhor resultado – chamado de “Otimidade de Pareto” – é que *nenhum deles confesse*, correndo o risco de serem condenados a 1 ano e não 6. No entanto, esse não é o ponto de equilíbrio. De fato, a Otimidade de Pareto é a situação em que nenhum indivíduo ou preferência pode ser feito melhor sem fazer com que o outro indivíduo fique pior. *A Otimidade de Pareto é racional do ponto de vista coletivo, mas não é de nenhuma forma racional do ponto de vista individual*. Em essência, se o indivíduo jogar o jogo de acordo com a lógica individual, isso é, com único objetivo de maximizar o seu resultado pessoal, não haverá necessariamente a Otimidade de Pareto.

Em alguns casos, eles atingem esse objetivo e, em outros, não; nesse último caso, suas ações resultam em desperdício ou má alocação de recursos. Voltando ao nosso dilema, foi dito que a Otimidade de Pareto não é o ponto de equilíbrio. Vejamos o motivo. Suponhamos que os dois prisioneiros tenham prometido não confessar no caso suas prisões. Agora ambos estão presos em celas diferentes se questionando se a promessa será mantida pelo outro. E, se um prisioneiro não cumprir a promessa e o outro cumprir, somente o descumpridor estará em vantagem e liberto. De acordo com a teoria dos jogos, só há um equilíbrio (confessar, confessar). Como mencionado, essa é a estratégia (uma para cada jogador) em relação à qual nenhum jogador tem interesse em ser o único a alterá-la. O Equilíbrio de Nash pode ser visto como uma ferramenta teórica que rompe o ciclo vicioso determinado na mente de cada jogador em todos os casos em que, em um conflito, a decisão de uma parte dependerá do comportamento da outra (e vice-versa). Ele é baseado na ideia de um resultado em que, respondendo a estratégia do seu oponente, cada jogador envolvido escolhe a estratégia mais eficaz em vista de seu próprio interesse.

Tendo isso em conta, *é claro que a busca do interesse próprio – doravante, a estratégia dominante – não leva ao melhor resultado para ambas as partes*. E, na verdade, **quando os jogadores recorrem à estratégia**

dominante, ambos agem da forma menos vantajosa do que quando conseguem se comunicar e chegar a um acordo compartilhado e confiável, segundo o qual escolheriam a outra estratégia dominada. Em suma, poderíamos dizer que se as duas estratégias (dominante e dominada) fossem descritas como “não cooperar entre si” e “cooperar entre si”, isso significaria que “não cooperar é a estratégia dominante para ambas, e a combinação em que todos os jogadores escolhem “não cooperar” leva a um resultado menos vantajoso do que se tivessem escolhido “cooperar”²⁴. Dito tudo isso, para nossos propósitos, é útil fazer uma breve reflexão sobre o significado mais profundo do Equilíbrio de Nash. Até agora, vimos que ele representa uma situação em que nenhum agente *racional* tem interesse em mudar de estratégia e como ele é o resultado de todos os jogadores escolherem sua estratégia dominante. O Equilíbrio de Nash representa, portanto, a situação em que um grupo é formado se cada membro fizer o que é melhor para si mesmo (portanto, o objetivo é maximizar seu próprio lucro, independentemente das escolhas de seus oponentes). Entretanto, como vimos, não necessariamente o Equilíbrio de Nash é a melhor solução para todos. Embora seja verdade que, no Equilíbrio de Nash, o jogador individual não pode aumentar seu lucro apenas mudando sua estratégia, não é de forma alguma certo que um grupo de jogadores (ou, em um cenário extremo, todos eles) não possa aumentar seu lucro afastando-se conjuntamente do equilíbrio. Afinal, o próprio Nash, ao descrever sua teoria deixou claro que *“um jogo pode ser descrito em termos de estratégias, que jogadores devem seguir em todos os seus movimentos: o equilíbrio existe quando ninguém pode melhorar unilateralmente seu comportamento. Para mudar, precisamos agir em conjunto. Porque unilateralmente só podemos evitar o pior, enquanto para alcançar o melhor precisamos de cooperação”*²⁵. No dilema do prisioneiro, o principal impasse para os jogadores é escolher entre dois tipos de comportamentos: (i) o comportamento racional, egoísta e não-cooperativo (racionalidade individual); ou (ii) o comportamento irracional e cooperativo (racionalidade coletiva).

Há, portanto, uma diferença entre racionalidade individual e racionalidade coletiva: enquanto a primeira, como mencionado, diz respeito à capacidade de maximizar o lucro pessoal, a segunda diz respeito ao conceito de eficiência (chamada de Otimalidade de Pareto). Nesse instante, fica evidente que é justamente o dilema do prisioneiro que enfatiza a importância e o valor do comportamento altruísta. Se os jogadores se comportam de forma altruísta e ambos escolherem suas estratégias de acordo com a vantagem (também) do outro lado, então a estratégia “Não confessar, Não confessar” se torna o equilíbrio resultante de uma estratégia dominante (Equilíbrio de Nash) e de

uma solução eficiente para o grupo (Otimalidade de Pareto). Dessa forma, entende-se que o Equilíbrio de Nash

²⁴ DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. *L'arte della strategia*. Milão: 2010 p. 93.

²⁵ NASH, John. Interview with Piergiorgio Odifreddi, John Nash tra genio e follia. **Repubblica, Espresso, Cultura**, 11 de março de 2008.

pode não ser uma otimalidade paretiana e que, portanto, podem existir outras combinações de estratégias que tornem um indivíduo melhor sem tornar pelo menos um indivíduo pior, ou mesmo, como no caso do dilema do prisioneiro, apresentar vantagens para todos. A comparação entre o Equilíbrio de Nash e a Otimalidade de Pareto, portanto, desmente o que foi afirmado por Adam Smith, que foi considerado, antes da formulação da teoria do equilíbrio, o “pai da economia moderna”. Smith acreditava que se cada membro do grupo buscasse seu próprio interesse, o efeito só poderia resultar em uma situação melhor para todos os membros – a Otimalidade de Pareto, em síntese. Em contraste, *como apontado acima, se cada membro do grupo buscar somente o que é melhor para si, o resultado poderá ser um Equilíbrio de Nash, mas não necessariamente uma Otimalidade de Pareto*. Por isso, se cada jogador buscar somente seu próprio benefício, é possível obter uma alocação ineficiente de recursos. No caso do dilema do prisioneiro, o supracitado se torna evidente: o mínimo possível de anos de prisão é 0 para o indivíduo e dois para o grupo, mas, se ambos escolherem sua estratégia dominante, cada um receberá seis anos de detenção.

Portanto, a matemática nos ensina algo importante: cooperação baseada em confiança permite que todos ganhem algo, não só do ponto de vista moral, mas também do ponto de vista material. É evidente que, se quiséssemos tentar adentrar na mente de alguém, prever influenciar seus comportamentos, deveríamos nos esforçar em “construir confiança” e “cooperar” (em outras palavras, negociar), pois, muitas das vezes, ao contrário do que acontece em jogos, uma interação entre seres humanos é possível, justamente porque escutar, aprender (sobre o outro) e comunicar é possível. E essa interação sempre traz maiores benefícios para todos.

B. A DEFINIÇÃO DE NEGOCIAÇÃO: UM PROCESSO DE APRENDIZADO

Negociação é um “jogo” informal em que *as partes participam* diretamente e em que o objetivo não é atribuir uma vitória ou uma derrota, mas que *as partes entre si* resolvam seu *problema comum*. Não o problema de um (para fazer prevalecer um sobre o outro) contra o problema do outro (para se fazer prevalecer sobre o primeiro) *mas o problema (maior) de ambas as partes* sem a intervenção de nenhuma força exterior, mas simplesmente através de interações mútuas. E é um jogo de soma positiva (ganha/ganha)²⁶. É possível jogar o jogo “maior” e expandir as apostas pois não se está vinculado ao *petitum*²⁷.

²⁶ Sobre isso, vale a pena mencionar que, em contraste, a “transação” (art. 1965 do Código Civil Italiano), por meio da qual as partes fazem “concessões mútuas” para resolver o conflito, é um “jogo de soma negativa”; de fato, é também um “jogo de soma negativa (perde/perde) embutido em um jogo de ‘soma zero’ (ganha/perde)” (COSI, G. **L'accordo e la decisione**: Modelli culturali di gestione dei conflitti. Turim: UTET, 2017, p. 128).

²⁷ “Primeiras ofertas, contrapropostas e padrões de concessão são partes importantes desse jogo. A teoria da ne-

Nesse jogo, como mencionado, não há vencedores ou perdedores.

Assim, se quiséssemos perguntar o que “ganhar” realmente significa em termos de negociação, a resposta seria que em uma negociação “vence-se” quando, embora não se atinja um resultado máximo teoricamente alcançável por qualquer uma das partes, *o nível máximo de satisfação de todas as partes nessas circunstâncias é alcançado*. Poderíamos então argumentar que, definindo o objetivo de qualquer negociação, ***o melhor resultado é atingido quando cada negociador faz o que é melhor para si e para outros***²⁸. Substancialmente, dado que o melhor resultado *para todos* é sempre obtido por meio da cooperação²⁹, a *negociação* deve ser vista como um processo de interações humanas que – por meio do aprendizado de informações e da influência sob os comportamentos – permite que o *conflito possa ser resolvido como um jogo cooperativo, ou seja, para dirigi-lo e/ou transformá-lo de um jogo competitivo em um jogo cooperativo*. Consequentemente, essa é a **definição de negociação** que pode ser útil para entender sua real essência e, desse modo, o processo educacional para se tornar um negociador. Não se trata de um processo de comunicação ativa pela qual uma parte ataca e/ou se defende para obter o que é tido como o melhor para si, mas é um ***processo de aprendizado de interesses e de sentimentos das partes, que aspiram a combiná-los e gerar soluções úteis para atingir o melhor resultado para todos***. Em uma negociação ninguém “fala para atacar”, mas sim “escuta para apreender”. E isso é o que concatena a melhor solução para todos.

Daqui em diante, presumindo que o melhor resultado a ser buscado para resolver conflitos não é maximizar o benefício próprio a curto prazo, mas *maximizar o valor próprio e, ao mesmo tempo, o de todos, preferencialmente a longo prazo*, a meta a ser encontrada em toda negociação só pode ser encontrar soluções que criem valor agregado para toda a comunidade-alvo (também podendo ser duas pessoas). E, para tal, ao invés de começar ou continuar a jogar em uma perspectiva não cooperativa – isso é, a ausência de aprendizado mútuo – será necessário, se preparar para “mudar o jogo” (ou o conflito) de não cooperativo para **cooperativo**:

negociação, no entanto, nos diz que muitas vezes esse é o jogo errado para se jogar. A suposição da ‘torta fixa’ geralmente é incorreta. Não é necessariamente verdade que mais para mim significa menos para você. Um dos principais desafios nas negociações é identificar movimentos que criam valor: coisas que são baratas para eu dar e valiosas para você receber, e vice-versa. Para ser claro, “aumentar o bolo” não é necessariamente bom em si. No final das contas, o que importa é o tamanho da sua fatia, mas é obviamente muito mais fácil obter uma fatia grande se a torta geral for maior” (SUBRAMANIAN, G. **Dealmaking**: The new strategy of negotiauctions. Nova Iorque: 2010, p. 22).

²⁸ A esse respeito, é curioso que, enquanto o prefácio original do primeiro livro de Dixit e Nalebuff, intitulado “I Win, You Lose”, começava com “[p]ensar estrategicamente é a arte de ter mais sucesso do que o adversário, sabendo que ele está tentando fazer exatamente o mesmo”; no prefácio do segundo livro, intitulado “Art of strategy”, os próprios autores acrescentaram o seguinte: “pensar estrategicamente é também a arte de encontrar maneiras de colaborar, mesmo quando os outros são motivados apenas por seus próprios interesses. (...) É a arte de interpretar e revelar informações. É a arte de se colocar no lugar da outra parte para prever e influenciar sua conduta” (DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L’arte della strategia**. Milão: 2010, tradução nossa).

²⁹ UNGUREANU, V. **Pareto-Nash-Stackelberg Game and Control Theory**: Intelligent paradigms and Applications. Springer: 2018, p. 46

C. O DILEMA DO NEGOCIADOR

É precisamente a capacidade de negociar de forma eficaz – instilada cientificamente – que pode permitir a resolução do que David Lax e James Sebenius, revendo a estrutura do dilema do prisioneiro, vieram a chamar de “dilema do negociador”³⁰. Para representar as tensões que ocorrem entre dois negociadores, os autores construíram um cenário em que dois indivíduos fictícios, Ward e Stone, discutem problemas diferentes. Ward e Stone precisam escolher entre duas alternativas: eles podem “cooperar” (adotar uma abordagem aberta e prestativa) ou “competir” (adotar uma abordagem fechada e protetora). Os negociadores também lidam com a escolha dos prisioneiros no famoso “dilema” frente a decisão entre competir ou cooperar: aqui, a cooperação corresponde a uma abordagem mais sutil, com o objetivo de agregar valor, enquanto a competição corresponde à uma abordagem mais agressiva com o objetivo de agregar valor somente para si. Para representar as várias possibilidades que emergem da interação entre os dois atores, Lax e Sebenius propuseram o seguinte:

		Stone's Choice	
		Create	Claim
Ward's Choice	Create	Good	Great
	Claim	Terrible	Mediocre

Como demonstra a figura acima³¹, se Ward e Stone cooperarem, ambos obterão um resultado “bom”. A abordagem receptiva e auxiliadora permite que identifiquem oportunidades que criam valor a ser eventualmente compartilhado.

Em contrapartida, se Ward e Stone competirem, ambos obterão um resultado “mediocre”. Isso porque a abordagem defensiva impede que sejam identificadas oportunidades que criam valor. Nesse caso, eles seriam forçados a lutar para compartilhar uma pequena fração restante. A terceira

possibilidade, na diagonal da matriz, será aquela em que um coopere e o outro compita. Assim, se Ward

30 LAX, David A.; SEBENIUS, James K. **The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain**. Nova Iorque: Free Press, 1986, p. 38-39.

31 Imagem original.

competir e Stone cooperar, Ward obterá um resultado “ótimo” e Stone permanecerá com um resultado “terrível”. E vice-versa. Portanto, a pergunta é: em uma negociação, pensando racional e logicamente, Ward deverá escolher competir ou cooperar?

A pergunta exige uma análise do comportamento que Stone poderá adotar. Um resultado “ótimo” é melhor que um resultado “bom”. Dessa maneira, se Stone escolher cooperar, a melhor resposta para Ward será escolher a competição: Stone terá uma postura receptiva e auxiliadora e Ward poderá usar das informações obtidas para identificar e se beneficiar de todas as oportunidades de criação de valor em vez de cooperar e dividir o valor criado com Stone. E se Stone optar pela postura competitiva? Mais uma vez, o melhor para Ward seria escolher a competição. Afinal, um resultado “mediocre” é melhor do que um resultado “terrível”. Conclui-se que o princípio deverá ser o seguinte: independente da escolha de Stone, a melhor resposta para Ward será sempre competir. E, simetricamente, o mesmo é verdadeiro para Stone.

Tudo isso prova que a estratégia de competir é dominante, o que significa que será sempre conveniente tanto para o Ward quanto para Stone competir, independente da escolha que o outro lado tome. Nesse sentido, o resultado sempre será, no mínimo, “mediocre” para ambos, que, em uma inspeção pormenorizada, não é otimizada, haja vista a possibilidade em que ambos cooperassem e agregassem valor. Em outras palavras, **se considerarmos todas as interações humanas como totalmente racionais**, o resultado do estudo de Lax e Sebenius demonstraria que a abordagem competitiva é a preferida desde que possibilite o melhor resultado (apesar de mediocre) a curto prazo; mas não é o melhor resultado entre todos os possíveis. Assim, *o dilema do negociador também nos faz perceber que se negociadores se comportam de forma lógica e racional, o resultado da negociação será sempre “mediocre”, dado que as partes vão deixar de obter valor disponível*. Esse estudo nos faz perceber que em toda negociação há o risco de se perder oportunidades para se agregar valor para ambas as partes. *Felizmente, no entanto, na vida real negociadores possuem vantagens sobre a situação supracitada: eles podem escutar, aprender uns com os outros e se comunicar*.

D. O OBJETIVO FINAL DA CIÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO

Eis, então, o objetivo da ciência da negociação: disponibilizar a todos os jogadores a ferramenta (processo de aprendizado) que pode dissolver qualquer conflito através de um jogo colaborativo. Para cooperar, ao menos dois elementos são necessários: a coleta de informações (sobre o interesse do outro negociador) e a

construção de uma relação. É claro, portanto, que para se construir um “acordo”, as partes precisam necessariamente escutar, aprender e se comunicar. Afinal, a única forma de compor seus interesses de forma *independente* é se valer da linguagem que conhecem, a da realidade da vida (seus interesses). Assim, as principais personagens do caminho que leva a um acordo são as *partes* em si.

Por esse caminho (negociação), o conflito é dissolvido pelas partes de forma independente. O “procedimento” para chegar ao acordo não é, e não deve ser, pré-estabelecido por forças exógenas (por exemplo, o direito) mas pelas próprias partes que acordam livremente sobre o processo e escolhem assentar, em nível substantivo, os interesses em jogo. *Isso não significa que as partes não precisem de “apoio”, mas esse apoio não pode jamais ser tal que exclua a presença das partes e/ou as “destitua” do controle sobre a administração do conflito; qualquer apoio externo precisa necessariamente procurar “auxiliar” as partes no mesmo nível do jogo, não substituí-las ou jogar o jogo em outro nível (como no plano jurídico).*

Em termos concretos, essa “assistência” externa pode e deve se apresentar enquanto apoio: (i) no gerenciamento emocional para manter a comunicação entre as partes sempre constante (relacionamento); (ii) na definição do procedimento que elas terão que seguir para chegar a um acordo (processo); e, (iii) ao concatenar possíveis opções/soluções para satisfazer os interesses mútuos³². E essa “assistência” externa às partes pode vir mesmo antes da figura do mediador (que “fica no centro”), enquanto *duas figuras ao lado de cada parte envolvida, cuja preparação, como veremos, talvez não seja (apenas) técnico-jurídica mas técnico-negocial. Escutar para aprender ao invés ouvir para atacar ou para defender*³³:

V. MEDIAÇÃO

Uma negociação direta pode se tornar uma *mediação* quando um terceiro intervém no processo de estabelecimento do interesse comum. O terceiro não substitui as partes na resolução do conflito, não decide nem define quem ganha e quem perde, como um juiz faria. Ele mantém e facilita a comunicação entre as partes, ajudam-nas a analisar os estágios de suas reuniões e as *orientam* a encontrar as melhores

32 O currículo da disciplina de “Ciência da Negociação” – que descreve os antecedentes de quem “assiste” as partes em uma negociação – passa por três capítulos básicos: relacionamento, processo e substância (MONOROTI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell’interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018)

33 “Ao invés de escutar a outra parte para conhecer suas preocupações, criticamos sua perspectiva e condenamos seu caráter. Mas não ousamos criticar nossa própria perspectiva, pois tememos ser desleais à nossa própria identidade” (SHA-PIRO, D. **Negotiating the Nonnegotiable**. Nova Iorque: 2016, p. 43)

soluções para *sens* problemas comuns. Afinal, é precisamente a comunicação direta entre as partes que permanece indispensável até em uma mediação: sem ela, o pré-requisito para seu funcionamento adequado se esfacela.

São sempre *as partes*, então, que são as personagens principais da mediação (certamente não o mediador nem aqueles que “assistem” as partes). E são sempre *as partes* quem detém o controle sobre a gerência do conflito. *Mediação, afinal, nada mais é do que a negociação entre as partes (e certamente não entre advogados) guiada pelo mediador. Mediação também é – e precisa manter-se como – um processo autônomo e informal* que não tolera “regras procedimentais” externamente impostas por terceiros e ou entidades de outras partes ou da lei. Caso contrário, a efetividade da ferramenta estaria evidentemente “distorcida” e precisaria deixar as partes com o controle não apenas sobre o momento e as modalidades da reunião, mas também sobre a discussão substancial.

Reconhece-se que, mesmo em uma mediação, *as partes terão de estar presentes e sempre se comunicarão em sua linguagem própria (aquela dos interesses); uma linguagem que não pode ser transformada na linguagem técnico-jurídica dos advogados (aquela dos direitos subjetivos)*. Qualquer profissional que “assista” às partes, juntamente com o mediador, não deve substituí-las ou representá-las, mas deve, em vez disso, ajudá-las a se comunicarem entre si usando sua própria linguagem (não a linguagem do direito).

Então, o que é necessário não é um domínio da decisão técnica (própria do advogado), mas um profissional de interação humana (um negociador). O desafio fundamental do negociador não será “atacar” ou “defender” (ganhar ou perder), mas “reabrir” ou manter “aberta” a comunicação entre as partes. Somente assim será possível apoiá-las na definição do caminho que levará a um acordo (quem? como? onde? quando?) e construindo possíveis soluções para o problema compartilhado por meio do confronto de seus respectivos interesses. *Ao contrário de advogados, quem “auxilia” na mediação não fica “à frente” das partes, mas “ao lado”, e deve cooperar com cada uma delas para que possam dissolver seu problema comum (o problema comum das partes)*. Nesse sentido, de fato, o acordo tem um valor “constitucional” e serve como guia factual para futuras interações entre as partes, As partes serão os pais fundadores da relação futura; os negociadores precisam ser o apoio para que eles (re)escrevam sua constituição.

9. A CIÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COMO OBRIGATÓRIA NAS NOSSAS UNIVERSIDADES

Duas importantes consequências emanam do supracitado:

(i) na mediação, *independente do lado do mediador*, a presença de (uma ou duas) “novas figuras profissionais” que, independente de licença para praticar o direito, estudaram a ciência da negociação;

(ii) se tais profissionais foram exigidos a estudar *uma ciência diferente da jurídica – nominalmente, a ciência da negociação*³⁴ – *ela terá de ser introduzida e se tornar central em todos os sistemas universitários*.

Isso deve começar, primeiro, nas Faculdades de Direito.

Cabe às universidades devem preparar a geração mais jovem não apenas como técnicos do saber jurídico, mas também como negociadores profissionais. Afinal, em um sistema renovado – em que o princípio da autodeterminação dos indivíduos³⁵ (menos dispostos a esperar e lidar com a ordem imposta ou mais inclinados a resolver seus conflitos de forma autônoma) está crescendo cada vez mais – um profissional moderno de conflitos não poderá mais se limitar ao papel de um “técnico jurídico”; ele não deverá mais ser um profissional capaz de interpretar regras abstratas e predeterminadas – e, como tal, nunca “precisas” – e de associá-las aos fatos; não poderá mais ser apenas um “técnico” que redige os atos para transmitir a um terceiro (o juiz) que é competente “pela lei” ou que faz cumprir a decisão por meio da “força” do Estado; finalmente, não poderá mais se limitar a formalizar em um contrato o conteúdo de uma vontade já interpretada e determinada independentemente pelas partes.

Precisamente, *por meio do estudo da ciência da negociação*³⁶ será possível formar negociadores capazes de auxiliar as partes em uma negociação direta ou em uma mediação; e, em casos posteriores, formar negociadores capazes de sustentar-se profissionalmente ao lado de mediadores; profissionais que cientificamente preparam uma estratégia, ativam e se engajam na linha de frente em uma sessão de escuta persuasiva e uma comunicação direcionada a compor os interesses das partes envolvidas e, assim, criar o consenso. *O profissional moderno será cada vez mais empenhado em dissolver conflitos, não por meio das normas jurídicas, mas por meio de interações que os geraram*; um atividade que, portanto, não somente exige conhecimento dos parâmetros legais, que pré-existem para regular relações entre indivíduos, e o procedimento para tê-los determinados pelo Estado, mas pelo ser humano e as regras fundamentais da interação humana.

Na estratégia preparada por um negociador eficaz, portanto, a regra jurídica não será mais a

34 Foi justamente a Suprema Corte Italiana (n.º 8473/2019), referindo-se à “(...) aquisição de habilidades relacionais e humanas adicionais, incluindo a capacidade de entender os interesses das partes além das reivindicações legais”, que esclareceu definitivamente que a preparação profissional daqueles que resolvem conflitos não deve se concentrar na capacidade de confrontar “direitos subjetivos” (direito), mas interesses humanos (negociação).

35 COSI, G. Conoscere il conflitto. In LUCARELLI, P.; CONTE, G. **Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa**. Turim: 2012, pp. 12-ss.

36 MONORITI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione: Il Manuale dell’interazione umana**. Milão: Giuffrè, 2018.

única, mas apenas uma entre as muitas ferramentas e critérios que podem ser utilizados para a solução dos interesses das partes e para a resolução de conflitos. Dessa maneira, se as Faculdades de Direito de hoje os advogados são treinados para atuar no processo judicial, mas Faculdades de Direito (e de Negociação?) de amanhã, serão treinados não apenas para advogar, mas, também, para negociar, tornando-se especialistas que conduzem *profissionalmente* a negociação direta e a mediação.

O estudo da ciência da negociação exigirá, além disso, a implementação de um *modelo diferente de treinamento*, comparado àquele do direito: *o modelo que não deve preparar individualmente, mas coletivamente. Será necessário treinar não mais profissionais “individuais”, mas “pares”*: pares “virtuais” que corresponderão aos pares “reais” que, no futuro, se encontrarão na mesa de negociações. Serão exatamente os pares que, cooperando uns com os outros, “assistirão” a seus respectivos clientes para que esses possam chegar a um acordo (ou seja, os acordos *dos clientes*).

Em adição às Faculdades de Direito, seria relevante se a ciência da negociação fosse ensinada em outras faculdades que preparam a juventude para se envolver em áreas intrinsecamente conflituosas, como, sobretudo, a economia e a ciência política. E não só. Como a vida é uma negociação infinita, vários benefícios seriam acumulados em suas futuras profissões para aqueles matriculados em outras faculdades, como, a título de exemplo, Engenharia e Medicina³⁷, tanto para gerenciar interações entre colegas, quanto com os usuários dos serviços relevantes.

A introdução da ciência da negociação enquanto disciplina obrigatória em todas as universidades do mundo não só teria o efeito de treinar “novas figuras profissionais”, mas levaria automaticamente o mercado de conflitos a aceitá-las, dando-lhes uma colocação específica e indispensável.

E, na verdade, as próprias empresas – e, porque não, também os escritórios de advocacia – poderiam introduzir e desenvolver *equipes de negociação* que cooperaram entre si e “prestam assistência” aos cidadãos e às empresas a resolver problemas cotidianos rápida e informalmente.

Ao se considerar princípios básicos da ciência da negociação, a composição típica das equipes de negociação pode exigir a presença conjunta de pelo menos duas figuras: um negociador – que analisa e sintetiza a estrutura da negociação e “presta assistência” à parte sem substituí-la – e o litigante – não como um gestor de conflitos, mas como um especialista que identifica e avalia um parâmetro fundamental, ou seja, a melhor alternativa para um acordo (definido tecnicamente como *BATNA* - *Best*

³⁷ A literatura científica relata, por exemplo, casos de consequências prejudiciais aos pacientes que ocorreram como resultado de um gerenciamento inadequado da interação humana entre colegas (por exemplo, falha na transferência de informações) devido essencialmente ao despreparo de negociação (FISHER, R.; SHAPIRO, D. **Beyond reason**. Nova Iorque: Penguin Books, 2005, p. 115)

Alternative to a Negotiated Agreement). Como é sabido, é da relação relativa entre os *BATNA* de ambas as partes que a força de negociação é determinada como um parâmetro fundamental para o propósito não apenas de definir a estratégia relevante, mas de avaliar a adequação e a eficiência do conteúdo do acordo potencial.

Há outro elemento, entretanto, que, como consequência dessa “profissionalização” do negociador, será quase natural nos diversos sistemas jurídicos: a limitação do mandato. Como visto, para garantir o devido desdobramento da negociação direta e ou da mediação, é fundamental que a troca de informações seja facilitada para ambas as partes. Isso, no entanto, não pode prejudicar as próprias partes quando, não chegando a um acordo, decidam ir à juízo dirimir sua disputa. Em outras palavras, enquanto é necessário “incentivar” a troca de informação durante o processo de mediação de um lado, é também necessário prevenir que tais informações sejam usadas pelas partes contra outrem perante a “ferramenta” diferente e subsequente, que é o processo judicial.

Nesse sentido, para maior proteção das partes e precisamente para abrir novos “espaços” para o profissionalismo dos advogados, no futuro, prever um mandato limitado para os advogados que “assistem” as partes na negociação direta ou na mediação. Em essência, quando o treinamento universitário adequado se maturar, será quase automático prever legalmente que o advogado que “assistir” a parte na mediação não poderá “representá-la” em eventual processo judicial. Essa solução, afinal, garantiria não apenas maior proteção para as partes em juízo contra o uso indevido de informações adquiridas no curso da mediação, mas poderia “apoiar” ainda mais a “profissionalização” da assistência em uma negociação direta ou um mediação.

O mandato limitado, de fato, possui a vantagem indubitável de criar confiança e proteger a confidencialidade, além de motivar as partes e os profissionais a chegarem a um acordo. Não qualquer acordo, mas um que resulte da combinação real de seus interesses. Da perspectiva individual, há certamente desvantagens, tanto para o cliente, quanto para o advogado (já que, caso a negociação seja frustrada, não seria só o cliente trocando de advogado, mas o advogado perdendo um cliente). No entanto, essas desvantagens seriam compensadas a longo prazo em nível social em uma perspectiva mais ampla que levará a uma nova visão das profissões e à diversificação dos serviços de “assistência” prestados aos cidadãos: negociação e litígio.

Será necessário garantir que as novas gerações superem, por meio da educação, a presunção de que, para se resolver um conflito e restaurar a ordem, um indivíduo não poderá fazer mais do que:

(i) usar a força diretamente contra o inimigo para fazê-lo se curvar; ou (ii) fazer com que um juiz verifique a existência de uma regra padronizada e preestabelecida que nos julgará “justos” e nos fará “vencer” o outro lado (se for o caso, aplicando essa regra por meio da força estatal). Há, ao menos, mais uma possibilidade: fazer com que o estado das coisas seja determinado e reestabelecido de forma independente *pelas partes* com uma solução para um problema em comum. Mas isso exige aprender a “assistir” às partes por meio de tornar-se um negociador eficiente. Será possível superar o maior preconceito: ninguém nasce um negociador, mas todos podem se tornar um!

Com o devido estudo e a preparação científica.

Em suma, somente ao se redirecionar nossa educação sobre o estudo científico da negociação³⁸ é que a ordem negociada (negociação direta e mediação) pode automaticamente evitar assumir um valor “alternativo” em face do processo judicial (ainda chamado de *ADR - Alternative Dispute Resolution*) e se tornar, por si própria, preliminar e principal em detrimento dele. Como consequência imediata, a disputa legal vai finalmente mostrar sua verdadeira função: um anteparo residual e delicado contra a força e a violência humana. E, como tudo que é delicado, poderá ser usado pouco e com extrema delicadeza. Trata-se de recuperar uma abordagem mais liberal da resolução de conflitos – provavelmente perdida nas primeiras décadas do século passado com o advento de um modelo de Estado autoritário – em que a lógica passa a ser “assistir” às partes em conflito oferecendo um serviço, em vez de excluí-las do conflito impondo poder (ou seja, o poder do juiz). Então, é o treinamento de profissionais que prestam esse valioso “serviço” que é a chave para reverter o paradigma segundo o qual as disputas ainda são quase exclusivamente reservadas para sistemas da ordem imposta (processo judicial ou arbitragem), em vez de (cada vez mais) também para sistemas da ordem negociada. Somente então a condição mínima que “reverteria”, é claro, a relação entre negociação/mediação direta, por um lado, e processo judicial/arbitragem, por outro, poderá ser realizada; a saber, a existência de dois tipos de figuras profissionais (não fisicamente, mas) logicamente diferentes: o negociador e o advogado.

E essas serão, como visto, duas figuras com treinamento *diferente* e adequadamente preparadas para dissolver (o primeiro) ou resolver (o segundo) conflitos por meios *diferentes*: o acordo e a decisão.

38 O currículo completo da disciplina de “Ciência da Negociação pode ser encontrado” em MONORITI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell’interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018.

GIVING FEEDBACKS ON PRATICAL LEGAL SKILLS

Larry Teply³

Nancy Schultz⁴

Joel Lee⁵

Johanne Thompson⁶

Advogados em escritórios de advocacia, professores em faculdades de Direito, jurados em competições de habilidades jurídicas, supervisores em núcleos de práticas jurídicas e outros profissionais

1 **Nota dos Editores:** este artigo foi publicado previamente na 9.ª edição da *Legal Business World*, e a tendo sido autorizada pelos autores a publicação da tradução nesta edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. Tradutores: Igor Marques Caldas Machado, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília e Editor de Artigos da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; Letícia de Amorim Santos, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, advogada e Ex-Editora-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; e Matheus Lopes Dezan, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília e Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

2 **Nota dos autores:** A essência deste artigo foi extraída de uma apresentação de autores da *Global Legal Skills Conference* em 11 de dezembro de 2018, em Melbourne, Austrália. Para o propósito deste artigo, citações acadêmicas e referências foram omitidas.

3 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Creighton (*Creighton Law School*), em Omaha, Nebraska, Estados Unidos da América. Leciona Processo Civil e Negociação e está há muito tempo envolvido no ensino de habilidades da advocacia e na orientação de alunos em competições de habilidades jurídicas. É autor de “*West’s Legal Negotiation in a Nutshell*” (3d ed. 2016) (mais recentemente traduzido para o chinês). Também atuou como presidente do subcomitê de competições de negociação da *American Bar Association* (ABA) (responsável pela competição de negociação americana para estudantes de direito) e como presidente de todo o Comitê de Competições da ABA (administrando também competições de moot court, arbitragem e entrevistas com clientes). Ele é um dos cofundadores da Competição Internacional de Negociação para Estudantes de Direito.

4 Professora da Faculdade de Direito *Dale E. Fowler*, da Universidade de Chapman (*Chapman University, Dale E. Fowler School of Law*), Orange, Califórnia, Estados Unidos da América. Diretora dos Programas de Competições e Resolução Alternativa de Disputas da Dale. Treinadora de equipes para competições entre faculdades sobre processos e recursos, arbitragem, defesa anterior ao julgamento, mediação, negociações e aconselhamento de clientes. Leciona: Entrevista e Aconselhamento de Clientes; Negociações; Mediação; Resolução de Disputas entre Culturas; *Advocacy*; Pesquisa e Redação Jurídica; Habilidades de Redação Jurídica; Redação Jurídica, Processo Civil e Análise Jurídica Avançada. Atuou no Comitê de Concursos da Divisão de Estudantes da ABA-Direito por vários anos. Atualmente, atua no Comitê de Competição de Aconselhamento ao Cliente Internacional e no Comitê de Competição de Negociação Internacional, onde é a representante norte-americana no Comitê Executivo. Também presidiu o Torneio Internacional de Mediação da Faculdade de Direito.

5 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Cingapura (*National University of Singapore, School of Law*), Cingapura. Foi um dos pioneiros no ensino de negociação e de mediação e desempenhou função significativa no avanço e no desenvolvimento da mediação em Cingapura, não apenas na educação, mas também na prática. É o principal mediador e Diretor de Treinos do Centro de Mediação de Cingapura (*Singapore Mediation Centre*). As principais áreas de interesse são o ensino de metodologia, métodos adequados de resolução de conflitos, negociação, mediação, conflitos legais e neurolinguística. Recebeu o Prêmio de Educador de Destaque, o maior prêmio concedido pela Universidade Nacional de Cingapura.

6 Professora Sênior da Faculdade de Direito da Universidade de Kent (*Law School of the University of Kent*), Canterbury, Inglaterra, Reino Unido. É Diretora de Educação do Ciclo 1 do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Kent e Diretora Adjunta de Admissões. É professora de Direito Criminal para estudantes do Curso de Bacharelado em Direito e de Direito Criminal Avançado para estudantes seniores e para estudantes candidatos a dupla titulação, bem como para estudantes de cursos de Conversão em Direito. Além disso, é profundamente envolvida com habilidades jurídicas e oferta módulos da Competição de Entrevista de Clientes. As suas habilidades letivas são altamente apreciadas. Externamente, é Diretora Regional da Região Sudeste da Competição Entrevista de Clientes na Inglaterra e no País de Gales. É jurada de competições nacionais e internacionais de entrevista de clientes, de mootings e de negociação.

jurídicos são frequentemente convocados para dar *feedback* sobre as habilidades jurídicas práticas de outra pessoa. Quando bem realizado, esse *feedback* é uma excelente ferramenta para o aprendizado. Mesmo assim, é justo dizer que dar *feedback* é uma arte, e certamente vale a pena desenvolvê-la e refiná-la. No entanto, muitos dos envolvidos na avaliação de habilidades jurídicas têm pouco ou nenhum treinamento formal sobre como fornecer *feedback* de maneira eficaz a jovens advogados, estagiários, estudantes e outros. Os campos da medicina, da enfermagem, do serviço social, da formação de professores e de negócios parecem estar muito à frente do campo jurídico ao se concentrar em como dar *feedback* eficazmente sobre habilidades práticas.

Este artigo apresenta uma visão geral acerca da importância do fornecimento de *feedbacks* relacionados às habilidades jurídicas na forma escrita e oral. Para isso, o artigo avalia as sugestões fornecidas por especialistas⁷ e baseia-se fortemente em trabalhos acadêmicos de caráter empírico em áreas não jurídicas, assim como a experiência adquirida em núcleos de prática jurídica e em competições de habilidades jurídicas. Com fundamento nessa análise, o artigo apresenta recomendações acerca de “boas práticas” a serem adotadas quanto ao fornecimento de *feedbacks* efetivos relacionados às habilidades de performance jurídica em profissões e atividades jurídicas.

1. A ARTE DO FORNECIMENTO DE *FEEDBACK* SOBRE HABILIDADES JURÍDICAS PRÁTICAS

Fornecer *feedbacks* efetivos sobre performances de habilidades jurídicas práticas não é uma tarefa fácil. Na realidade, o mal endereçamento de *feedbacks* pelos jurados é uma das reclamações mais frequentemente suscitadas pelos participantes (e pelos treinadores) de competições de habilidades jurídicas. Isso também é um problema central quando se trata de núcleos de práticas jurídicas. Decerto, os *feedbacks* efetivos são, concomitantemente, positivos e construtivamente negativos. É perceptível que advogados recém-formados, estudantes e até mesmo advogados com uma experiência substancial encontram dificuldades de ouvir tanto os comentários positivos como os comentários negativos de maneira equânime. Assim, as pessoas que recebem *feedbacks* frequentemente tendem a desconsiderar um ou outro deles.

⁷ **Nota do tradutor:** Neste texto, traduz-se “*commentator*” para “especialista”, no sentido de “aquele a quem compete fornecer *feedbacks*”.

Além disso, tanto fornecer como receber *feedbacks* pode despertar de fortes emoções. Por isso, como resultado, as pessoas que fornecem os *feedbacks* podem ficar tentadas a serem agradáveis ou brandas, como um refúgio comportamental contra a provocação dessas emoções, ao passo que as pessoas que recebem esse tipo de *feedback* podem se sentir, justificadamente, frustradas porque, internamente, sabem que há espaço para melhorias. Em contraste, quando as pessoas que fornecem os *feedbacks* vivenciou reações altamente negativas relacionadas à performance das habilidades avaliadas, especialmente quando estão envolvidos problemas de ordem moral ou ética, o *feedback* pode se tornar extremamente severo, seja pelo tom ou pelo próprio conteúdo de sua fala. Como resultado, aqueles que recebem os *feedbacks* podem se tornar raivosos e defensivos ou até mesmo deprimidos. Outros, por sua vez, podem ter dificuldades em receber *feedbacks* positivos, ficando envergonhados ou resistentes. Ainda, fatores transculturais, incluindo questões de perda de respeito, de normas de comunicação direta ou indireta e de etnocentrismo, podem facilmente dificultar a tarefa. Por isso, certamente, esses fatores podem tornar os *feedbacks* eficazes ainda mais complexos de serem realizados.

2. QUAIS SÃO OS OBJETIVOS GERAIS DOS *FEEDBACKS*?

O objetivo básico do fornecimento de *feedbacks* é o aprimoramento de autopercepção do destinatário do *feedback*. Como os especialistas frequentemente reconhecem, os *feedbacks* tratam, verdadeiramente, da comunicação dos sentimentos e das percepções de um indivíduo para o outro acerca do comportamento, das habilidades jurídicas e do estilo de trabalho que estão sendo avaliados. Assim, a função principal do *feedback* é a de fornecer informação acerca do comportamento de uma pessoa e como isso pode afetar os outros ao seu redor. Nesse sentido, o *feedback* não se presta a intimidar o destinatário, dado que essa postura acovarda, inibe e desencoraja o destinatário.

3. QUAIS SÃO AS CARACTERÍSTICAS DE UM BOM *FEEDBACK*?

As características de um bom *feedback* podem ser sumarizadas pela seguinte lista de adjetivos:

O bom *feedback* é:

- Balanceado;
- Claro;
- Consistente;
- Construtivo;
- Honesto;
- Objetivo;
- Intencionalmente positivo;
- Sensível;
- Com tom de apoio; e
- Sincero.

4. QUANDO VOCÊ DEVE FORNECER UM *FEEDBACK*?

Para ser efetivo, é importante ter em mente o momento ideal para dar um feedback sobre habilidades de performances práticas. Especialistas concordam que feedbacks espontâneos tendem a causar problemas, especialmente quando as emoções estão afloradas. Desta forma, esperar até que todos estejam mais tranquilos é uma melhor alternativa. (Em algumas circunstâncias, como em competições, essa opção talvez não seja possível e, portanto, dar *feedbacks* nessas situações exigem uma sensibilidade maior). Quando possível, dê ao destinatário uma quantidade razoável de tempo para refletir e se autoavaliar. Da mesma maneira, é importante que o *feedback* seja dado apenas quando você estiver preparado para dá-lo, isto é, quando suas próprias emoções estiverem sob controle, tendo tempo para refletir e planejar sobre o que e como será dito.

Por outro lado, esperar demais para dar um feedback pode causar sérios problemas, pois, ao fazer isso, poderá estar causando aquilo que especialistas descrevem como uma “desconexão” psicológica entre a performance realizada e o *feedback*. Ao contrário, o *feedback* precisa ser tempestivo, ou seja, enquanto o destinatário ainda consiga lembrar-se do evento que ocorreu, mas não precocemente, quando as emoções ainda estão afloradas. De acordo com alguns especialistas, caso o destinatário pareça surpreso com o *feedback*, esse é um sinal de que você esperou demais para fornecê-lo.

5. COMO VOCÊ DEVE SE ORGANIZAR PARA SUA SESSÃO DE *FEEDBACK*?

Primeiramente, você deve informar ao destinatário anteriormente à sessão de *feedback*. Além disso, selecione um bom local para conversar. Como um especialista apropriadamente afirmou, se, por um lado, o reconhecimento dos méritos de alguém publicamente é algo positivo, a exposição de críticas em público não é. Sessões públicas de *feedback* têm o potencial de constranger, humilhar, abalar a reputação ou desrespeitar o receptor das orientações – o que gera uma barreira poderosa na forma do recebimento desse *feedback*. Dessa forma, você deve escolher um local calmo e seguro para a conversa, onde você não será interrompido ou ouvido por terceiros. (Novamente, em algumas situações, a escolha do local talvez não seja flexível, porém, por mais que o *feedback* tenha que ser realizado publicamente, este pode ser feito de forma positiva e construtiva, de modo a minimizar reações negativas ou vergonhosas).

Alguns especialistas recomendam que você escolha um local privado, mas que possam ser vistos de fora, tais como salas de conferência com paredes ou janelas de vidro, nas quais você e o destinatário se sintam fisicamente confortáveis. Alguns especialistas ainda indicam que sentar-se ao lado do destinatário irá minimizar a posição de poder da pessoa que está dando o *feedback*, mas a utilidade desta sugestão depende de fatores de ordem cultural e social:

6. COMO VOCÊ DEVE SE PREPARAR PARA A SESSÃO DE *FEEDBACK*?

Muitos especialistas recomendam que você só deve conduzir um *feedback* quando estiver totalmente preparado para tal. Assim, o planejamento evita que sejam evocadas respostas emocionais e defensivas. Existem três chaves para você organizar sua preparação. Primeiro, você deve decidir o que você quer alcançar com a sessão. Você não irá querer sobrecarregar o destinatário com uma abordagem destrutiva. Em vez disso, considere cuidadosamente o que precisa ser discutido, como deve ser discutido e em que profundidade. Segundo, certifique-se de que você fez uma lista com as perguntas específicas que deseja realizar ao destinatário antes de efetuar o *feedback*. Terceiro, reúna todo o material que embasará a conversa. É importante que você tente prover exemplos específicos ou ilustrações para dar apoio aos seus comentários. Caso o *feedback* seja dado em um contexto de ensino, utilize vídeos, caso seja possível.

Não assumo que mais é, necessariamente, melhor. Foque em apenas alguns pontos. Esses pontos devem ser os principais, e não os pontos secundários. Relacione o *feedback* ao desempenho, aos comportamentos e aos resultados. Enfatize as deficiências que podem ser corrigidas. Não fique discutindo aspectos relacionados à personalidade, à inteligência, à aparência ou a qualquer outro aspecto que não seja o comportamental. O consenso é que o *feedback* deve ser ponderado para alcançar resultados positivos, mas deve incluir também suficientemente os resultados negativos, para tornar os comentários válidos e encorajar os destinatários a fazerem melhor.

7. QUAIS SÃO AS AÇÕES ESPECÍFICAS E RECOMENDADAS NA CONDUÇÃO DA SESSÃO DE *FEEDBACK*?

Uma pesquisa das recomendações específicas oferecidas pelos especialistas revela o seguinte como suas principais sugestões:

- Coloque-se no lugar do destinatário e trate-o como gostaria de ser tratado;
- Use uma linguagem corporal receptiva e positiva;
- Certifique-se de começar com perguntas ao invés de partir diretamente para suas afirmações e percepções;
- Transforme a sessão em uma conversa de duas vias. Uma abordagem amplamente recomendada é fazer com que o destinatário descreva o que deu certo, seguido pela pessoa que dá o *feedback* dizendo o que o destinatário fez bem; em seguida, o destinatário identifica o que poderia ser melhorado, seguido pela pessoa que dá *feedback* identificando os pontos de melhoria e como alcançá-los;
- Reconheça e reforce comportamentos exemplares;
- Utilize palavras precisas, descritivas e neutras. Um *feedback* eficaz sobre o desempenho dispensa clichês. Dê o *feedback* a partir da sua perspectiva pessoal; utilize afirmações com “eu”. Por exemplo, use frases como: “Qual é a sua reação a isto?” ou “Isto é uma representação justa do que aconteceu?” Experimente também “Eu reparei nisso” ou “Eu apercebi que ...” para retirar a culpa da situação. Apresentar o *feedback* como a sua opinião torna muito mais fácil para o destinatário aceitar o que é dito, ainda que se trate de um *feedback* negativo.

Outra forma de suavizar o *feedback* negativo é dizer: “Sinto que...” e “Pelo que sei, ...”

- Use exemplos concretos, especialmente se o *feedback* for negativo. Enfatize as deficiências que podem ser corrigidas. Forneça sugestões e opiniões sobre como os problemas identificados podem ser resolvidos, com alternativas, se possível, para que o destinatário possa fazer escolhas para mudar seu comportamento, pensamento ou atitude.
- Tente usar recursos visuais durante as sessões. Se estiver ajudando alguém a se preparar para inquirir uma testemunha ou para realizar uma sustentação oral, você pode usar animais de pelúcia ou de brinquedo representando padrões de fala ou hábitos que precisam ser evitados. Por exemplo, uma das autoras (Professora Schultz) usa uma cabeça de crocodilo para lembrar o entrevistador de parar de começar cada pergunta com um “e”. Como ela apropriadamente afirma: “Só preciso explicar uma vez – depois disso, eles veem e começam a ouvir os ‘e’, o que é o primeiro passo para eliminá-los”;
- Os rótulos têm algumas funções úteis no *feedback*. Como dois importantes especialistas apropriadamente observaram: “Assim como o ‘rótulo da sopa’, eles nos dão uma ideia geral do tópico e podem atuar como atalhos quando retornarmos a esse tópico mais tarde. Mas o rótulo não é a refeição. Se você usar um rótulo, considere utilizar, na sequência, construções frasais como: “Deixe-me descrever o que quero dizer e você pode me fazer perguntas para ver se o que estou falando está fazendo sentido”. Por exemplo, se você disser a alguém que essa pessoa agiu “não profissionalmente”, o que isso significaria, exatamente? Eles eram muito barulhentos, muito amigáveis, muito casuais, muito irreverentes ou muito mal vestidos; eles violaram disposições éticas etc.? Supere a defensiva retornando aos exemplos válidos até que o destinatário esteja pronto para aceitar a própria responsabilidade e elaborar um plano para promover a mudança de comportamento. Se você não ouvir este reconhecimento por parte de quem recebe o *feedback*, continue a apresentar evidências convincentes de que existe um problema e que o desempenho ou o comportamento do destinatário precisam mudar. Forneça sugestões e opiniões sobre como os problemas identificados podem ser resolvidos, com alternativas se possível, para que o destinatário tenha escolhas a fazer para mudar seu comportamento, pensamento ou atitude. Mas não force sentimentos como ansiedade para paralisar o destinatário.
- Estimule gatilhos inconscientes do destinatário por meio da demonstração de que o

resultado do acatamento do que *feedback* provocaria (o benefício alcançado) e qual problema o *feedback* preveniria ou evitaria. Criticar muitas áreas de fraqueza pode fazer o destinatário se sentir sobrecarregado e desanimado. O *feedback* em excesso, seja positivo ou negativo, pode gerar sobrecarga cognitiva e uma diminuição da percepção do destinatário com relação a confiança de quem dá o *feedback*, relacionado à sua capacidade e uma diminuição correspondente em suas próprias percepções de controle. Lembre-se de que focar nas evidências e nos efeitos do desempenho evita que você se distraia. Se o destinatário do *feedback* tentar direcionar a conversa para outros tópicos ou ações de outras pessoas, reserve um tempo para ouvir e considere ressaltar alternativas de melhoria ou apresente outros tópicos que sejam abordados em uma reunião apartada.

- Os destinatários do feedback ouvem uma mensagem muito diferente quando palavras de controle como “deve”, “deveria” e “não faça” são usadas do que quando ouvem palavras ou frases de apoio, como “considere” ou “você pode querer tentar”.
- Muitos destinatários recomendam alguma forma de “sanduíche de *feedback*”. O método consiste em comentários ou elogios positivos, seguidos de *feedback* corretivo, seguido de mais comentários ou elogios positivos. Em outras palavras, o feedback corretivo é “um sanduíche” entre duas camadas de elogios.
- Nos Estados Unidos e na maioria das culturas ocidentais, a comunicação direta costuma ser o estilo preferido. Os comunicadores “diretos” dão e recebem o *feedback* pelo “valor nominal”, isto é, o valor estampado na face, evidente, daquilo que é dito. Em outras culturas, incluindo países africanos e alguns asiáticos, a comunicação indireta é mais prevalente. Seja especialmente cuidadoso quando o *feedback* for dado em um contexto multicultural, especialmente quando os estilos de comunicação das partes forem diferentes. Se a pessoa que dá feedback usa comunicação “indireta” (na qual o significado é mais sutil) e o destinatário espera uma comunicação direta, é provável que a conversa não seja compreendida ou benéfica.
- Os especialistas reconhecem que é possível usar a observação de pares como parte do *debriefing*. No entanto, os destinatários podem sentir que as respostas dos colegas são tão desinformadas quanto as suas e não são realmente confiáveis, e, portanto, é amplamente sugerido que o *feedback* dos colegas seja associado ao seu próprio *feedback*.

8. O QUE DEVE SER EVITADO AO DAR UM *FEEDBACK*?

Uma visão geral do que os especialistas sugerem de que se evite ao dar *feedbacks* é uma lista longa. Muitas sugestões são óbvias, mas há valor em repeti-las porque servem como lembretes acerca de como as coisas podem dar errado.

- Evite dar *feedbacks* quando estiver com raiva;
- Evite rotular a pessoa;
- Evite termos e palavras absolutas, além de generalizações demais, como “você sempre...” ou “você nunca...” a não ser que seja verdade em todas as circunstâncias;
- Evite palavras como “nunca” e “sempre” porque a pessoa, tipicamente, age defensivamente;
- Evite insultos e linguagem hostil;
- Evite palavras como “deveria”, “poderia” ou “deve”;
- Evite declarações genéricas, tal como “você precisa fazer melhor”;
- Evite transparecer um tom arrogante;
- Evite menosprezar o destinatário;
- Evite envergonhar ou humilhar o destinatário;
- Evite fazer com que o destinatário se sinta insignificante ou incapaz;
- Evite fazer ataques pessoais ou culpar o destinatário;
- Evite inserir “mas” após falas positivas (utilize “embora”);
- Evite o uso de linguagem avaliativa e conclusiva, isto é, que transmita uma mensagem com valor assertivo ou conclusivo desprovido de evidência, tais como “você está errado”, “essa ideia foi estúpida”, “esse foi o pior argumento oral que eu já ouvi”, “esse documento foi um desastre completo” etc.;
- Evite utilizar termos genéricos como “excelente”, “muito bem” e “bom trabalho” porque elas tendem a não ter significado, especialmente se você os utiliza constantemente em sessões de *feedback*; ao invés de termos como “ótimo trabalho!” ou “fantástico!” darem o sentido esperado de apreciação, este tipo de elogio não diz à pessoa o que ela fez de certo ou errado ou, em outras palavras, quais comportamentos devem ser repetidos ou melhorados.

Considere, por exemplo, qual das seguintes opções seria mais útil: “Bom trabalho!” ou “Aprecio sua abordagem profissional. Esta foi uma tarefa difícil e exigente, e você fez uma pesquisa completa e cumpriu nossos prazos, embora eu saiba que isso significou trabalhar até tarde muitas noites. Seus relatórios foram claros, bem-organizados e cuidadosamente escritos, exatamente o que precisávamos.” Evite também acenar com a cabeça em aprovação durante toda a apresentação ou palavras de encorajamento; isso provavelmente confundirá o destinatário quando você fornecer um *feedback* negativo;

- Evite discutir;
- Evite misturar objetivos catárticos (proporcionar alívio psicológico por meio de uma expressão aberta de emoções fortes) com o objetivo de fazer com que a mudança ocorra mais rapidamente na mesma sessão de *feedback*;
- Evite misturar demais elogios e críticas;
- Evite ser demonstrar superioridade;
- Evite concentrar a sessão em comentários acerca de um único erro, especialmente se for algo pequeno. Um longo discurso de dez minutos sobre um erro ou mesmo uma resposta privada de dois minutos quanto a uma questão que não deveria ser objeto da sessão de *feedback* podem ser descartados;
- Evite sobrecarregar os destinatários com instruções e sugestões a ponto de eles perderem o que é essencial. Lembre-se: não vá longe demais, *feedback* não é psicoterapia, não vá muito fundo, mantenha o foco na tarefa, não fique muito tempo em um lugar emocional, e empoderamento significa seguir em frente. Da mesma forma, um documento devolvido coberto com tinta vermelha no processo de correção torna-se destruído pelo processo que supostamente deveria torná-lo melhor.

9. COMO VOCÊ DEVERIA TERMINAR UMA SESSÃO DE *FEEDBACK*?

Muitos especialistas sugerem terminar a sessão com um breve sumário, seguido de lembretes das sugestões-chaves ou um plano de ação para aprimoramento. Durante a conclusão, tente fazer com que o destinatário se sinta valorizado. Ajude o destinatário a perceber que o seu *feedback* é, na verdade,

um “presente”. Finalmente, após o término da sessão, reflita: O que pareceu ter dado certo? O que eu poderia mudar para a próxima vez? Quais novas estratégias podem ser adotadas para as sessões futuras?.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: ENTRE O AVANÇO DA NORMA E O ATRASO DA MENTALIDADE SOCIAL

*VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL: BETWEEN THE ADVANCEMENT OF
THE NORM AND THE DELAY OF SOCIAL MENTALITY*

Airton Santos de Souza Júnior¹

Data de Submissão: 19/4/2022

Data de Aceite: 2/12/2023

Resumo: De acordo com Moita Lopes, uma das fases pelas quais passa a Linguística Aplicada centra-se no conceito de interdisciplinaridade, isto é, na possibilidade de diálogo com diferentes campos do saber. Esse mesmo conceito é aplicado ao campo da Psicologia do Direito, uma vez que essa disciplina articula ao mesmo tempo Direito e Psicologia a fim de compreender o comportamento humano. Em razão disso, o objetivo deste artigo é discutir o passado jurídico que antecede a publicação da Lei nº 11.340/2006, através da análise das Ordenações Filipinas e do Código Criminal de 1830, a fim de compreender o trajeto de evolução dos instrumentos normativos voltados para o combate à violência contra a mulher no Brasil e se, de fato, essa evolução normativa implica também numa mudança da mentalidade e comportamento do corpo social. Para isso, parte-se de uma abordagem de natureza interdisciplinar materializada na escolha pela Psicologia do Direito como aporte teórico base desta discussão. Desse modo, foi possível concluir que embora seja importante que o direito acompanhe as mudanças sociais, pois ele próprio é uma ciência social, é crucial que a sociedade saiba e possa acompanhar as mudanças que a legislação promove, sobretudo, quando essas mudanças representam um avanço diante de problemas sociais que merecem nossa atenção e que precisam, portanto, ser combatidos.

Palavras-chave: Direito. Psicologia. Violência contra a mulher.

Abstract: According to Moita Lopes, one of the phases through which Applied Linguistics passes is centered on the concept of interdisciplinarity, that is, on the possibility of dialogue with different fields of knowledge. This same concept is applied to the field of Psychology of Law, since this discipline articulates both Law and Psychology in order to understand human behavior. For this reason, the objective of this article is to discuss the legal past that precedes the publication of Law nº 11.340/2006, through the analysis of the Philippine Ordinances and the Criminal Code of 1830, in order to understand the path of evolution of the normative instruments aimed at the fight against violence against women in Brazil and whether, in fact, this normative evolution also implies a change in the mentality and behavior of the social body. For this, it starts with an approach of an interdisciplinary nature materialized in the choice of Psychology of Law as the theoretical basis of this discussion. In this way, it was possible to conclude that although it is important for the law to accompany social changes, since it is a social science itself, it is crucial that society knows and can follow the changes that the legislation promotes, especially when these changes represent an advance in the face of social problems that deserve our attention and therefore need to be fought.

Keywords: Right. Psychology. Violence against women.

¹ Possui graduação em Letras Português e suas respectivas literaturas pela Universidade Federal do Acre (UFAC) e mestrado em Letras pelo Programa de Pós-Graduação em Letras: Linguagem e Identidade da Ufac. Atualmente é graduando do curso de Direito da Ufac e doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Letras: Linguagem e Identidade

1. INTRODUÇÃO

A Psicologia do Direito pode ser entendida como uma área que se volta para o estudo do comportamento humano². Essa é uma perspectiva que dialoga com a própria natureza do direito, pois sendo ele uma prática social, uma vez que se encontra constituído no campo científico como ciência social, é perceptível que sua preocupação também desemboca no comportamento humano, sobretudo naquele capaz de provocar um efeito e/ou consequência no mundo jurídico. Desse modo, entendendo que o direito pode ser compreendido como prática social³ e que, portanto, sem sociedade não haveria direito e muito menos a necessidade de havê-lo⁴, somos levados ao entendimento de que as leis, muito mais do que normas abstratas, têm o poder de refletir o comportamento social de um grupo ou sociedade situados no tempo/espaço.

Nesse sentido, ao discutir a violência contra a mulher no Brasil, por meio da análise das Ordenações Filipinas, do Código Criminal de 1830 e da Lei Maria da Penha (11.340/2006), tem-se a possibilidade de visualizar nessas normas diferentes comportamentos sociais representativos de épocas e sociedades igualmente distintas. Essa investigação permite compreender que a legislação vigente em cada período histórico do Brasil representa não apenas um fragmento daquele ordenamento jurídico, mas um reflexo da cultura daquele passado histórico. Portanto, o exame dessas normas em conjunto com o exame do tempo ao qual elas se vinculam permite entender o modo como a prática da violência contra a mulher foi sendo construída de forma naturalizada ao longo da história brasileira, especialmente no contexto colonial.

Em razão disso, o objetivo proposto neste artigo é discutir o passado jurídico⁵ que antecede a publicação da Lei nº 11.340/2006, através da análise das Ordenações Filipinas e do Código Criminal de 1830, a fim de compreender tanto o trajeto de evolução dos instrumentos normativos voltados ao combate à violência contra a mulher quanto se essa evolução normativa implica numa mudança da mentalidade e comportamento do corpo social. Além disso, entender como o direito pode ser usado

2 LAGO, Vivian de Medeiros. et al. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 26(4), 483-491, outubro - dezembro 2009.

3 NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

4 GASPAR, Danilo Gonçalves; BARREIRO, Lorena Miranda Santos; SAMPAIO, Marcos. A metodologia da pesquisa no Direito e Thomas Kuhn. In: RACHE, Ailton Schromm de. et al. **Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111- 126.

5 Objeto de investigação da História do Direito. Ver: EYZAGUIRRE, Jaime. Introdução. In: **Historia del Derecho**. Tradução livre de Francisco Pereira Costa. 16.^a ed. Santiago: Ed. Universitária, 2000. p. 9-20.

como ferramenta por meio da qual a violência é exercida, reproduzida e ampliada sobre determinados corpos.

Para isso, opto por construir este estudo sob as bases da Psicologia do Direito e da História do Direito⁶, partindo, portanto, de uma abordagem que se configura como interdisciplinar. Quanto à hipótese que defendo, ela parte da seguinte tese: do século XVI ao XX, especialmente até a publicação da Constituição de 1988 e da Lei Maria da Penha, a legislação em vigor no Brasil mostrou-se conivente com as práticas de violência contra a mulher. Não somente legitimando essas práticas, mas reforçando alguns dos preconceitos e estereótipos que revelam as bases de uma cultura machista e patriarcal sobre a qual se constrói o Brasil.

Com isso, ao direcionar o olhar para a representação construída da mulher tanto nas Ordenações Filipinas quanto no Código Criminal de 1830, é possível que se perceba uma série de estereótipos e preconceitos lançados sobre ela. Isso revela tanto o comportamento social daquela sociedade quanto o modo como o corpo social da época encarava a mulher e seu espaço. Tanto é que nas Ordenações Filipinas, por exemplo, era dado ao homem, seja pai ou marido, o total controle sobre o corpo da mulher, podendo até mesmo castigá-la fisicamente sem, contudo, preocupar-se com alguma sanção que pudesse vir a ser aplicada como consequência desse ato.

Ademais, no Código Criminal de 1830, especialmente no artigo 250 deste diploma, é possível que se note a visão estereotipada que paira sobre a mulher, uma vez que o enunciado do referido artigo, além de tipificar o adultério como crime cometido por mulheres, demonstra a forma nada isonômica como mulheres e homens eram tratados. Na contramão dessas normas, com o advento da Lei nº 11.340/2006, é que então se torna possível visualizar um avanço robusto – embora ainda incipiente – no combate à violência contra a mulher, cuja prática passa a ser considerada problema social grave que precisa ser combatido. O avanço representado pela entrada dessa Lei em nosso ordenamento permite a formulação do seguinte problema: a evolução das normas que visam combater a violência contra a mulher reflete também uma mudança na mentalidade e comportamento do corpo social acerca da mulher e de seu espaço?

Essa é a questão sobre a qual reflito e procuro responder – ainda que de forma incipiente e sem pretensão de encerramento – por meio do objetivo e hipótese traçados neste estudo. O artigo está estruturado em duas seções: na primeira, apresento uma breve síntese em torno da Psicologia

6 EYZAGUIRRE, Jaime. Introdução. In: **Historia del Derecho**. Tradução livre de Francisco Pereira Costa. 16.^a ed. Santiago: Ed. Universitária, 2000. p. 9-20.

do Direito por se tratar, especialmente, da teoria sobre a qual se concentra a base deste trabalho. Na segunda seção, adentro na temática proposta e discuto a violência contra a mulher no Brasil partindo do trajeto histórico que vai das Ordenações Filipinas à Lei nº 11.340/2006.

2. PSICOLOGIA DO DIREITO: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Psicologia⁷, de forma ampla e objetiva, tem como objeto de estudos o ser humano. No entanto, diferentemente do que ocorre em outros campos das ciências humanas e sociais, a Psicologia explora a subjetividade humana investigando os princípios que orientam o comportamento e interação entre sujeitos. O diálogo entre a Psicologia e o Direito pode ser observado entre os séculos XVIII e XIX, quando se começa a questionar a relação entre crime e loucura.

No Brasil, a relação entre Psicologia e Direito entra em evidência desde o século XX com o desenvolvimento de trabalhos na área da Medicina Legal, Psiquiatria Forense e Criminologia. Os trabalhos desenvolvidos a partir dessas áreas tinham como objetivo explorar a relação entre a doença mental e a criminalidade. Desse modo, a Psicologia Jurídica⁸ nasceu, portanto, da necessidade de uma legislação apropriada para os casos nos quais indivíduos considerados doentes mentais haviam cometido alguma conduta tipificada na lei como crime ou delito.

Para ilustrar isso, podemos fazer referência à criação do Manicômio Judiciário em 1921, no Rio de Janeiro, por iniciativa do médico psiquiatra Heitor Carrilho.

Carrilho contribuiu também no exame e no relatório que fundamentaram o primeiro caso de inimputabilidade de um criminoso, Febrônio Índio do Brasil, por ter sido este considerado 'louco'. Da aproximação entre essas duas ciências (Psicologia e Direito) surgiu o que se denominou de “Psicologia do Testemunho”, cujo objetivo era verificar, através do estudo experimental dos processos psicológicos, a fidedignidade do relato do sujeito envolvido em um processo jurídico.⁹ (grifo próprio)

O trecho em destaque representa uma das contribuições da Psicologia ao Direito, pois foi a partir dos estudos desenvolvidos na Psicologia que o ordenamento jurídico pátrio absorve a figura

7 SANDRINI, Paulo Roberto. **Psicologia jurídica**: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

8 COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. **Saúde mental, crime e justiça**. São Paulo: EDUSP, 1996.

9 ANTUNES, Mitsuko Aparecida M. **A psicologia no Brasil**: leitura histórica sobre sua constituição. São Paulo: Unimarco Editora/ Educ, 2001.

do inimputável, identificado como “[...] o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”¹⁰.

Por fim, numa tentativa de sintetizar e ao mesmo tempo demonstrar ao leitor algumas das esferas de atuação do psicólogo jurídico, que atua na intersecção entre Psicologia e Direito, é possível elencar as seguintes possibilidades de atuação profissional¹¹:

- i. Avaliar e diagnosticar as condutas psicológicas dos atores jurídicos;
- ii. Assessorar e/ou orientar, como perito, órgãos judiciais em questões próprias de sua área;
- iii. Intervir, planejar e realizar programas de prevenção, de tratamento, de reabilitação e de integração de atores jurídicos na comunidade;
- iv. Formar e educar os profissionais do sistema legal em conteúdos e técnicas psicológicas úteis em seu trabalho;
- v. Colaborar em campanhas de prevenção social contra a criminalidade em meios de comunicação;
- vi. Ajudar a vítima de forma a contribuir para a melhoria da situação da vítima e para sua interação com o sistema legal;
- vii. Mediar, apresentar soluções negociadas aos conflitos jurídicos, visando diminuir e prevenir o dano emocional e social.

Essas possibilidades de atuação reforçam a concepção adotada por Lago¹² e Sandrini¹³ sobre aquilo que podemos compreender como Psicologia Jurídica: uma área que se volta para a investigação do comportamento humano por meio do exame da própria subjetividade inerente a cada pessoa.

3. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: DAS *ORDENAÇÕES FILIPINAS* À LEI N° 11.340/2006

10 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

11 JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: AB, 2006.

12 LAGO, Vivian de Medeiros. et al. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 26(4), 483-491, outubro - dezembro 2009.

13 SANDRINI, Paulo Roberto. **Psicologia jurídica**: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

Historicamente, nem sempre a violência contra a mulher foi encarada como um problema social. Muito pelo contrário, pois as práticas de violência contra a mulher eram não somente naturalizadas, mas intensificadas por meio de legislações que coadunam com elas. Desse modo, investigando nosso passado jurídico, é possível que se encontre um conjunto de representações sobre o sujeito feminino, fundadas num olhar que discrimina e ao mesmo tempo diminui a mulher retirando dela, inclusive, a autoridade frente ao próprio corpo.

Durante o período colonial, a legislação trazida de Portugal ao território que se tornaria séculos mais tarde o Brasil era constituído por um conjunto de documentos chamados Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Para a discussão aqui proposta, procuro me pautar no exame de alguns enunciados disponíveis nas Ordenações Filipinas. Esse documento consiste numa compilação de leis em livros (4 livros e/ou capítulos), constituídos sob as ordens de D. Felipe I, e permaneceu regendo nosso território até a publicação do Código Civil em 1916. No que se refere à representação da mulher nas Ordenações, nota-se que pouco direito havia para ela, uma vez que as mulheres, conforme concebe a norma, deveriam ser tuteladas em todos os atos da vida civil pelo pai ou, se casada, pelo marido.

O livro V, título 36, das Ordenações, é categórico ao destacar que as mulheres encontravam-se sujeitas ao poder disciplinar do pai ou marido, não podendo se opor a ele. Portanto, em virtude desse poder, criminalmente estavam isentos de pena os homens que ferissem uma mulher ou os maridos que castigassem suas esposas. Isso ocorre, pois a mulher encontrava-se sob a tutela e domínio do homem. Além disso, segundo Maria Alice Rodrigues¹⁴, no que tange ao adultério, por exemplo, a mulher que cometesse tal ato poderia ser morta pelo marido, sem a necessidade de prova, bastando que houvesse tão somente rumores públicos.

Com isso, é perceptível que a violência contra a mulher não se trata de uma prática do agora, mas que encontra raízes nas bases da formação histórica do Brasil, legitimando-se não somente por meio dos preconceitos e estereótipos que pairavam sobre a mulher, mas no próprio ordenamento jurídico do passado. Essa percepção reforça o entendimento defendido de que o direito não se encontra apático aos acontecimentos sociais, ao contrário, o direito, assim como a literatura¹⁵, é capaz de representar os valores, preconceitos e estereótipos que se encontram na estrutura do comportamento

14 RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

15 BARTHES, Roland. **Aula**: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França, pronunciada dia 7 de janeiro de 1977. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2007

de uma sociedade. Portanto, mais que um conjunto de normas, as Ordenações Filipinas representam um registro do preconceito e violência que sofriam as mulheres no período colonial. Preconceitos que ainda hoje encontram eco em nossa sociedade.

Embora as Ordenações permaneçam em vigor até a publicação do Código Civil de 1916, percorrendo um trajeto histórico que parte do período colonial ao nacional, faço referência a ela somente no que compreende ao período que entendo como colonial, que vai do século XVI ao XIX (1822). Assim, reportando-me agora ao século XIX (1822), momento a partir do qual o Estado brasileiro já existe, pelo menos não mais como colônia de Portugal, temos o então Código Criminal de 1830. Em relação à atenção dada à mulher, o Código representa um avanço quando comparado às Ordenações, uma vez que sob o seu regimento já não era permitido que o marido retirasse a vida da esposa caso essa tivesse cometido adultério.

Apesar disso, embora a vida e o corpo da mulher já não se encontrem sob a total tutela do homem, podendo ele agredi-la se assim quiser, é possível notar que o preconceito e a violência de gênero, naturalizados e reforçados pelas Ordenações Filipinas, se mantiveram presentes na sociedade brasileira do século XIX. O Código Criminal de 1830, por exemplo, aponta no capítulo III, seção III e art. 250, que trata especialmente do crime de adultério, que **“A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos”**(grifo próprio)¹⁶.

É interessante observar que o art. 250 é o responsável por abrir a seção que trata do crime de adultério, como se por meio dele o legislador definisse o que se concebe como tal. Partindo disso, o ponto que desperta atenção no dispositivo diz respeito ao modo como a mulher é representada, pois, através da análise gramatical do artigo, percebe-se que o adultério, pelo menos da forma como consta no enunciado, trata-se de conduta tipificada como delito cometido por mulheres, como se fosse crime próprio praticado tão somente por elas.

Além disso, é importante ressaltar a forma nada isonômica como homens e mulheres são tratados na legislação criminal do séc. XIX, haja vista que, comparando os arts. 250 e 251 do Código Criminal, para que o homem possa ser penalizado na mesma medida que a mulher não basta que o adultério tenha sido cometido. Antes, é preciso que se demonstre que o homem tinha com a “amante” uma relação que se prolonga no tempo, sendo ele o responsável pelo sustento dela: “Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e **manteúda**, será punido com as penas do artigo antecedente”. Portanto,

16 BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 18 out. 2022

a despeito da prática de igual conduta delitiva, homens e mulheres recebiam do legislador diferente tratamento, o qual conferia às mulheres maior reprovabilidade.

Essa postura nada inocente sugere que o adultério era uma prática cuja reprovação era muito mais acentuada quando cometida, sobretudo, por mulheres. Essa é uma posição que encontra eco, inclusive, na própria literatura realista¹⁷ do século XIX. Se pegarmos como exemplo a obra *Dom Casmurro*, de autoria do escritor brasileiro Machado de Assis, perceberemos nela a mesma postura assumida em relação à mulher, uma vez que a Capitu (personagem da obra) é retratada no enredo como uma pessoa dissimulada, cujos olhos são de uma cigana oblíqua capaz de transformar um menino doce (Bentinho) num homem turrão (Casmurro). Além do que, na mesma linha do artigo 250, ao longo de toda a narrativa é sugestiva a traição e adultério cometido por Capitu, pela mulher, e não pelo homem.

Este tratamento desigual entre homens e mulheres, no que diz respeito ao crime de adultério, se manteve até o século XX, quando o Código Penal de 1940 adota outra postura frente ao delito: “Art. 240 - **Cometer adultério**¹⁸: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses”. Diferentemente da legislação anterior, o art. 240 demonstra a preocupação do legislador em conferir um tratamento isonômico para ambos os sexos, não importando se o delito é cometido por homem ou mulher, pois a reprovabilidade está na conduta e não no sujeito.

Apesar disso, no ano de 2005 o adultério deixa de ser tipificado como crime no Brasil. Quanto a isso, um dos pontos possíveis de elencar que justificam o *abolitio criminis* ou descriminalização do adultério compreende o modo nada isonômico como a pena para tal conduta era aplicada quando praticada por mulheres e quando por homens, especialmente durante o período de vigência do Código Criminal. Esse tratamento desigual, além de reforçar a violência e o preconceito contra a mulher, não encontra anos mais tarde recepção em nossa Constituição¹⁹, uma vez que nela, em alusão ao princípio da igualdade, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Com isso, a manutenção de um dispositivo que estimule o tratamento não isonômico entre homens e mulheres representaria uma clara violação ao princípio da igualdade, sendo, portanto, essa norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Por outro lado, é neste contexto cujas normas infraconstitucionais são irradiadas pela Constituição, em razão de sua força normativa, que se encontra

17 CADEMARTORI, Ligia. **Períodos Literários**. São Paulo: Ática, 1986

18 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 out. 2022

o instrumento normativo mais robusto voltado ao combate à violência contra a mulher: trata-se da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Se no passado a violência contra a mulher não foi encarada como problema social, com o advento da Lei Maria da Penha o Brasil passa a reconhecê-la como problema social grave que precisa ser combatido. Essa é uma percepção que embora evidente na atualidade não o era séculos atrás quando a violência contra a mulher, além de legitimada pelas Leis (Ordenações e Código Criminal), sequer era pensada como problema social. A Lei nº 11.340/2006 representa, portanto, um importante avanço normativo no combate à violência contra a mulher, pois traz uma série de medidas voltadas para a proteção da integridade física, emocional e material dela.

Além disso, em consonância com as mudanças e necessidades sociais do nosso tempo, o próprio conceito de mulher se amplia no escopo da Lei Maria da Penha, uma vez que se tem estendido a proteção assegurada por lei também às mulheres trans. Haja vista que, conforme o art. 5º da Lei nº 11.340/2006, a violência contra a mulher se baseia não no sexo biológico, masculino/feminino, mas no gênero²⁰, entendido enquanto construção social e/ou cultural²¹.

Assim, muito embora encontremos na Lei Maria da Penha um importante avanço na legislação que visa combater a violência contra a mulher, essa mudança não tem sido acompanhada por uma evolução e/ou transformação da mentalidade social acerca da mulher e de seu papel em nossa sociedade. E como consequência dessa discrepância entre o avanço da norma e o atraso da mentalidade social, que parece ainda condicionada ao regime jurídico das Ordenações Filipinas e do Código Criminal de 1830, é que então se constata que os preconceitos e violência de outrora ainda hoje, apesar do avanço possibilitado pela Lei nº 11.340/2006, encontram eco e se proliferam como joio em nossa sociedade.

Isso ocorre, pois apesar da Lei Maria da Penha representar um divisor de águas no combate à violência contra a mulher, encarando essa problemática como problema social grave que precisa ser combatido, essa prática se caracteriza como um problema social de natureza estrutural, sedimentado nas raízes sobre as quais se constrói o nosso território. Logo, estamos diante de uma Lei que, embora relevante, completasse no ano de 2023 apenas 17 anos de vigência contra toda uma tradição de violência e opressão contra a mulher que parte do século XVI e se estende ao século XXI, somando, portanto, 500 anos de história.

20 BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003

21 *Idem*

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta discussão foi possível verificar que no Brasil nem sempre a violência contra a mulher foi encarada como problema social. Muito pelo contrário, através do exame das Ordenações Filipinas e do Código Criminal de 1830, é possível que se constate que até a publicação da Lei Maria da Penha a violência contra a mulher não era reconhecida como problema social grave que precisa ser combatido, antes era reproduzida e ampliada por meio da legislação em vigor (Ordenações e Código Criminal). Isso revela que o direito foi usado como ferramenta de opressão e violência²² e que a legislação de outrora foi, portanto, barbaramente conivente com a prática dessa violência, uma vez que muitos dos preconceitos e estereótipos socialmente construídos sobre a mulher se encontram legitimados e reforçados por meio de normas como as Ordenações Filipinas e o Código Criminal de 1830, que, embora não mais em vigor, ainda irradiam-se por nossa sociedade.

Ademais, muito embora a Lei Maria da Penha represente um avanço positivo no combate à violência contra a mulher, esse avanço promovido pela norma não tem sido acompanhado, pelo menos não de forma satisfativa, de uma mudança no comportamento e mentalidade do corpo social a respeito da mulher e de seu espaço na sociedade. Com isso, muitos dos preconceitos, estereótipos e violência de outrora, a exemplo de quando ao homem era garantida a tutela e total controle sobre o corpo e até mesmo a vida da mulher, ainda se mantêm vivos no presente. Portanto, encerro este artigo defendendo que embora seja importante que o direito acompanhe as mudanças sociais, pois ele próprio é uma ciência social, é crucial que a sociedade saiba e possa acompanhar as mudanças que a legislação promove, especialmente quando essa representa um avanço diante de problemas sociais que merecem nossa atenção e que precisam ser efetivamente combatidos.

22 FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Machado. **Dom Casmurro**. São Paulo: Sol, 2006.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas**: Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957.

ANTUNES, Mitsuko Aparecida M. **A psicologia no Brasil**: leitura histórica sobre sua constituição. São Paulo: Unimarco Editora/ Educ, 2001.

BARTHES, Roland. **Aula**: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França, pronunciada dia 7 de janeiro de 1977. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de Agosto de 2006**. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal. 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

CADEMARTORI, Ligia. **Períodos Literários**. São Paulo: Ática, 1986.

COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. **Saúde mental**, crime e justiça. São Paulo: EDUSP, 1996.

EYZAGUIRRE, Jaime. Introdução. In: **Historia del Derecho**. Tradução livre de Francisco Pereira Costa. 16.^a ed. Santiago: Ed. Universitária, 2000. p. 9-20.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A Vontade de Saber. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977.

GASPAR, Danilo Gonçalves; BARREIRO, Lorena Miranda Santos; SAMPAIO, Marcos. A metodologia da pesquisa no Direito e Thomas Kuhn. In: RACHE, Ailton Schromm de. et al. **Metodologia da**

Pesquisa em Direito e a Filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111- 126.

JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça.** Goiânia: AB, 2006.

LAGO, Vivian de Medeiros. et al. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 26(4), 483-491, outubro - dezembro 2009.

MOITA LOPES, Luiz Paulo da (org). **Por uma Linguística Aplicada Indisciplinar.** São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado:** da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANDRINI, Paulo Roberto. **Psicologia jurídica:** livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

IMPLEMENTAÇÃO DIGITAL NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE E CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS DA FALTA DE EFETIVAÇÃO DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA

*DIGITAL IMPLEMENTATION IN SMALL MUNICIPALITIES AND JUDICIAL
CONSEQUENCES OF THE LACK OF PERFORMANCE OF THE TRANSPARENCY
PORTALS*

Amanda Figueiredo de Andrade¹

Iris Cristina Fernandes Vieira Bernardes²

Data de Submissão: 7/5/2023

Data de Aceite: 22/11/2023

Resumo: Administração Pública, como um todo, tem discutido o incentivo às novas tecnologias há décadas, pois as novas tecnologias possuem muito a contribuir para com o funcionamento e a otimização das atividades públicas. Entretanto, a ausência de infraestrutura na área de telecomunicações nos municípios de pequeno porte é um óbice ao incremento adequado das tecnologias da informação e comunicação na atividade administrativa municipal, afetando o desempenho destes municípios nas atividades que exigem diligências digitais, como a implementação e manutenção do portal da transparência. Considerando também as diretrizes constitucionais da publicidade, além das disposições da Lei da Transparência e da Lei de Acesso à Informação, o problema de pesquisa é a incompatibilidade de uma transição absoluta para o meio digital para os municípios brasileiros de pequeno porte, quanto à obrigação de implementação e manutenção dos portais da transparência, sob a hipótese de que os problemas de infraestrutura maculam o desempenho destes municípios. Portanto, esse texto busca versar sobre a forma com que a transparência municipal é exigida no âmbito virtual, podendo o seu descumprimento acarretar em ato de improbidade administrativa, e sobre a realidade dos municípios de pequeno porte diante do incremento da questão digital.

Palavras-chave: Direito Administrativo Digital. Municípios de pequeno porte. Portal da Transparência.

Abstract: *Public administration, as a whole, has discussed the encouragement of new technologies for decades, as new technologies have greatly contributed to the operation and optimization of public activities. However, the absence of infrastructure in the area of telecommunications in small municipalities is an obstacle to the proper increase in information and communication technologies in municipal administrative activity, affecting the performance of these municipalities in activities that require digital steps, such as the implementation and maintenance of the Transparency Law Portal. Considering the constitutional guidelines of advertising, in addition to the provisions of the Transparency Law*

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduada em Direito Público aplicado pela Universidade São Judas Tadeu. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora do curso de Direito no Centro Universitário Vale do Cricaré (UNIVC). Advogada.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2022). Especialista em Direito Municipal pela Escola Paulista de Direito - EPD (2021). Possui MBA em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia (2019). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019) e em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2014). Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (2012). Atualmente é advogada associada do escritório de advocacia Sousa Oliveira Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

and the Access to Information Law, the research problem is the incompatibility of an absolute transition to the digital environment to small Brazilian municipalities, as to the obligation to Implementation and maintenance of transparency portals, under the hypothesis that infrastructure problems tarnish the performance of these municipalities. Therefore, this text seeks to deal with the way municipal transparency is required in the virtual scope, and its non-compliance may result in an act of administrative misconduct, and the reality of small municipalities in the face of increasing the digital issue..

Keywords: *Digital Administrative Law. Small municipalities. Transparency Portal.*

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, como um todo, tem discutido o incentivo às novas tecnologias há décadas. Não apenas em procedimentos administrativos internos, mas também em formas de veicular e tornar acessíveis as informações produzidas pela Administração Pública ao público, as novas tecnologias possuem muito a contribuir para com o funcionamento e a otimização das atividades públicas, com a finalidade de atingir o interesse público, que norteia o desempenho dessas atividades.

Tais tecnologias da informação e comunicação são denominadas “TICs”, e a sua implementação é responsável por impactar não só a forma com que a Administração Pública se organiza internamente, mas também o usuário do serviço público, que passa a possuir novos meios de acesso e de participação na atividade administrativa. Neste sentido, é possível destacar, como uma das consequências desse fomento às novas tecnologias na Administração, o uso de mecanismos digitais para a prestação de informações nos portais da transparência – ressaltando-se as disposições da Lei da Transparência, regulamentada pela Lei Complementar nº 131/2009³, e da Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011⁴.

Neste sentido, nota-se que, lançado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) em 2004, o Portal da Transparência do Governo Federal assegura o acesso à informação, no qual o cidadão pode encontrar informações sobre como o dinheiro público é utilizado, além de se informar sobre assuntos relacionados à gestão pública do Brasil.

Todavia, é necessário considerar que o contexto brasileiro no âmbito da Administração Pública não é homogêneo, notadamente no que se refere aos estados e municípios. A característica continental do Brasil faz nascer muitas e distintas realidades econômicas e sociais, que são refletidas nos serviços prestados pela Administração Pública e na forma com que a atividade administrativa é realizada. Esse contexto se intensifica quando o olhar se volta aos mais de cinco mil municípios brasileiros, com diversos perfis de receita, população e servidores públicos municipais, tendo em vista que sua infraestrutura

3 BRASIL. **Lei nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

4 BRASIL. **Lei nº 12527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

afeta o serviço desenvolvido pelo poder público no nível municipal.

Neste cenário, constata-se que ausência de infraestrutura na área de telecomunicações constitui um entrave ao incremento adequado das tecnologias da informação e comunicação na atividade administrativa municipal. Ademais, tendo em vista que a regra nos municípios brasileiros é o ingresso de servidores por meio de concurso público, os perfis dos servidores variam em diversos elementos, como objetivos pessoais e profissionais, formação acadêmica, experiência profissional anterior e também tempo de serviço em contribuição à Administração Pública. Por conseguinte, esse anseio e esse objetivo de incremento às atividades públicas por meios digitais deveria vir acompanhado pelo aumento da infraestrutura em telecomunicações a nível local, além de capacitações e treinamentos de seus servidores.

Por mais que essa qualificação dos servidores e atualização dos procedimentos internos seja a intenção da Administração Pública dos municípios brasileiros, por vezes são encontradas dificuldades de adequação de seus meios e sistemas, sobretudo em municípios de pequeno porte, que possuem estruturas diferentes em relação aos grandes centros urbanos.

Assim sendo, a obrigação de atualização digital, com consequências como a obrigação de disponibilização de informações no portal da transparência do município, se torna um problema para os municípios cuja infraestrutura não é adequada, pois são transpostos para o meio digital os problemas verificados já no meio físico – os de precariedade da infraestrutura local, ausência de recursos, pouca qualificação da mão de obra disponível para contratação e também resistência dos servidores à mudança.

Como consequência dessas imposições que desconsideram a realidade dos municípios brasileiros de pequeno porte, visualiza-se a realidade de uma Administração Pública em disfunção, sobrecarregada pelas tarefas e obrigações impostas, que se distancia cada vez mais da finalidade de prestar um serviço de qualidade aos seus cidadãos.

Assim, o problema analisado no presente texto é a incompatibilidade de uma transição absoluta para o meio digital para os municípios brasileiros de pequeno porte, no âmbito dos portais da transparência que são exigidos no meio digital. A hipótese é de que os problemas verificados no meio físico, sobretudo de ausência de infraestrutura adequada à atividade administrativa, são transpostos para o meio digital diante das dificuldades encontradas pelos municípios.

Portanto, esse texto busca, como objetivo principal, versar sobre a forma com que a transparência municipal é exigida no âmbito virtual, podendo o seu descumprimento acarretar inclusive em ato de

improbidade administrativa, e sobre as realidades municipais diante do incremento da questão digital, sobretudo no que diz respeito aos municípios de pequeno porte, de maneira crítica.

De maneira específica, ou conexa, os objetivos são discutir sobre a Administração Pública Digital no meio municipal, bem como sobre o portal da transparência e a legislação correlata à transparência e ao acesso à informação, para assim discorrer sobre suas dificuldades. Por fim, propõe-se que o incremento digital aos municípios de pequeno porte seja analisado sob a ótica de consecução do princípio da igualdade, para que estes municípios não sejam vítimas de uma invisibilidade digital para com os resultados apresentados ao portal da transparência e conseqüentemente penalizados por ele.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

Em 1964, a Lei nº 4516 criou o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), empresa pública de prestação de serviços em tecnologia da informação, destinada à execução exclusiva dos processos eletromecânicos ou eletrônicos necessários aos órgãos do Ministério da Fazenda a execução de serviços congêneres que venha a contratar com outros órgãos da administração federal, estadual ou municipal, relacionados a todos os serviços de processamento de dados e tratamento de informações⁵. A Lei nº 4516/1964 foi posteriormente revogada pela Lei nº 5615/1970, que estabeleceu como objetivo da SERPRO a “execução de serviços de tratamento de informações e processamento de dados, através de computação eletrônica ou eletromecânica, a prestação de assistência no campo de sua especialidade”⁶.

Desta maneira, é possível afirmar que o uso do incremento tecnológico pela Administração Pública não é recente. Entretanto, apenas a menção a processos eletromecânicos e eletrônicos, ou mesmo processamentos de dados, não foi capaz de difundir sozinha uma ideia de governo eletrônico, naquele contexto histórico. Este governo eletrônico, segundo Rover⁷, consiste em uma organização

5 BRASIL. **Lei nº 4516, de 1º de dezembro de 1964**. Cria o Serviço Federal de Processamento de Dados, vinculado ao Ministério da Fazenda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14516.htm. Acesso em 24 jun. 2022.

6 BRASIL. **Lei nº 5615, de 13 de outubro de 1970**. Dispõe sobre o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15615.htm. Acesso em 24 jun. 2022.

7 ROVER, A. Introdução ao governo eletrônico. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Aires-Rover/publication/268061899_Introducao_ao_governo_eletronico/links/54db5d710cf233119bc5fe68/Introducao-ao-governo-eletronico.pdf. Acesso em 22 jun. 2022. p.95.

de conhecimento que permite superar atos e estruturas de caráter mera e exclusivamente burocrático, facilitando a execução de tarefas que requeiram uma atividade humana mais complexa.

Assim sendo, insta destacar que, embora a adoção de tecnologias no setor público brasileiro remonte à década de 1960, Carvalho⁸ afirma que o termo “governo eletrônico” é difundido com a popularização do comércio eletrônico no final da década de 1990, e se consagra com a instituição do Programa de Governo Eletrônico, no início dos anos 2000. Por este motivo, constata-se que o termo se consolida em um contexto de reforma estatal, marcado sobretudo por uma priorização dos objetivos dessa reforma – tais como a redução de custos e a melhoria da eficiência governamental.

Esse modelo de governo eletrônico, que foi iniciado no governo de Fernando Henrique Cardoso, conviveu com elementos como a exclusão digital no país e as deficiências no monitoramento das iniciativas tomadas, o que o trouxe inúmeras dificuldades, havendo suas ações sido descontinuadas e saído do cenário prioritário durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva⁹.

Em um momento posterior, buscando superar as dificuldades do governo eletrônico, surge o modelo do “governo digital”, que atua de modo a proporcionar um modo verdadeiramente eficiente de prestação de serviços, com o uso da tecnologia. Trata-se de uma estratégia de longo prazo, apta a fortalecer a coordenação institucional e abrir o foco de suas ações para além da melhoria da gestão interna, estendendo-as aos usuários de serviços públicos como um todo. Acerca deste modelo, destaca-se que:

O Governo digital representa um novo paradigma para os serviços públicos brasileiros, a ser aplicado considerando uma dimensão experimental da ação administrativa. O uso das TICs nos serviços públicos constrói uma tendência disruptiva em relação ao modelo de Governo eletrônico, de modelagem tecnológica predominantemente incremental, de forma a avançar para um paradigma de uso de tecnologias como instrumentos de densificação de direitos sociais.¹⁰

É importante destacar que, para Carvalho¹¹, este modelo de governo digital se sustenta sobre os

8 CARVALHO, L. B. de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 115-148, set./dez. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82959/78898>. Acesso em 25 jun. 2022. p.124-125.

9 PRADO, O.; RIBEIRO, M. M.; DINIZ, E. Governo eletrônico e transparência: olhar crítico sobre os portais do governo federal brasileiro. In: PINHO, J. A. G. de. **Estado, sociedade e interações digitais: expectativas democráticas**, p. 13-39, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16738/3/estado%2C%20sociedade%20e%20interacoes.pdf>. Acesso em 20 jun. 2022. p. 24.

10 CRISTÓVAM, J. S. da S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Revista Sequência**, Florianópolis, vol. 41, n. 84, p. 209-242, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209/43642>. Acesso em 27 jun. 2022. p. 217.

11 *Op. Cit.* p. 126.

princípios da transparência, da inovação e da confiança. Todavia, a consecução desses princípios pode ser dificultada quando associada aos entraves do velho governo eletrônico, tais como a falta de recursos financeiros e ausência de padronização entre os sistemas utilizados pelos entes federados.

Em que pese ao histórico de dificuldades verificadas no cenário brasileiro da Administração Pública na busca pelo incremento digital, o avanço brasileiro teve reconhecimento no âmbito internacional. No ano de 2020, a Organização das Nações Unidas produziu o relatório intitulado *E-Government Survey 2020*, com o objetivo de mensurar a eficácia do governo eletrônico na prestação de serviços públicos. Este documento identificou padrões de desenvolvimento e desempenho do governo eletrônico, bem como países e áreas onde o potencial das tecnologias de informação e comunicação (já mencionadas TICs) e governo eletrônico ainda não foram totalmente explorados, e onde o apoio ao desenvolvimento de capacidades pode ser útil¹².

Conforme trechos deste documento, o Brasil priorizou a transformação digital tanto do governo quanto da economia, concluindo-se que a Estratégia de Governança Digital do país é fomentadora da transformação digital do setor público, do mesmo modo que a Estratégia Brasileira de Transformação Digital (E-Digital) diz respeito à transformação da economia no país. Ademais, destacou-se também que o Brasil se utilizou de marcos de políticas para inclusão digital, melhorando o acesso a dados e informações públicas¹³.

Diante da evolução demonstrada, considerando-se que o Brasil se organiza sob a estrutura de uma república federativa e tendo em vista ainda o mencionado cenário de busca pela prestação de serviços públicos com o incremento tecnológico – cujos esforços vêm sido reconhecidos também na esfera internacional, como demonstrado –, constata-se que as tecnologias se tornam peças fundamentais para o desenvolvimento e apoio na implementação de políticas sociais e na interação eficiente entre os entes federados.¹⁴

Verifica-se, conforme Reyna, Gabardo e Santos¹⁵, o ganho de uma dimensão digital pelo federalismo no Brasil. Nesta seara, a incorporação de tecnologias nas regulamentações impacta na

12 UNITED NATIONS. United Nations e-Government Survey 2020. New York: United Nations, UNON Publishing Services Section. Disponível em: [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf). Acesso em 20 jun. 2022.

13 *Idem*. p. 47.

14 CRISTÓVAM; SAIKALI; SOUSA, *Op. Cit.*, p. 218

15 REYNA, J.; GABARDO, E.; SANTOS, F. de S.. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 41, n. 85, p. 30-50, ago., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278/44588>. Acesso em 27 jun. 2022. p. 34

forma organizacional do próprio direito administrativo, vislumbrando-se que a obsolescência do mundo analógico faz com que a Administração Pública também se torne digital. Todavia, embora ela seja referenciada pelos estudos científicos como única e singular, é sabido que seus entes, que a compõem nos diversos níveis da federação brasileira, guardam inúmeras diferenças entre si. É o que ocorre com os municípios de pequeno porte, em relação aos próprios municípios de grande porte e também em relação aos estados aos quais pertencem.

Ilustrativamente, destaca-se o estudo quantitativo realizado por Przeybilovicz, Cunha e Meirelles¹⁶, que foi baseado em técnicas descritivas e de agrupamentos e realizado para compreender as características de infraestrutura e uso das TICs dos municípios para desenvolverem ações de governo eletrônico (eGov) e iniciativas de *smart cities*. Neste estudo, foi possível dividir os 4.835 municípios em categorias denominadas: o Sem-tecnologia, o Atento ao cidadão, o Atento à legislação e o Provido de TIC, além de um último grupo excluído da amostragem. Dentre os grupos analisados, merecem destaque aqui os grupos dos Sem-tecnologia e o grupo excluído da amostragem.

Conforme resultados apresentados pelos pesquisadores, os municípios considerados “Sem-tecnologia” possuem uma média de 17.490 habitantes, apresentando também a pior média de Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), além dos piores indicadores de uso e infraestrutura de TIC. Constatou-se que a sede da Administração desses municípios de pouca população possui também pouca infraestrutura, ressaltando-se também que os serviços eletrônicos e a comunicação com a população têm baixos índices. Além disso, é promovido um pequeno número de ações de inclusão digital e de e-transparência. Nota-se que existem municípios com essas características em todas as regiões do Brasil.

Além dos municípios considerados “Sem-tecnologia”, os municípios excluídos da amostragem são ainda menores, possuindo uma média de 14.706 habitantes e indicadores socioeconômicos piores do que os dos demais grupos da amostragem. Nos municípios excluídos da amostragem, constatou-se no estudo que 85,3% dizem que a página do governo municipal não está em funcionamento e que, no campo da inclusão digital, 77,2% afirmaram desenvolver alguma ação, embora de forma tímida. Ainda, concluiu-se que 44,9% possuem telecentros, 49,7% possuem computador na rede pública de ensino e apenas 17,9% disponibilizam acesso a conexão Wi-Fi. Por fim, sobre a transparência, 95% ainda não

16 PRZEYBILOVICZ, E.; CUNHA, M. A.; MEIRELLES, F. de S. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e smart city. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 630-649, 2018. disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/75718/72527>. Acesso em 20 jun. 2022. p. 643.

possuem legislação específica para atendimento à Lei de Acesso à Informação.

Diante deste cenário, é imediatamente perceptível que existe uma diferença extrema entre esses municípios com melhor desempenho, que, segundo o estudo citado, são os mais ricos e maiores, com média de 83.190 habitantes, e detentores dos melhores indicadores de TICs, desde a infraestrutura ao uso para o cidadão à e-transparência. Portanto, os municípios de pequeno porte apresentam piores resultados, devido também aos fatores objetivos apresentados na pesquisa e já demonstrados.

Não obstante aos fatores objetivos verificados na pesquisa realizada por Przeybilovicz, Cunha e Meirelles¹⁷, destaca-se a existência de outras barreiras que bloqueiam a capacidade de condução dos programas de mudanças na Administração Pública, tais como a inadequação na implementação dos programas e a resistência à mudança por parte dos agentes empenhados nas ações caso a natureza das alterações incrementais em andamento seja demorada ou requeira transformações por longo período, tornando os objetivos mais distantes¹⁸.

Diante do exposto, é possível perceber que o incremento digital nos municípios de pequeno porte ressalta as inúmeras diferenças que existem entre eles e os municípios localizados em grandes centros, que possuem à disposição a possibilidade de contratação de serviços avançados, além de infraestrutura de telecomunicação local que permite a implementação de serviços progressistas na área da tecnologia.

Ademais, outro agravante é que esses municípios menores e com notada escassez de recursos dependem em larga escala do repasse de recursos de outros níveis da federação de modo que, por conta própria, dificilmente conseguem desenhar políticas públicas que se beneficiem dos incrementos digitais propostos pelo uso das tecnologias e do incremento digital¹⁹.

3. A EFETIVAÇÃO DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO

Ao tratar sobre o direito à informação, a Constituição determinou, em seu artigo 5º, inciso

17 *Op. Cit.*

18 KON, A. Inovação nos serviços públicos: condições da implementação do governo eletrônico. **IPEA - Planejamento e Políticas Públicas**, n. 52, jan/jul, p. 489-528, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/985>. Acesso em 27 jun. 2022. p. 495.

19 PRZEYBILOVICZ; CUNHA; MEIRELLES. *Op. Cit.* p. 643.

XXXIII, o direito a todos os cidadãos de receber informações de seu interesse particular dos órgãos públicos informações, ou também de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, excetuando-se as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado²⁰.

Diante disso, devem ser destacadas a Lei de Acesso à Informação, que diz respeito à Lei nº 12.527/2011²¹ e a Lei da Transparência, concernente à Lei Complementar nº 131/2009²². Dentre estas legislações, a Lei de Acesso à Informação dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos entes públicos.

Assim sendo, restou incumbido ao poder público o fornecimento do amplo acesso aos registros das despesas referentes à gestão municipal, o qual deverá obrigatoriamente ser divulgado em sítio eletrônico oficial do ente municipal aos seus cidadãos. Trata-se de um expoente do princípio da publicidade, que também consta na Constituição da República em seu artigo 37, *caput*²³, como um dos princípios aos quais a Administração Pública, em todos os seus âmbitos, deve obedecer.

Acerca da publicidade dos atos administrativos e do dispositivo constitucional que determina o acesso à informação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ afirma que “o que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública”.

Neste sentido, foi determinada também a transparência da gestão pública fiscal, que está estabelecida nos artigos 48 e 48-A da Lei Complementar nº 101/2000²⁵ ou “Lei de Responsabilidade Fiscal”, sendo esse último dispositivo incluído pela já mencionada Lei Complementar nº 131/2009²⁶, ou “Lei da Transparência”.

Nestes dispositivos, foi delimitado o conteúdo mínimo e obrigatório que deverá ser disponibilizado no portal da transparência, sendo modificados os dispositivos no que tange à ampliação

20 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

21 *Op. Cit.*

22 *Op. Cit.*

23 *Op. Cit.*

24 DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

25 BRASIL. **Lei nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

26 *Op. Cit.*

do acesso pela população às informações relativas à gestão dos recursos públicos. Além disso, a nova redação atribuída à Lei de Responsabilidade Fiscal²⁷ previu a disponibilização à sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira dos entes federativos, em meios eletrônicos de acesso público.

Posteriormente, a Lei de Acesso à Informação²⁸ buscou ampliar a transparência na gestão fiscal e aumentar a participação dos cidadãos no processo de controle, estabelecendo a obrigação aos entes públicos de divulgar os dados de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados, em linguagem de simples compreensão e em local de fácil acesso. Neste contexto, foi possibilitada a utilização de todos os meios e instrumentos legítimos, tornando obrigatória a exposição em sítios oficiais da rede mundial de computadores, conforme artigo 8º, § 2º da Lei de Acesso à Informação.

Esta mesma legislação trouxe a previsão de sanções aos municípios em caso de descumprimento. O artigo 32, em seu inciso I e também no seu § 2º, da Lei Complementar nº 12.527/2011, estabelece as condutas ilícitas que ensejam a responsabilidade do agente público, com a possibilidade de responder por improbidade administrativa. Isto porque o dispositivo constitui como ilícita a recusa ao fornecimento de informação requerida nos termos da mencionada Lei, bem como o retardamento deliberado do seu fornecimento, ou ainda o fornecimento intencionalmente incorreto, incompleto ou impreciso, prevendo a possibilidade de que o agente público venha a responder por improbidade administrativa por esta conduta²⁹.

Diante disso, a importância atribuída à transparência no âmbito da Administração Pública é inquestionável e é possível associá-la a própria democratização da Administração Pública, uma vez que a publicidade atribuída aos atos administrativos, aos seus dados e às suas despesas e receitas, permite o controle da população sobre estes dados. Acerca da distinção entre transparência e publicidade, conclui-se que:

Transparência é um conceito abrangente que se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, garantindo a visibilidade, o acesso, o conhecimento das atividades administrativas e instrumentalizando a vigilância social e o controle institucional sobre a Administração Pública através dos demais princípios. Publicidade, motivação e participação são subprincípios que se articulam reciprocamente como um círculo virtuoso em direção ao princípio da transparência. Ele consiste não só na informação ao povo do que a Administração pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão.³⁰

27 *Op. Cit.*

28 *Op. Cit.*

29 *Op. Cit.*

30 MARTINS JÚNIOR, W. P. O princípio da transparência. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Coord.). **Teoria geral e prin-**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹ constata a possibilidade de que todos os instrumentos de democratização da Administração Pública decorram da finalidade de preservação da sua legalidade e da sua moralidade. Portanto, é possível afirmar também que o aumento da publicidade atribuída por meio do portal da transparência busca a preservação destes princípios que constam no caput do artigo 37 da Constituição³², e se torna essencial para que o cidadão seja capaz de exercer o controle social e reivindicar direitos. Torna-se, assim, instrumento de combate à corrupção³³.

Para Gruman³⁴, a transparência das informações conecta-se diretamente ao aprimoramento dos instrumentos de alocação de recursos públicos, bem como com a qualidade dos gastos realizados pelos entes públicos. Isto porque, para o autor, transmitindo essas informações à sociedade, permite-se “um escrutínio das premissas adotadas para a elaboração e implantação da política pública analisada naquele momento, algo impensável em sociedades nas quais a assimetria de informação é a regra, e não a exceção, como se pretende na sociedade brasileira”. Assim, ao passo de que a informação da sociedade está associada à boa aplicação dos recursos, a sua desinformação está associada à probabilidade de falta de eficiência na alocação destes recursos.

Diante disso, verifica-se que a transparência do Estado para com seu cidadão, sob o ângulo da publicidade, é fundamental para as bases do Direito Administrativo, e possui um caráter instrumental inegável, sobretudo se comparado com os demais princípios da Administração Pública e se relacionado com o aperfeiçoamento do controle³⁵. Portanto, verifica-se o papel fundamental dessa transparência, que se consolida com a disponibilização das informações no portal da transparência.

O que se pontua nesta pesquisa, entretanto, não é o questionamento sobre a necessidade de uma gestão pública verdadeiramente transparente, a qual se mostra essencial para cumprimento dos preceitos constitucionais. Questiona-se, na verdade, a problemática enfrentada pelos municípios de pequeno porte para que estas informações sejam adequadas e corretamente compartilhadas. Isto

cípios do Direito Administrativo. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 422.

31 DI PIETRO, M. S. Z. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 2, 2016. p. 206.

32 *Op. Cit.*

33 MEDEIROS, S. A.; MAGALHÃES, R; PEREIRA, J. R. Lei de acesso à informação: em busca da transparência e do combate à corrupção. **Informação & informação**, v. 19, n. 1, p. 55-75, 2014.

34 GRUMAN, M. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. **Revista Debates**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 97, 2012. DOI: 10.22456/1982-5269.34229. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/34229>. Acesso em: 9 jul. 2022. p. 102.

35 *Op. Cit.* p. 422.

porque, em que pese à instituição de sanções para a Administração Pública no descumprimento das determinações quanto ao portal da transparência, como suscitado pela Lei de Acesso à Informação³⁶, estas não constituem remédio absoluto aos entraves enfrentados por estes municípios na busca pela adequação ao incremento digital.

É o que ocorreu, exemplificativamente, no caso dos autos da ação civil pública nº 0000218-55.2017.8.10.0106, em que o gestor da Prefeitura do Município de Passagem Franca deixou de observar a obrigatoriedade da implantação do portal da transparência, cometendo ato de improbidade administrativa. Nestes autos, o gestor suscitou a falta de profissionais habilitados para o cumprimento da exigência. Em sentença, o gestor foi condenado à perda da função pública, bem como à suspensão de seus direitos políticos, dentre outras condenações³⁷.

Em outro exemplo, no caso dos autos da ação civil pública nº 0800123-74.2016.4.05.8003, o Ministério Público Federal afirmou que a gestora do município de Palestina teria, mesmo após receber recomendações, deixado de praticar atos de ofício relacionados à divulgação e criação do portal de transparência municipal – exigidos pela Lei Complementar nº 131/2009 e pela Lei nº 12.527/2011 –, prejudicando, assim, a publicidade dos atos oficiais e incorrendo em ato de improbidade administrativa.

Neste último caso, entretanto, constatou-se que “a disponibilização dos dados, de forma rotineira, no SICAP indica que a gestora municipal, ainda que por meio inidôneo, vem envidando esforços a fim de adequação, ao menos, às finalidades preconizadas pelas referidas leis”, ainda que tenha havido a implementação tardia da implantação do portal da transparência no município³⁸.

Em ambos os casos, observa-se a situação de dificuldade da Administração Pública em total aderência aos meios eletrônicos de disponibilização de informações, seja pelos entraves relacionados aos profissionais dos quais o município dispõe, seja pela maneira inadequada de disponibilização dessas informações – o que pode ser gerado por diversos fatores, desde problemas de infraestrutura em tecnologia da informação ao próprio desconhecimento do gestor quanto às ferramentas desenhadas para a publicidade de informações.

36 *Op. Cit.*

37 BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Ação Civil Pública nº 0000218-55.2017.8.10.0106. Sentença. **Diário Eletrônico da Justiça. Poder Judiciário do Estado do Maranhão**. Publicação em 25 fev. 2019. 2019a. Disponível em: https://www3.tjma.jus.br/diario/diarios/diario_22022019_114002_35.pdf.pdf. Acesso em 09 jul. 2022.

38 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Civil Pública nº 0800123-74.2016.4.05.8003. Acórdão. **Consulta pública**. Documento assinado em 26 jun. 2019. 2019b. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=9b3e-82528c9609079a8e3843a76a4a4c>. Acesso em 09 jul. 2022.

4. A REALIDADE DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE DIANTE DA OBRIGAÇÃO DIGITAL DE INSTITUIR OS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA

Diante do exposto até aqui, percebe-se imediatamente a necessidade de que haja um olhar diferenciado aos municípios de pequeno porte quando o assunto for a realização de ações por meio de um incremento digital, sob o risco de que seja ferido o princípio da igualdade entre os diferentes entes federados.

Neste ponto, é necessário inicialmente reconhecer que o direito à igualdade possui caráter de direito fundamental, tendo em vista a sua proteção formal e material pelo ordenamento pátrio, necessárias à salvaguarda como princípio do ordenamento jurídico. Para Steinmetz³⁹, esse princípio não só integra a ordem pública, como também limita a autonomia privada. Além disso, o princípio da igualdade atua como proibidor de qualquer tipo de discriminação e opera eficácia em diferentes graus, de acordo com a natureza do negócio jurídico e dos direitos em jogo, bem como as circunstâncias do caso concreto.

Na Teoria da Justiça, formulada em Rawls⁴⁰, a Justiça se relaciona com a equidade entre os indivíduos, de modo a conjugá-la com os valores da liberdade e da igualdade. Embora se fale aqui em valores individuais, é possível transpor o raciocínio aos municípios de pequeno porte. Na inteligência desta Teoria, não é possível que um indivíduo exerça estes valores de liberdade e igualdade adequadamente a partir de um ponto de partida desigual.

O mesmo ocorre com os municípios de pequeno porte, que, ao serem exigidos nos mesmos níveis que os de grande porte em relação à implementação e à gestão adequada dos portais da transparência, não serão capazes de apresentar o mesmo desempenho. Trata-se de uma diferença entre igualdade formal dos municípios – que possuem autonomia face à Constituição, e a mesma capacidade formal – e a igualdade material desses municípios para lidar com determinadas demandas e exigências, tais como as que necessitam do incremento digital para serem atendidas. Compara-se esta situação à narrada por Cappelletti e Garth⁴¹ na evolução do conceito teórico de acesso à justiça: embora o acesso formal, mas

39 STEINMETZ, W. A. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 250.

40 RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

41 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

não efetivo à justiça, corresponda à igualdade, esta igualdade acaba sendo somente formal, não efetiva.

Além disso, a discussão no sentido de que a universalização do acesso aos serviços eletrônicos deve ocorrer antes da conversão do meio físico para o eletrônico, por meio da atualização de processos, não deve se restringir ao acesso dos usuários para com os serviços fornecidos pela Administração Pública. Deve também se aplicar à capacidade técnica e financeira que essa Administração possui para prestar serviços por esses meios, bem como se ser controlada de maneira justa a partir de informações fornecidas digitalmente, considerando todas as suas particularidades, sob o risco de os resultados serem insatisfatórios, quanto aos usuários que consultem o portal da transparência, e irreais quanto às informações disponibilizadas nele.

Simão⁴² aponta para as dificuldades que os municípios de pequeno porte, com até 20 mil habitantes, enfrentam na implementação de projetos que requerem infraestrutura de telecomunicações, tais como os provedores de internet. Soma-se essa realidade à alta taxa de exclusão digital verificada nesses municípios e o resultado é a precária adequação desses municípios às exigências advindas de um controle exercido pelo meio digital.

Assim, a ideia de igualdade não se revela no tratamento igualitário entre os municípios de pequeno porte e os municípios providos de TICs. Ao contrário, a ideia de uma equidistância preexistente já se mostrou inadequada por meio de estudos concretos, que apontaram as diferenças entre os municípios de pequeno porte e os de grande porte.

Enquanto essa “arena digital” não for acessada de maneira verdadeiramente isonômica entre os sujeitos às obrigações a serem adimplidas pelo meio eletrônico, este jamais revelará resultados verdadeiros obtidos por meio do incremento digital para todos estes entes. Para Habermas⁴³, o direito não pode apenas satisfazer as exigências funcionais da sociedade, devendo considerar também as condições precárias da integração social.

É irreal pensar que a Administração Pública não é composta de pessoas, e ainda mais utópico ignorar que as características locais – tais como os serviços disponíveis para contratação pela Administração, a inclusão digital dos cidadãos e funcionários e a infraestrutura em telecomunicações disponível na cidade – impactam sobre os resultados do incremento digital nos municípios, sobretudo

42 SIMÃO, J. B. **A concepção de um modelo de cidade digital baseado nas necessidades informacionais do cidadão: o caso dos municípios brasileiros de pequeno porte.** 2010. xii, 132 f., il. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/7469>. Acesso em 25 jun. 2022. p. 118.

43 HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 114-115.

nos de pequeno porte. O Brasil possui mais de cinco mil municípios, com populações que variam em larga escala, percebendo-se municípios que possuem menos de mil habitantes e grandes centros como o município de São Paulo, que possui mais de doze milhões de habitantes.

Em pesquisa realizada com o objetivo de conceber um modelo para a implantação de cidade digital que seja compatível com as recomendações de organismos internacionais de telecomunicações e que seja adequada às necessidades dos cidadãos, Simão⁴⁴ aponta que um dos grandes entraves para o uso dessas tecnologias no Brasil, em âmbito municipal, é a precária infraestrutura de telecomunicações, seja pela ausência de profissionais com conhecimento teórico suficiente no município, seja pela carência de recursos humanos e financeiros da própria municipalidade.

Ainda, acerca da diferença entre os municípios de pequeno porte e às médias e grandes cidades, destacou que:

No Brasil, o uso eficiente das TICs no nível municipal está praticamente restrito às grandes e médias cidades. Analisando a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicada em 2005, é possível verificar que todos os municípios com mais de 500 mil habitantes, de maneira mais ou menos eficiente, estão presentes na Internet. **A situação deixa de ser confortável quando se observa que as pequenas cidades que representam mais de 95% do total, normalmente, não possuem adequada infraestrutura de informática.**⁴⁵

Nesta pesquisa, foi concluído que, na implantação de projetos de cidades digitais, é necessário diagnosticar previamente o nível de apropriação e uso das tecnologias da informação e comunicação na cidade, além das necessidades informacionais dos cidadãos. Ademais, reconheceu-se que as iniciativas nos municípios de pequeno porte têm sido isoladas, perdendo-se as boas práticas similares de outros locais e notando-se uma pequena participação de universidades e centros de pesquisa.

Isso revela uma necessidade de modelos adaptados aos municípios de pequeno porte no que concerne ao incremento digital realizado para implementação dos portais da transparência. Isso é essencial para que esses municípios não sejam, de certa maneira, penalizados duplamente: em primeiro lugar, em razão da falta de infraestrutura em telecomunicações, somada às demais dificuldades apontadas nesse trabalho, e, em segundo lugar, por resultados obtidos em razão da inaptidão a participar adequadamente da implementação do portal da transparência no município, posteriormente controlada, sendo este segundo aspecto uma consequência direta do primeiro.

Portanto, com a intenção de superar essas dificuldades, é necessário que as dificuldades de cada

44 *Op. Cit.*, p. 123.

45 SIMÃO. 2014. *Op. Cit.* p. 214. grifou-se.

município sejam consideradas quando houver a incidência de ações civis públicas por improbidade administrativa diante da ausência de implementação do portal da transparência, tendo em vista se tratar de atos municipais que envolvem um necessário incremento digital. Ademais, é preciso que haja uma política integrada entre os estados e governo federal para auxiliar esses municípios na superação das dificuldades verificadas na implementação do portal da transparência, além da penalização, para que o incremento digital não seja um trabalho realizado sem eficácia, em razão da ausência de requisitos básicos aptos a torná-lo satisfatório.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto até aqui, conclui-se que o Brasil passou por diversas tentativas de implementação de um modelo de governo adequado às novas tecnologias. Por este motivo, constatou-se que o país tem evoluído no incremento digital à Administração Pública, utilizando-o para cumprir as finalidades de uma Administração plural e democrática, oferecendo informações e serviços de qualidade aos cidadãos.

Dentre este oferecimento de informações e serviços, a implementação dos portais da transparência se mostrou um instrumento importante, pois por meio dele é possível que os cidadãos acompanhem e fiscalizem os atos administrativos, sobretudo no que diz respeito à gestão e à aplicação dos recursos públicos.

Entretanto, foi possível notar que o incremento digital nos municípios de pequeno porte ressalta as inúmeras diferenças que existem entre esses e os municípios localizados em grandes centros, que possuem à disposição a possibilidade de contratação de serviços avançados, além de infraestrutura de telecomunicação local que permite a implementação de serviços progressistas na área da tecnologia.

Diante dos casos apresentados, observou-se a situação de dificuldade da Administração Pública dos municípios de pequeno porte em total aderência aos meios eletrônicos de disponibilização de informações em caráter de transparência, seja pelos entraves relacionados aos profissionais dos quais o município dispõe, seja pela maneira inadequada de disponibilização dessas informações – o que pode ser gerado por diversos fatores, destes problemas de infraestrutura em tecnologia da informação ao próprio desconhecimento do gestor quanto à publicidade de informações.

Neste sentido, observa-se a necessidade de que haja, para os processos de incremento digital dos municípios de pequeno porte, uma infraestrutura mínima de informatização, apta a superar os entraves da falta de recursos humanos, financeiros e profissionais para a prestação de serviços nessas localidades, de modo a atender e considerar também as necessidades dos munícipes usuários dos serviços prestados.

Assim, constata-se que os municípios de pequeno porte devem ter suas adversidades consideradas para que não sejam prejudicados injustamente pelos resultados fornecidos – ou pela ausência de resultados – quando incidido o controle sobre os portais da transparência, uma vez que se tratando de atos municipais que envolvam um necessário incremento digital, recebendo o devido auxílio para que estes problemas de fato não voltem a ocorrer, e não apenas a penalização pelo ato. Trata-se de um expoente concreto da consecução do princípio da igualdade, necessário para que os bons resultados do incremento digital na Administração Pública não sejam colhidos apenas na esfera federal ou nos grandes centros.

Por este motivo, conclui-se que o auxílio aos municípios de pequeno porte é essencial para que eles não sejam, de certa maneira, penalizados duplamente: em primeiro lugar, em razão da falta de infraestrutura em telecomunicações, somada às demais dificuldades apontadas nesse trabalho, e, em segundo lugar, por resultados obtidos em razão da inaptidão a participar adequadamente da implementação do portal da transparência no município.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4516, de 1º de dezembro de 1964**. Cria o Serviço Federal de Processamento de Dados, vinculados ao Ministério da Fazenda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4516.htm. Acesso em 24 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5615, de 13 de outubro de 1970**. Dispõe sobre o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5615.htm. Acesso em 24 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Ação Civil Pública nº 0000218-55.2017.8.10.0106. Sentença. **Diário Eletrônico da Justiça**. Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Publicação em 25 fev. 2019. 2019a. Disponível em: https://www3.tjma.jus.br/diario/diarios/diario_22022019_114002_35.pdf.pdf. Acesso em 09 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Civil Pública nº 0800123-74.2016.4.05.8003. Acórdão. **Consultapública**. Documento assinado em 26 jun. 2019. 2019b. Disponível em: <https://pje.trf5>.

jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=9b3e82528c9609079a8e3843a76a4a4c. Acesso em 09 jul. 2022.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, L. B. de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 115-148, set./dez. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82959/78898>. Acesso em 25 jun. 2022.

CRISTÓVAM, J. S. da S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Revista Sequência**, Florianópolis, vol. 41, n. 84, p. 209-242, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209/43642>. Acesso em 27 jun. 2022.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 2, 2016.

GRUMAN, M. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. **Revista Debates**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 97, 2012. DOI: 10.22456/1982-5269.34229. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/34229>. Acesso em: 9 jul. 2022.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. 354 p.

KON, A. Inovação nos serviços públicos: condições da implementação do governo eletrônico. **IPEA - Planejamento e Políticas Públicas**, n. 52, jan/jul, p. 489-528, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/985>. Acesso em 27 jun. 2022.

MARTINS JÚNIOR, W. P. O princípio da transparência. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Teoria geral e princípios do Direito Administrativo**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, S. A.; MAGALHÃES, R.; PEREIRA, J. R. Lei de acesso à informação: em busca da transparência e do combate à corrupção. **Informação & informação**, v. 19, n. 1, p. 55-75, 2014.

PRADO, O.; RIBEIRO, M. M.; DINIZ, E. Governo eletrônico e transparência: olhar crítico sobre os portais do governo federal brasileiro. In: PINHO, J. A. G. de. **Estado, sociedade e interações**

digitais: expectativas democráticas, p. 13-39, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16738/3/estado%2C%20sociedade%20e%20interacoes.pdf>. Acesso em 20 jun. 2022.

PRZEYBILOVICZ, E.; CUNHA, M. A.; MEIRELLES, F. de S. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e smart city. **Revista de Administração Pública**, v. 52, p. 630-649, 2018. disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/75718/72527>. Acesso em 20 jun. 2022.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REYNA, J.; GABARDO, E.; SANTOS, F. de S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Sequência*, Florianópolis, vol. 41, n. 85, p. 30-50, ago., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278/44588>. Acesso em 27 jun. 2022.

ROVER, A. Introdução ao governo eletrônico. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Aires-Rover/publication/268061899_Introducao_ao_governo_eletronico/links/54db5d710cf233119bc5fe68/Introducao-ao-governo-eletronico.pdf. Acesso em 22 jun. 2022.

SIMÃO, J. B. **A concepção de um modelo de cidade digital baseado nas necessidades informacionais do cidadão**: o caso dos municípios brasileiros de pequeno porte. 2010. xii, 132 f., il. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/7469>. Acesso em 25 jun. 2022.

STEINMETZ, W. A. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

UNITED NATIONS. **United Nations e-Government Survey 2020**. New York: United Nations, UNON Publishing Services Section. 2020. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2020>. Acesso em 20 jun. 2022.

OS ENTRAVES JURÍDICOS PARA A FIGURA DO INVESTIDOR-ANJO DENTRO DAS STARTUPS

THE LEGAL OBSTACLES FOR THE FIGURE OF AN ANGEL INVESTOR INSIDE
STARTUPS

Gabriela Rosa de Andrade¹

Data de Submissão: 18/5/2022

Data de Aceite: 27/11/2023

Resumo: As diferentes modalidades de investimento no mercado financeiro brasileiro vem sendo cada vez mais discutidas. Nesse sentido, o presente artigo tem como escopo a elucidação acerca das características e funções presentes para a figura do investidor-anjo dentro das startups. Em específico, este trabalho faz um comparativo entre as leis complementares número 123, 155 e 182, o último sendo conhecido como O Marco Legal das Startups, além de usar diversas obras e doutrinas para maior aprofundamento no assunto. Para mais, mostra as antigas limitações enfrentadas por essa forma de investimento recente, anteriormente não formalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, além das mudanças significativas e nas formas de incentivo criadas pelo Marco Legal das Startups. Em conclusão, percebe-se um maior interesse vindo do Estado para a flexibilização no setor de investimentos, trazendo maiores benefícios para os investimentos de alto risco, porém a permanência das incertezas quanto ao limite de sua atuação e a compatibilização contábil de seu aporte com sua interferência de mentoria.

Palavra-chave: Investidor-anjo. Marco Legal das Startups. Aporte de capital. Startup.

Abstract: *The different types of investment in the Brazilian financial market have been increasingly discussed. In this sense, the scope of this article is to elucidate the characteristics and functions present for the figure of the angel investor within startups. Specifically, this work makes a comparison between the complementary laws number 123, 155 and 182, the last one being known as The Legal Framework of Startups, in addition to using several works and doctrines for further deepening on the subject. Furthermore, the article shows the old limitations faced by this recent form of investment, previously not formalized by the Brazilian legal system, in addition to the significant changes and forms of incentive created by the Legal Framework for Startups. In conclusion, there is a greater interest coming from the State for flexibility in the investment sector, bringing greater benefits to high-risk investments, however, the continued uncertainty regarding the limit of his performance and the accounting compatibility of his contribution with his mentoring interference.*

Keywords: *Angel-investor. Legal Framework for Startups. Capital contribution. Startup.*

1 Graduada do 7º período de Direito, no Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, foi editora de seção da 24ª e 25ª edições da Revista FIDES (UFRN), bem como integrante do grupo de coordenação de conteúdos da Revista FIDES (UFRN), autora de artigos científicos em Direito Administrativo e em Criminologia, neste último foi palestrante para o XVII Encontro Humanístico (UFMA), foi integrante do grupo de *Mediation Writing* (UNDB), ligante na liga de Direito Internacional (UNDB), foi estagiária do escritório Schiefler Advocacia, atualmente pesquisadora e professora particular de inglês e francês para negócios.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 4º do Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182, de 1 de Junho de 2021), “são enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”.

Investir em uma empresa inicial como startups apresenta diversas vantagens, como também desvantagens, haja vista a incerteza de sua evolução. Porém, o crescimento acelerado desse tipo empresarial atrai diversas pessoas interessadas a estimular esse desenvolvimento, com vistas a retornos rápidos de serem visualizados. As startups disponibilizam meios facilitados de aporte de capital, além de terem esse caráter inovador de funcionamento, trazido pela tecnologia.

Por estarem em evolução constante de forma vertiginosa, as startups podem ser enquadradas em diferentes níveis de maturação, como: ideação, operação, tração e escala. Seu caráter diferenciador do ramo empresarial está na sua rápida mudança em estágios de crescimento, dessa forma, as startups dependem do Capital de Risco para alavancar seu crescimento e aumentar sua base de clientes².

Em se tratando de estágios de crescimento, a ideação trata-se do primeiro momento de criação da ideia fundadora da startup, instância em que o empreendedor avalia se o seu produto pode ser inserido no mercado e capaz de captar consumidores e investidores. Dessa forma, nessa etapa inicial da startup, a captação de investimentos de aceleração são conhecidos como *pre-seed*, fase de apresentação de uma prototipação, conhecido como MVP, produto mínimo viável, em que esse “capital semente” pode vir de investimentos como incubadores, fundos especializados e investidores-anjos³.

A fase posterior trata-se da aderência desse protótipo no público-alvo, como resultado, o modelo final com todas alterações finais concluídas, o produto *pivot*, depois da constituição legal da empresa, começa a realizar as primeiras receitas. Assim, essa fase de fixação do produto no mercado, aumento de colaboradores e receita, chama-se *seed*, momento da consolidação da base de clientes e consistência do modelo. Destarte, posterior a essas fases, a startup entra nos momentos de maturidade de operação e escala⁴.

2 DEITOS, Paulo. Os 4 estágios de crescimento de uma startup. STARTSE. Disponível em: <https://www.startse.com/artigos/os-4-estagios-de-crescimento-de-uma-startup/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

3 SARFATI, Gilberto. Quem (e como) investe em startups brasileiras. GV-EXECUTIVO, v. 17, n. 3, p. 12-16, 2018.

4 DEITOS, Paulo. Os 4 estágios de crescimento de uma startup. STARTSE. Disponível em: <https://www.startse.com/artigos/os-4-estagios-de-crescimento-de-uma-startup/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

Nesse âmbito inaugural, surge a figura do investidor-anjo, podendo ser pessoa física ou jurídica. Normalmente são empresários com carreiras já estabelecidas, que enxergam nessas empresas iniciais novas oportunidades de investimento, onde as ideias tecnológicas inovadoras mostram-se promissórias de lucros acelerados.

Para mais, as mudanças ocorridas na regulamentação desses sistemas de investimento, que inovam por se ausentarem do elemento volitivo das partes em se tornarem sócios, encontram no sistema jurídico brasileiro diversos obstáculos que possam se tornar desestímulo para o mercado financeiro. As transformações trazidas pela Lei Complementar nº 155/2016 com a recente Lei Complementar nº 182/2021 mudam o panorama das ações desses investidores.

O Marco Legal das Startups trouxe diversas modificações que facilitam o funcionamento dessas empresas, que a muito vinham desestimulando o investimento desse mercado no Brasil. A vistas, faz-se possível perceber a redução da burocracia e a flexibilização do ambiente regulatório, trazendo maior dinamismo e rotação, com ênfase na abertura para negociação direta entre investidor e empresa.

Outrossim, as startups só receberam representação jurídica recentemente, os textos normativos limitavam-se a empresas de pequeno porte e microempresas, também brevemente abordavam o direcionamento do investimento anjo. O novo marco legal direciona e viabiliza a regulamentação legal de empresas da nova era moderna, como as startups.

A temática a ser abordada foi escolhida dado o caráter atual do discurso sobre modelos empresariais como startups, que surgem a partir de uma ideia inovadora e possuem alta implementação de meios tecnológicos para seu desenvolvimento. Por serem sistemas empresariais em desenvolvimento, a relevância do assunto encontra-se justamente nas formas de alavancar capital, ocasionando alta rotatividade de investimentos e rápido crescimento lucrativo.

Tendo como intuito elucidar de forma satisfatória os objetivos do artigo, foram utilizados trabalhos publicados como artigos, teses e dissertações, para maior aprofundamento e explanação do assunto. Além disso, pelo caráter contemporâneo, o presente artigo faz uso de diversos sites e blogs, com fins de agregar o debate apresentado, por disponibilizarem visões atuais e práticas de melhores formas de aporte de capital.

O presente trabalho segue a metodologia de averiguação bibliográfica e exploratória. Bibliográfica, por meio de informações retiradas de citações, artigos e monografias, disponíveis na internet. Exploratória, com o objetivo de aprofundar o conhecimento sobre a problemática, fazendo

um comparativo sobre as leis complementares trazidas e a base contadista observada.

2. CAPITAL DE RISCO E ATUAÇÃO SOCIETÁRIA

O mercado do capital de risco caracteriza-se pelo investimento a médio e longo prazo em empresas emergentes, esta captação de capital é marcada pelo acordo mútuo entre a entrega do valor de inventivo em troca de quotas sociais para participação. Este depósito é organizado pela nomeada Sociedade de Capital de Risco, em que garante ao investidor participação índole temporária e minoritária⁵.

Dessa forma, esta configuração de captação de capital é baseada na análise da possibilidade de crescimento da empresa objeto do investimento, em que se estuda a rentabilidade no retorno lucrativo que tal sociedade pode ofertar após a entrada do capital de risco. Nesse sentido, mesmo com a inspeção de todos os fatores de risco que implicam a troca comercial, a chance do alto retorno lucrativo em lapso temporal encurtado mostra-se benefício suficiente para ultrapassar possíveis fatores negativos. Para além, o acordo garante ao investidor participação minoritária e temporária no quadro societário, em que o objetivo principal é obter mais-valia com a alienação posterior da participação adquirida, sendo a remuneração devolvida proporcional a performance executada pela empresa investida, podendo ainda interferir na gestão e tomada de decisões, em contrapartida, não assevera qualquer direito real⁶.

Destarte, para Tavares, a Teoria do Risco é o estudo aprofundado de todas as instâncias de risco que influenciam a tomada de decisão para a celebração de acordo de investimento, dividido em risco financeiro e risco econômico, este último subdividido em risco comercial e risco tecnológico⁷. Assim o risco pode ser diferenciado da incerteza, em que pese a incerteza poder ser impedor concreto para a concretização do investimento, enquanto em contrapartida, o risco enquadra-se como fator relevante para a tomada de decisão, porém o estudo de todos fatores negativos não impedem o empreendedor de agir, outrossim, é capaz de guiar o acordo empresarial, por demonstrar a capacidade de longevidade da

5 TAVARES, Carla Susana Marques Campos. O Business Angel Institucional e o mercado de capital de risco. 1999. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Economia e Gestão. p. 18 Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/25117>. Acesso em : 21 Abr. 2023.

6 TAVARES, Carla Susana Marques Campos. O Business Angel Institucional e o mercado de capital de risco. 1999. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Economia e Gestão. p. 23. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/25117>. Acesso em : 21 Abr. 2023.

7 TAVARES, Carla Susana Marques Campos. O Business Angel Institucional e o mercado de capital de risco. 1999. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Economia e Gestão. p. 82. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/25117>. Acesso em : 21 Abr. 2023.

empresa, como também sua forma de gestão política e econômica.

Nesse âmbito, a Teoria do Risco procura conduzir os investimentos, em que pese a entidade capital de risco possuir influência na governança societária, considerando que o capital de risco é caracterizado por ser uma forma de financiamento especial direcionada a pequenas e médias empresas de elevado potencial de crescimento e retorno. Logo, o grande grau de incerteza quanto ao desenvolvimento e retorno lucrativo da empresa receptora do investimento requer a investigação aperfeiçoada dos riscos exógenos e endógenos.

Os riscos exógenos são os riscos que estão fora do controle e alcance da decisão da Sociedade de Capital de Risco, exteriores ao contratante, pois têm origem no meio ambiente, em que tratasse de riscos incertos para ambas as partes, resultantes da reação do mercado à natureza do investimento em jogo⁸. Dessa forma, tais riscos estão atrelados ao início ou decurso do processo de investimento, que se prendem com o produto e sua concepção, considerado risco de desenvolvimento, ou seja a possibilidade de criação do produto em condições eficientes, o risco de execução, em que se trata da estratégia empresarial, o risco tecnológico, ligado a incerteza tecnológica da invenção, como visto supracitado da Teoria do Risco, está relacionado ao risco econômico.

Além disso, outros fatores externos ao poder de interferência desses investidores são a possibilidade do produto produzido é capaz de ser colocado no mercado competitivo, este fator chama-se risco comercial, destacando ainda outras vertentes que podem se relacionar com esse risco é o chamado risco de mercado, no que tange a dimensão de aderência do produto ao público-alvo desejado, e a viabilidade de crescimento desse mercado a longo prazo, pós dominação das áreas de produção e marketing, denominado risco de crescimento.

Por outro lado, a apuração dos riscos presentes nesse financiamento de capital de risco perpassa ainda os chamados riscos endógenos, que dizem respeito a confiabilidade da empresa contratante do investimento e todas suas nuances que o investidor terá na governança societária entre a sociedade do capital de risco e a contratante das ações.

Nesse foco, todas as questões anteriormente levantadas são de extrema importância para a decisão ser tomada na captação de capital social para a aceleração do desenvolvimento e crescimento da empresa. Esses fatores também devem ser colocado em destaque para diferentes cenários contratuais

8 COVA, Rosa Carolina Pereira. CAPITAL DE RISCO NA GOVERNAÇÃO SOCIETÁRIA. 2014. Tese de Mestrado em Direito Empresarial. Universidade Católica Portuguesa. p. 14. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16900/1/Rosa%20Carolina%20Pereira%20Cova.pdf>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

e em diferentes tipos de sociedades empresariais, a contar que uma empresa em estágio *seed*, jovem e em fase de captação de capital de risco, pode mostrar-se um investimento arriscado pela sua falta de desenvolvimento dentro do mercado e seu alto grau de falha frente ao lançamento de seu produto, quando em contrapartida, uma empresa em estágio avançado, ou seja, em *growth*, proporcionaria um quadro mais estável para negociação, por encontrar na etapa de crescimento no mercado, com produto bem estabelecido, a certeza do seu retorno lucrativo mostra-se mais promissora que para empresas em estágio inicial.

Para além dessa perspectiva, o mercado do capital de risco mostra-se em contínua expansão como escolha pelos investidores. Em um artigo de opinião publicado pela CNN Brasil⁹, o *venture capital* ou capital de risco apontou um crescimento de 127% entre 2020 e 2021, além de discutir que estratégias mais consolidadas dessa forma de investimento podem estar mais expressivas em 2023. Esse crescimento pode ser entendido dada variedade extensa de formas contratuais para pactuação de trocas de investimento e a liquidez variante do retorno lucrativo que esses investimentos fomentam. Em outro artigo publicado pela Organismos Investimentos¹⁰, tem-se o seguinte apontamento:

Os investidores agora valorizam métricas robustas de rentabilidade, como empresas que geram caixa e pagam seus custos. Dessa forma, as startups que conseguem mostrar lucro e uma estrutura sólida tendem a ser mais atraentes para investidores em busca de retornos consistentes e resilientes.

Destarte, ao trazer esse cenário para os investidores-anjo em startups, a sua ausência no quadro societário aponta uma vantagem em relação às outras formas de investimento, por não acarretar em interferências nas escolhas da governança societária, que posteriormente será tratado, e manter-se em função de aconselhamento para melhoria do desenvolvimento dessa empresa em ascensão.

3. CONCEITO DE INVESTIDOR-ANJO

9 PFEIFFER, Daniela. Por que o private equity pode crescer mais em 2023. CNN BRASIL. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/forum-opinio/por-que-o-private-equity-pode-crescer-mais-em-2023/#:~:text=Estudo%20da%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira%20de,capital%20entre%202020%20e%202021>. Acesso em 21 Abr. 2023.

10 Qual o cenário do venture capital em 2023 no Brasil? Organismos investimentos. 2023. Disponível em: <https://organismobrasil.com.br/qual-o-cenario-do-venture-capital-em-2023-no-brasil/>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

De acordo com Freear, Sohl e Wetzel¹¹, o investidor-anjo é a pessoa que possui valor líquido elevado e está disposto a investir seus fundos em empresas e empreendimentos de alto risco, com possibilidade de retorno alto.

Seu principal diferencial dos outros tipos de investimento, como incubadoras e aceleradoras, que não possuem essa interferência mais significativa no desenrolar da empresa, é que além de proporcionador de capital para o alavanche da empresa, o investidor-anjo caracteriza-se como um mentor empresarial, disponibilizando conhecimento de mercado e atuação econômica, podendo ofertar ideias de mudanças e melhorias no funcionamento da startup. Essa interferência fica inteiramente limitada ao aspecto consultivo, como fica expresso pelo artigo 61-A, parágrafo 4º, inciso primeiro da Lei Complementar 182, de 2021.

Investidor-anjo caracteriza-se por uma pessoa física ou jurídica, que usa de seus próprios recursos ou de terceiros e faz aportes de capital para empresas enquadradas em *startups*. Os valores do aporte desse tipo de investimento não entram para o capital social da empresa, nesse sentido, investidores anjo não participam do quadro societário, além de não possuírem fator volitivo para tal. Toda participação desse grupo de investimento faz-se presente no momento inicial, não sendo possível a contribuição em gerência ou voto em assembleia.

Ademais, essa configuração de aporte de capital é uma prática comum entre empresários bem-sucedidos, com carreiras já estabelecidas, que encontram nessa modalidade de empreendimento novas oportunidades de retorno lucrativo, haja vista a agilidade de evolução de empresas iniciais como *startups*.

Dessa forma, suas contribuições limitam-se a apresentação de ideias e visões que podem ajudar a empresa a crescer ou corrigir possíveis erros, trazendo para o meio empresarial todo conhecimento já adquirido de empreendimentos anteriores, todo o enfoque no adicional que acrescentam encontra-se na *expertise* que esse colaboradores possuem. A mentoria oferecida, além do *networking*, são atributos capazes de estabilizar empresas iniciais, que procuram a estabilidade sem cometer falhas capazes de impedir seu crescimento¹².

Outrossim, pela ausência do fator volitivo de formação societária, os investidores evitam a ingerência da *startup*, quando da falta de poder de voto ou decisão em reunião entre sócios e fundadores, dando maior autonomia e independência para os criadores da empresa agirem livremente para práticas

11 FREEAR, John;SOHL, Jeffrey E.;WETZEL, W. E. The informal venture capital market: milestones passed and the road ahead. *Entrepreneurship*, p. 47-70, 2000.

12 PEIXOTO, Laís Patrício da Cunha et al. Startups: aspectos societários, contratuais e o papel do investidor anjo no ordenamento jurídico brasileiro à luz da LC no 155 de 2016 e da LC no 182/2021. p. 9. 2021.

inovadoras¹³. No Brasil, a exemplo de investimentos-anjo, a associação Anjos do Brasil¹⁴ funciona como hub para investidores-anjo, como também acelerador de outras startups em estágio inicial *pre-seed*, assim como a Wayra¹⁵, principal aceleradora da Vivo e outras startups.

O BNDES, o Banco Nacional de Desenvolvimento, possui um fundo de investimento anjo para startups iniciais, pelo Fip Anjo, com enfoque em empresas do ramo do agronegócios, biotecnologia, cidades inteligentes, economia criativa, saúde e tecnologia da informação e comunicação (TIC)¹⁶, gerido pela Domo Invest, logo percebe-se a grande gama de possibilidades para captação de capital acelerador. Pela flexibilidade, o investimento-anjo pode ser concretizado em diversas formas contratuais.

Em pesquisa feita pela organização Anjos do Brasil¹⁷, o crescimento de investimento anjo entre 2016 e 2017 foi de 16%, isso se deu por razões estruturais, como pela criação da Lei complementar nº 155 de 2016, que possibilitou maior segurança jurídica para a figura do investidor-anjo. Além disso, em se tratando de razões conjunturais da melhoria desse cenário, o aumento de investidores proativos e a queda da taxa de juros ajudou ainda mais a trazer maior movimentação para essa forma de investimento.

Em contrapartida, no cenário internacional das economias emergentes, o Brasil ainda se encontra atrás de grandes potenciais de mercado, quando analisada a percentagem de PIB alocado para a alavancagem de pequenas e médias empresas, onde apenas um pouco mais de 15% do PIB brasileiro tem por finalidade esse destino final de investimento, enquanto países como China e Coreia do Sul, possuem alocados respectivamente mais de 35% e menos de 30% de PIB nacional.

Segundo Spina¹⁸, tais empresas tecnológicas com crescimento em larga escala desencadearam o mercado financeiro, estimulando qualquer pessoa a fazer parte desse sistema e tornarem-se investidores, por essa razão essa forma de investimento encontra-se em constante expansão.

4. OS CONTRAPESOS JURÍDICOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO INVESTIDOR-ANJO

13 NONNENMACHER, Bruna Isabela; DE CARVALHO, Elisa Andrade Antunes; DA SILVA, Jéssica Maria Gonçalves. O Marco Legal das Startups e a Figura do Investidor Anjo. *Direito Izabela Hendrix*, v. 27, n. 27, p.5, 2021.

14 Cases de Investimento. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/cases-de-investimento.html>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

15 Wayra BR - Home. Disponível em: <https://br.wayra.com/>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

16 Site de acesso BNDES: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/mercado-de-capitais/fundos-de-investimentos/fip-anjo-startups>

17 O crescimento do Investimento Anjo. Pesquisa de 2018. Anjos do Brasil. Disponível em: https://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/pesquisa_crescimento_do_investimento_anjo_-_anjos_do_brasil_-_ago-18.pdf. Acesso em: 21 Abr 2023

18 SPINA, Cassio A. *Investidor Anjo: guia prático para empreendedores e investidores*. 1. ed. São Paulo: nVersos, p.16, 2012.

Como efeitos das leis complementares 123 e 155, a participação jurídica do investidor-anjo pode ser estabelecida de acordo com o tipo contratual firmado, pode sua personalidade ser desconsiderada, não respondendo por futuras dívidas contraídas pela startup.

Em matéria de desconsideração da personalidade jurídica dessa forma de investimento, o ordenamento jurídico brasileiro só formalizou sua regulamentação pela Lei Complementar nº 155/2016, sendo esta uma alteração e adequação da Lei Complementar nº 123/2006. O objetivo da lei mais recente é de reger as relações entre investidores e empreendedores, tendo sido acrescido à lei complementar de 2006, os artigos 61-A e 61-D, que oficializam o investimento-anjo na legislação brasileira e seu tipo de participação na sociedade empresarial.

Nesse âmbito, é preciso especificar o tipo de contrato presente nessa troca comercial, para o entendimento da responsabilidade jurídica. No modelo de contrato de participação para investir em startup, não será inserida qualquer demanda ou responsabilidade a respeito de dívidas decorrentes de demandas trabalhistas¹⁹.

Para maior elucidar os limites de atuação desse troca empresarial, segue o texto da Lei Complementar nº 155/2016²⁰:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 4º O investidor-anjo:

I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

III - será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos.

Nesse sentido, contratado dentro dos conforme da LCP nº 155/2016, pessoa física ou jurídica nesse formato não responderá por dívidas contraídas pela startup, como também não se responsabiliza por situações de recuperação judicial. Porém, do que se extrai da Lei Complementar, o investidor não possui qualquer controle no que diz respeito ao seu aporte, já que não participa da gerência, como também não possui poder de voto. Do artigo supracitado em seu parágrafo quinto “os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade”, percebe-se a precária ideia da limitação

¹⁹ MAIA, Torben Fernandes et al. Riscos do investidor-anjo e limites de sua responsabilidade em startups. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 6, p. 9, 2021.

²⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional.

da atuação do investidor-anjo, tendo pouco ou quase controle nenhum sobre a direção do aporte²¹.

Não se comporta da mesma maneira, em contrapartida, se a relação entre investidor e startup tiver sido estabilizada por sociedade em conta de participação (SCP), haja vista que nessa esfera contratual há integração ao quadro societário e ao capital social da empresa.

As outras formas contratuais podem garantir quotas sociais dentro da sociedade empresária, casos estes em que a desconsideração jurídica não pode ser aplicada. O contrato de mútuo²², a exemplo, é caracterizado pelo empréstimo de coisas fungíveis, que dentro do âmbito tecnológico das startups pode ser transformado em um acordo de mútuo conversível²³, onde o mutuário, a empresa destinatária do empréstimo, pode converter o empréstimo em partes iguais de quotas sociais.

Para o caso da Sociedade em Conta de Participação (SCP), a blindagem especial da desconsideração jurídica também não pode ser visualizada nessa forma de firmação de investimento, uma vez que de acordo com o artigo 991 do Código Civil de 2002, estabelece que:

Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Assim, percebe-se que nessa cláusula de investimento, o sócio ostensivo recairá em responsabilidades jurídicas e demais resultados que gerarem da empresa.

Outro fator expressivo da LCP n° 155/2016 é a possibilidade de atuação por pessoa física ou jurídica, em que o aporte de capital seja feito por recursos próprios, ou ainda via terceiros, quando do contrato de participação, não lhe sendo aplicado artigo 50 do Código Civil de 2002²⁴, no que diz respeito ao uso de seu aporte para responsabilização judicial.

Portanto, a flexibilização da responsabilização do investidor-anjo garante uma segurança maior ao aporte de capital, sendo ele blindado de qualquer dívida que possa surgir da startup, haja vista que o investidor não será considerado sócio ostensivo do quadro societário. Em contrapartida, a abordagem

21 MATOS Amanda Prado de. A Responsabilidade do Investidor Anjo, 2019. MBITO JURÍDICO. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-184/a-responsabilidade-do-investidoranjo/#_ftn2 Acesso em: 02/12/20213.

22 Lei n° 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Institui o Código Civil, Art. 586: O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

23 AKADA, Thalles Alexandre. STARTUPS CONTRATO DE MÚTUAO CONVERSÍVEL EM QUOTAS SOCIAIS. Revistade Direito Empresarial, vol.19/2016, p.151-159, Out/2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2839935>. Acesso em: 20. Abr. 2023 .

24 Lei n° 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Institui o Código Civil, Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Medida Provisória n° 881, de 2019).

desse tipo de investimento se afasta expressivamente do modelo importado norte-americano, ao excluir a possibilidade de integração ao quadro societário, como também direito à divisão de quotas sociais. Assim sendo, a LC nº 155/2016 deixa o investimento-anjo sem respaldo no que diz a limitação de sua participação, em que pese sua função ser inserir na empresa investida seu conhecimento de mercado, em pouco interfere no resultado final de gerência e decisão de voto fruto do seu conhecimento.

5. MUDANÇAS ESTABELECIDAS PELO MARCO LEGAL DAS *STARTUPS* (LC 182/2021)

Com o crescimento do mercado comercial de investimentos, a legislação brasileira apresenta um novo texto normativo capaz de atualizar as novas demandas comerciais, como maior regulamentação do investimento-anjo em *startups*.

O Marco Legal das *Startups* (LC nº 182/2021), além de formalizar os procedimentos e limites dessa troca, traz melhorias quanto ao retorno lucrativo para os empresários interessados em fazer investimentos de risco, para mais, houve ainda a diminuição da burocratização da formação contratual e atuação das partes. Dessa maneira, finda a preservação da iniciativa privada e da movimentação econômica, com enfoque em empresas iniciais com ideias inovadores, capazes de alavancar lucros acelerados e de retorno imediato.

Dessa forma, fazendo um comparativo do texto legal da LCP nº 155/2016 e da LCP 182/2021 é perceptível a mudança dos artigos que abordam os benefícios para o investidor, além do tempo mínimo de recuperação de investimento e recebimento dos lucros obtidos pelo resultado de sua interferência.

No corpo do texto da LCP nº 155/2016, artigo 61-A, parágrafo 6, diz que ao final de cada período, o investidor-anjo terá direito a remuneração pelos seus investimentos não superiores a 50% do valor dos lucros da empresa, essa questão do pagamento do investidor-anjo é feita com base na sua contribuição para o crescimento da empresa e a partir do desempenho dela. Já no Marco Legal das *Startups*, faz-se perceptível a ausência desse texto a respeito do limite da remuneração, porém, foram acrescidos dois novos incisos²⁵, que possibilitam negociação, ao final de cada período, da remuneração

25 LEI COMPLEMENTAR Nº 182, DE 1º DE JUNHO DE 2021, Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Art 61-A: Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 6º As partes contratantes poderão:

I - estipular remuneração periódica, ao final de cada período, ao investidor-anjo, conforme contrato de participação; ou

do investidor anjo, outrossim, abre para conversão do aporte em participação societária.

Ademais, nos termos da LCP nº 123/2006 houve modificação e acréscimo nos termos do mesmo artigo anteriormente mencionado pela LC nº 182/2021, porém no parágrafo 4, no tocante a prazos e permissões dadas ao investidor. Ao que se expressa nos seguintes termos:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 4º O investidor-anjo:

III - será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de 7 (sete) anos;

IV - poderá exigir dos administradores as contas justificadas de sua administração e, anualmente, o inventário, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico;

V - poderá examinar, a qualquer momento, os livros, os documentos e o estado do caixa e da carteira da sociedade, exceto se houver pactuação contratual que determine época própria para isso.

Percebe-se, no que diz respeito ao prazo do retorno dos aportes, a LCP nº 155/2016 previa o tempo máximo de cinco anos e com a implementação da LC nº 182/2021, esse lapso temporal foi estendido para o limite de sete anos, previsto na nova redação do inciso terceiro do artigo acima.

Além disso, é de conhecimento no Direito Empresarial a sigilidade dada aos livros diários das empresas, não sendo permitida a inspeção por nenhum integrante fora do grupo de sócios e acionistas²⁶. Nesse quesito, foi adicionado pela LC nº 182/2021 ao corpo do texto da LCP nº 123/2006 o poder de examinação, por esses investidores, dos livros, registros e caixas da startup ou microempresa que estão em contrato²⁷. Pela característica de investimento de alto risco conhecida dos investidores-anjo, essa nova permissão proporciona um maior controle e gerência, proporcionando uma análise aprofundada dos efeitos dessa nova forma de investimento.

Para além, retornando ao tópico relacionado a prazo e retornos, o antigo inciso III, do mesmo

II - prever a possibilidade de conversão do aporte de capital em participação societária.

26 NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário. 14. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 174

27 LEI COMPLEMENTAR Nº 182, DE 1º DE JUNHO DE 2021, Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Art 61-A: Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 4º O investidor-anjo:

I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, resguardada a possibilidade de participação nas deliberações em caráter estritamente consultivo, conforme pactuação contratual;

III - será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de 7 (sete) anos;

IV - poderá exigir dos administradores as contas justificadas de sua administração e, anualmente, o inventário, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico; e

V - poderá examinar, a qualquer momento, os livros, os documentos e o estado do caixa e da carteira da sociedade, exceto se houver pactuação contratual que determine época própria para isso.

artigo e parágrafo, adicionado pela LCP 155/2016, foi vedado e substituído pelo novo inciso III da LCP 182/2021. No antigo inciso, a remuneração pelos aportes estaria dentro do prazo máximo de cinco anos, em contrapartida, na inclusão do novo inciso, esse prazo foi aumentado para sete anos, isso quer dizer que, o contrato de participação possuirá maior duração, para melhor benefício do investidor e seus aportes.

Contudo, ressalta-se que o Marco Legal das Startups permaneceu inconsistente quanto a gerência confundida com ingerência por parte do investidor-anjo, uma vez que sua experiência pode ter expressa influência no campo decisório na evolução da empresa investida. O investimento-anjo deve ser feito com muita cautela, em pese as lacunas do alcance da sua atuação com seu aporte, levando em consideração o chamado “*Term Sheet*”, o Termo de Negociação, o contrato de termos que demonstram suas intenções de investimento na *startup*²⁸.

Assim sendo, a LC nº 182/21 reafirma que o aporte de capital do investimento anjo não integraliza o capital social da *startup* investida, assim a compatibilidade contábil de seu investimento se torna incerto bem como suas consequências, quando de resultados negativos advindos do Termo de Negociação, já que a mutabilidade de uma *startup* é mais significativa, bem como sua volatilidade. A chamada gerência/ingerência do investidor-anjo coloca-se como principal desvantagem dessa forma de capital de risco, uma vez que sua expertise pode impedir que um ato decisório errôneo reverbere em toda empresa, porém por não atuar nesse ramo, sua contribuição se mostra incerta e seu investimento garantias de sucesso a longo prazo.

6. CONCLUSÃO

O crescimento expressivo do mercado de capital de risco tem se consolidado no Brasil de maneira acelerada e trazendo a esse novo mercado possibilidades múltiplas de captação de capital social para empresas emergentes e com chances de sucesso, como também fomenta novas dinâmicas de participação societária para essa forma de investimento, como também incentiva a movimentação do mercado de ações e alavanca o Direito Empresarial para uma seara antes pouco explorada. Essas

28 DARÉ JÚNIOR, Milton José. Práticas do investimento anjo no Brasil: proposição de um Manual do investidor. 2022. 128f. Dissertação (Mestrado Profissional em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 46 Disponível: <https://doi.org/10.11606/D.12.2022.tde-27102022-202448> Acesso: 02/12/2023.

dinâmicas de mercado foram a base para, com a significativa demanda de consolidação legal desses meios mercado, o Estado tomar posicionamento, trazendo melhorias para os textos legais que guiam, limitam, protegem e trazem para o campo legal novas maneiras de captação comercial.

Por conseguinte, em conclusão, entende-se como alvo do investimento-anjo, grandes empresários de carreiras já estabelecidas, que dentre a gama de possibilidade de investimento, escolhem uma de alto risco, tendo em vista o fator inovador que podem ser encontrado em startups iniciais, capazes de grande retornos financeiros de forma acelerada. Toda atuação desse campo financeiro estaria voltado para a orientação e para a criação de contatos para a empresa, não assumem um ponto decisório nos feitos do estabelecimento, mas oferecem sua expertise para melhor guiar.

Nesse aspecto, a característica marcante dessa troca é a falta do fator volitivo de constituição de sociedade, esses investidores não serão participantes ativos do quadro societário, logo não possuíram papel de gerência ou de liderança em reuniões. A participação está limitada ao aporte capital para ajudar no crescimento interno, no monitoramento dessa evolução, como também de mentoria para possíveis ajustes e melhorias. Se ausentando do corpo de sócios, a ingerência não recairá sobre os investidores, além de permitir maior liberdade de articulação e criatividade para os donos.

Para mais, as mudanças ocorridas dentro da legislação brasileira permitiram que o investimento-anjo seja mais atrativo e menos burocrático do que previa os textos legislativos anteriores. A maior das mudanças perceptíveis foi a formalização do investidor-anjo no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo expressamente previsto pela Lei Complementar nº 123/2006, tendo sido modificada pela Lei Complementar nº 155/2016, com o acréscimo dos artigos 61-A e 61-D.

Outrossim, o formato contratual presente nessa configuração de investimento, o contrato de participação em startup, não será de responsabilidade dos investidores qualquer dívida recorrente de questões trabalhistas, nem casos de recuperação judicial. Dessa forma, se torna um mais um incentivo, impedindo que a pessoa física ou jurídica que escolher por esse tipo de contrato seja negativamente prejudicado por qualquer ato que o prejudique financeiramente, além de possuir retorno em cima dos lucros gerados pela empresa e por seu aporte de capital.

Quando se faz investimentos de alto risco, como investimentos em empresas iniciais, se procura um mínimo de segurança financeira capaz de convencer o comprador a consolidar o valor que ele está disposto a colocar. Logo, essa ausência de responsabilidade jurídica é um grande incentivo para investidores que procuram expandir suas áreas de depósito de capital e investimento.

Além disso, o Marco Legal das Startups trouxe uma nova mudança de paradigma para os investidores-anjo, com o intuito de preservação da iniciativa privada e diminuição da burocratização e dos limites quanto ao acesso aos lucros. A Lei Complementar nº 182/2019 apresenta novas formas de negociação, trazendo a possibilidade de participação societária de acordo com o aporte de capital, sendo negociável o lucro a ser recebido, que antes era limitado a 50% do lucro feito pela empresa, como era previsto na Lei Complementar nº 155/2016.

O tempo mínimo para recebimento do lucro também foi diminuído, nesse aspecto percebe-se a preocupação em tornar essa forma contratual atrativa, pela rapidez de retorno lucrativo como também de fácil negociação de interesse entre as partes.

Pelo grande risco assumido por essa categoria de investimento, a Lei Complementar nº 182/2019 também permite que os investidores tenham acesso aos livros diários das empresas às quais fazem aportes. Essa permissão possibilita maior controle sobre a evolução da empresa, além de ser um fator decisivo para futuros aportes de capital, sendo possível fazer uma projeção de lucros e prejuízos. Ao final de cada período é negociado o valor a ser recebido pelo aporte de capital, tendo ainda abertura para a negociação de troca de aporte por participação societária, mostrando um comprometimento entre empresa e contribuidor.

Ademais, com a vedação do antigo inciso III, do artigo 61-A, da Lei Complementar nº 155/2016, que dizia respeito ao tempo de duração da remuneração do contrato de participação em startup ser de apenas três anos, e a nova implementação do novo inciso III, no mesmo artigo, pela Lei Complementar nº 182/2019, aumentando essa duração para sete anos, demonstra um interesse em aumentar o setor de investimentos na iniciativa privada.

Mesmo com a série de fatores positivos nas mudanças legais para a consolidação dessa modalidade de investimento, as lacunas deixadas tanto na LC nº 155/2016, como no Marco Legal das Startups expressa devido descuido na análise da delimitação do que seria a verdadeira ingerência do investidor-anjo. Sua expertise e conhecimento são capazes de aprimorar o já ascendente crescimento das startups, porém sua distância no campo decisório é contraditória, já que não possuem verdadeiro poder de voto ou gerência junto aos sócios.

Esse aspecto é marcante ainda mais quando dentro do Termo de Negociação, uma vez que a atuação dos acionistas e sócios, como as cláusulas entendidas de comum acordo interferem diretamente na evolução da empresa, por ser um ator externo, quando não bem estudado o caso concreto, o

investimento-anjo mostra seu caráter de risco por não ligação direta ao quadro societário, em que variabilidade lucrativa da empresa não está dentro do seu perímetro de controle.

Outrossim, startups se tornaram o novo assunto da era da tecnologia e inovação, são microempresas iniciais que possuem ideias inovadoras e crescimento acelerado, neste âmbito é visível uma nova onda de mudanças legislativas que permitem a circulação de capital e a abertura do Estado para o mercado financeiro. Com as recentes mudanças alcançadas no campo do ordenamento jurídico brasileiro, uma nova esfera de debate foi aberta, sobre a velocidade de surgimento de novos meios para a inovação do mercado e como atrair mais pessoas, físicas ou jurídicas, para o setor de investimentos.

Em conclusão, com o estudo do tema apresentado foi possível descobrir que as empresas iniciais, como startups, podem ser campos extremamente lucrativos e de fácil acesso e negociação, porém que precisam de solidificação no estudo da atuação de cada participante e garantia clara e concisa de seus direitos individuais, as crescentes e recentes mudanças são um novo passo para o mercado financeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 182, de 1º de junho de 2021. **Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em: 20 de Abr. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. **Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 20 de Abr. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 20 de Abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de Abr. 2023.

CASES DE INVESTIMENTO. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/cases-de-investimento.html>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

COVA, Rosa Carolina Pereira. **CAPITAL DE RISCO NA GOVERNAÇÃO SOCIETÁRIA.** 2014. Tese de Mestrado em Direito Empresarial. Universidade Católica Portuguesa. p. 55. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16900/1/Rosa%20Carolina%20Pereira%20Cova.pdf>. Acesso em : 21 Abr. 2023.

DEITOS, Paulo. **Os 4 estágios de crescimento de uma startup.** STARTSE. Disponível em: <https://www.startse.com/artigos/os-4-estagios-de-crescimento-de-uma-startup/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

DARÉ JÚNIOR, Milton José. **Práticas do investimento anjo no Brasil: proposição de um Manual do investidor.** 2022. 128f. Dissertação (Mestrado Profissional em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 46 Disponível: <https://doi.org/10.11606/D.12.2022.tde-27102022-202448> Acesso: 02/12/2023.

FREEAR, John;SOHL, Jeffrey E.;WETZEL, W. E. **The informal venture capital market: milestones passed and the road ahead.** Entrepreneurship, 47-70, 2000.

MAIA, Torben Fernandes et al. **Riscos do investidor-anjo e limites de sua responsabilidade em startups.** Research, Society and Development, v. 10, n. 6, p. 1-14, 2021.

MATOS Amanda Prado de. **A Responsabilidade do Investidor Anjo**, 2019. MBITO JURÍDICO. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-184/a-responsabilidade-do-investidoranjo/#_ftn2 Acesso em: 02/12/20213.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário. 14. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 174.

NONNENMACHER, Bruna Isabela; DE CARVALHO, Elisa Andrade Antunes; DA SILVA, Jéssica Maria Gonçalves. **O Marco Legal das Startups e a Figura do Investidor Anjo**. Direito Izabela Hendrix, v. 27, n. 27, 2021.

O crescimento do Investimento Anjo. Pesquisa de 2018. Anjos do Brasil. Disponível em: https://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/pesquisa_crescimento_do_investimento_anjo_-_anjos_do_brasil_-_ago-18.pdf. Acesso em: 21 Abr 2023.

PEIXOTO, Laís Patrício da Cunha et al. **Startups**: aspectos societários, contratuais e o papel do investidor anjo no ordenamento jurídico brasileiro à luz da LC no 155 de 2016 e da LC no 182/20211. 2021.

PFEIFFER, Daniela. **Por que o private equity pode cresce mais em 2023**. CNN BRASIL. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/forum-opiniao/por-que-o-private-equity-pode-crescer-mais-em-2023/#:~:text=Estudo%20da%20Associa%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira%20de,capital%20entre%202020%20e%202021>. Acesso em 21 Abr. 2023.

Qual o cenário do venture capital em 2023 no Brasil? Organismos investimentos. 2023. Disponível em: <https://organismobrasil.com.br/qual-o-cenario-do-venture-capital-em-2023-no-brasil/>. Acesso em: 21 Abr. 2023.

SPINA, Cassio A. **Investidor Anjo: guia prático para empreendedores e investidores**. 1. ed. São Paulo: nVersos, 2012.

SARFATI, Gilberto. **Quem (e como) investe em startups brasileiras**. GV-EXECUTIVO, v. 17, n. 3, p. 12-16, 2018.

TAVARES, Carla Susana Marques Campos. **O Business Angel Institucional e o mercado de capital de risco**. 1999. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Economia e Gestão. p. 18 . Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/25117>. Acesso em : 21 Abr. 2023.

WAYRA BR - HOME. Disponível em: <https://br.wayra.com/> . Acesso em: 21 Abr. 2023.

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA FAMILIAR: UMA ANÁLISE ACERCA DOS ASPECTOS SUBJETIVOS DO ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL

SPECIAL URBAN FAMILY USUCAPIO: AN ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE ASPECTS OF ARTICLE 1.240-A OF THE CIVIL CODE

Carina de Cássia Cambuí Rodrigues¹

Data de Submissão: 31/8/2022

Data de Aceite: 30/1/2023

Resumo: A Lei nº12.424/2011 trouxe para o sistema jurídico brasileiro o instituto da usucapião familiar, contido no artigo 1.240-A do Código Civil. Através deste instituto, o cônjuge ou companheiro que deixa o imóvel da família, perde sua fração em relação à propriedade do bem. O prazo é de apenas dois anos, contados a partir do abandono do lar. A usucapião familiar não será concedida aos imóveis com tamanho superior a 250m(2quadrados). Assim como, o cônjuge ou companheiro que possui outro imóvel urbano ou rural, não poderá obter a propriedade do bem através da modalidade de usucapião. O indivíduo só adquirirá a propriedade uma vez através da usucapião familiar. Para compreender melhor o referido instituto foi imprescindível um estudo geral sobre a usucapião, além disso, houve uma análise dos requisitos subjetivos que envolvem essa modalidade, sendo este o objeto principal deste trabalho. Assim sendo, neste ponto, verificou-se que há uma dissensão entre os juristas brasileiros. Ademais, para que este instituto alcance sua finalidade social, é fundamental que na sua aplicação haja uma análise mais ampla, não somente aplicando a lei em sua literalidade.

Palavras-chave: Usucapião Familiar. Lei nº 12.424/2011. Aspectos Subjetivos. Abandono do Lar.

Abstract: *The law nº 12.424 / 2011 brought to the Brazilian legal system the institute of family adverse possession, contained in article 1.240-A of the Civil Code. Through this institute, the spouse or partner who leaves the family property, loses its fraction in relation to the property of the good. The term is only two years, counted from the abandonment of the home. Family adverse possession will not be granted to properties larger than 250m². Likewise, the spouse or partner who owns another urban or rural property, will not be able to obtain ownership of the property through the form of adverse possession. The individual will only acquire the property once through family adverse possession. In order to better understand this institute, a general study on adverse possession was essential. In addition, there was an analysis of the subjective requirements that involve this modality, which is the main object of this work. Therefore, at this point, it was found that there is a dissension among Brazilian lawyers. Furthermore, for this institute to achieve its social purpose, it is essential that in its application there is a broader analysis, not only applying the law in its literality.*

Keywords: *Family adverse possession. Law nº 12.424/2011. Subjective Aspects. Abandonment of the home.*

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Social da Bahia – UNISBA

1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2011 foi sancionada a lei nº 12.424, que inseriu no sistema jurídico brasileiro uma série de inovações com o objetivo de regulamentar matéria objeto da Medida Provisória nº 514/2010, que estabelecia o funcionamento do programa “Minha Casa, Minha Vida”. Esta lei foi direcionada a um segmento específico da sociedade, com a finalidade de autorizar que mulheres de baixa renda, incluídas no rol das pessoas que poderiam se beneficiar com o programa, e que são “abandonadas pelos maridos”, pudessem garantir a aquisição da propriedade exclusiva de um bem imóvel através da usucapião, com o conseqüente reconhecimento do acesso à moradia, e a busca de regularização da posse e aquisição da propriedade.

Assim, conforme a redação do artigo 9º da Lei 12.424/11, o Código Civil de 2002 passou a vigorar acrescido do artigo 1.240-A, tratando da aquisição da propriedade por meio da usucapião especial urbana familiar. Em apertada síntese, o dispositivo traz como requisitos cumulativos e necessários para a ocorrência da usucapião: posse; prazo de dois anos ininterruptos; imóvel urbano comum do casal; abandono do lar e a destinação desse imóvel para moradia da pessoa desamparada ou de sua família.

Apesar de ser uma norma de Direito Real, esse artigo traz aspectos do Direito de Família que interferem diretamente nas sociedades conjugais. Desta forma, diversos debates surgiram acerca da sua teoria e prática, sendo que o principal deles se instituiu sobre a expressão “abandonou o lar.” Entretanto, existem outras questões por trás desse instituto.

Partindo desse pressuposto, busca-se verificar quais são os aspectos subjetivos que envolvem a usucapião familiar. Para tanto, será necessário a divisão do trabalho em quatro partes. A primeira irá demonstrar a aplicação da usucapião familiar nos tribunais brasileiros. A segunda abordará o instituto da usucapião, através da sua evolução histórica, bem como do seu conceito, e ainda, a importância do cumprimento da função social da propriedade. A terceira parte tratará da usucapião especial urbana familiar, desde o seu procedimento de criação até a sua nomenclatura. Por fim, a quarta e última parte versará sobre os aspectos subjetivos que envolvem o artigo 1.240-A do Código Civil – A Usucapião Especial Urbana Familiar.

Cumprido destacar que, no presente trabalho, foi utilizado o método de revisão bibliográfica, com análise de doutrina, lei e jurisprudências acerca do tema.

2. CASOS PARADIGMÁTICOS DE USUCAPIÃO FAMILIAR

O instituto da usucapião familiar, é considerado relativamente “novo”, se comparado às demais espécies. A primeira decisão, que se tem conhecimento, da aplicação deste instituto, foi proferida pelo juiz Geraldo Claret de Arantes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.² A notícia sobre a referida decisão está transcrita da seguinte forma:

Uma mulher divorciada ganhou na Justiça o direito ao domínio total e exclusivo de um imóvel registrado em nome dela e do ex-marido, que se encontra em local incerto e não sabido. A decisão do juiz Geraldo Claret de Arantes, em cooperação na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte, tomou como base a Lei 12.424/2011, que regulamenta o programa Minha Casa Minha Vida e inseriu no Código Civil a previsão daquilo que se convencionou chamar de “usucapião familiar”, “usucapião conjugal” ou, ainda, “usucapião pró-moradia”.

Com a decisão, a mulher está livre para dar o destino que achar conveniente ao imóvel, que era registrado em nome do ex-casal. Esse novo dispositivo inserido no Código Civil prevê “a declaração de domínio pleno de imóvel ao cônjuge que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar”. Foram juntados ao processo documentos que provaram o antigo casamento, o divórcio e o registro do imóvel em nome do ex-casal. A localização, o tamanho e o tempo de uso da casa pela mulher também foram observados pelo magistrado.

No pedido liminar à Justiça, a mulher comprovou ser portadora de doença grave, necessitando imediatamente do pleno domínio da casa onde vive para resolver questões pendentes. A não localização do ex-marido, comprovada nos autos, impedia qualquer negociação que envolvesse o imóvel.

Em seu despacho, o juiz determinou a expedição de mandado de averbação, que deverá ser encaminhado ao cartório de registro de imóveis, para que seja modificado o registro do imóvel.

Ainda no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, houve outra decisão a favor da usucapião familiar. Trata-se de uma apelação interposta pela consorte em desfavor do seu ex-cônjuge, no qual a mesma alegou que o apelado abandonou o lar em fevereiro de 2006 e não mais voltou. O réu, em sua defesa, afirmou que não houve abandono da sua parte nesse período. Além dessa discussão, verificou-se que estavam presentes todos os requisitos exigidos em lei, inclusive o lapso temporal, pois a mesma foi proposta em 25 de março de 2014, logo, a ação de usucapião foi julgada procedente.³ O referido julgamento está exposto assim:

Seu mandato foi de 01/01/2019 a 31/12/2022. Mais informações em: BIBLIOTECA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Jair Messias Bolsonaro. 2023. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/bolsonaro/Bolsonaro> Acesso em: 28 out. 2023. GOVERNO FEDERAL. **Pela primeira vez no país, juiz aplica “usucapião pró-moradia.”** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/area-imprensa/ultimas_noticias/2011/10/03-10-2013-pela-primeira-vez-no-pais-juiz-aplica-201cusucapiao-pro-moradia201d>. Acesso em: 18 maio 2020.

3 BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Usucapião familiar. Artigo 1.240-A do Código Civil – Presença dos requisitos. Apelação nº 1.0049.14.000393-7/001. Apelante: Mirian Moura Azevedo. Apelado: Eduardo de Castro Pereira. Relator: Des. Alberto Diniz Junior. Belo Horizonte, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100491400039370012016989875>>. Acesso em: 18 maio 2020.

APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO FAMILIAR - ARTIGO 1.240-A CC - PRESENÇA DOS REQUISITOS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA. Presentes os requisitos elencados no artigo 1.240-A do CC a procedência do pedido inicial é medida que se impõe.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou improcedente uma ação de usucapião familiar, pois não estavam presentes os requisitos necessários, entre eles o prazo bienal para essa modalidade, já que a autora ajuizou a demanda em 2012, sendo que o lapso temporal só pode ser contado a partir de 16/06/2011, e este prazo deve estar completo ao tempo de ajuizamento da ação. Além disso, não houve comprovação do abandono do lar, uma vez que houve apenas um ato de tolerância por parte do outro consorte.⁴ O acórdão está ementado desta maneira:

USUCAPIÃO FAMILIAR - Ex-cônjuge virago x ex-cônjuge varão - Sentença de procedência Recurso do requerido - Autora na posse do imóvel desde 2008 - Alegação de que a posse só pode ser contada a partir da vigência da lei que instituiu a usucapião familiar e cujo prazo previsto para sua consolidação, deve estar concluído antes do ajuizamento da ação - Descabimento - Termo inicial para a contagem do prazo de usucapião que é a data do início da posse, sob pena de se desconsiderar a ocupação efetiva do bem e inviabilizar a efetividade do instituto - Possibilidade do reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do ação de usucapião - Inteligência do art. 462 do CPC/73, correspondente ao art. 493, do CPC/2015, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas - Precedentes do STJ e desta Câmara - Usucapião familiar não configurada - Abandono do lar não demonstrado - Ato de tolerância por parte do requerido quanto à permanência da autora e de seus filhos exclusivos no imóvel, e não desinteresse de sua parte pelo bem e desistência de sua propriedade - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.

A usucapião familiar está inserida há mais de nove anos no ordenamento jurídico pátrio, isto significa que apesar de ser um instituto recente, as suas causas estão cada vez mais presentes nos juízos e tribunais brasileiros. Estes são apenas alguns exemplos, com atuações diferentes dos magistrados, nos quais, sem dúvidas, são fundamentais para a aplicação do referido instituto, adequando-o ao alcance dos seus fins sociais.

3. USUCAPIÃO

Antes de adentrar no tema da usucapião familiar, se faz necessário a análise do instituto da usucapião em todos os seus aspectos, pois apesar das suas peculiaridades, a modalidade urbana familiar

4 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Usucapião familiar. Apelação nº 0017277-09.2012.8.26.0099. Apelante: Sidney Franco de Melo. Apelado (a): Maria Renata Bomtorin. Relator: Miguel Brandi. São Paulo, 7 de maio de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0017277-09.2012.8.26.0099>>. Acesso em: 18 maio 2020.

possui características que são comuns às demais espécies. Sendo assim, haverá uma abordagem a respeito do caráter geral desse tão conhecido instituto do Direito Civil, abordando sua evolução histórica, seu conceito e fundamentação, seus requisitos e, por último, suas modalidades, sendo que a usucapião especial urbana familiar será tratada nos capítulos 3 e 4 do presente trabalho.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO

O estudo da posse é um dos mais árduos do Direito Civil, pois é repleto de teorias que buscam explicar o seu conceito. Entretanto, podem ser reduzidas a dois grupos: a teoria subjetivista, liderada por Friedrich Karl Von Savigny; e a teoria objetivista, que teve Rudolf Von Ihering como seu principal propugnador.⁵

Para Savigny, a posse caracteriza-se pela junção do corpus, ou seja, a possibilidade de estar em contato físico com a coisa, e do animus domini, a vontade de ser o proprietário da coisa. Esses dois elementos são indispensáveis, pois se faltar o corpus, inexistente a posse, assim como se faltar o animus domini, também não existirá a posse, mas sim mera detenção.⁶

A teoria de Ihering, por sua vez, considera que basta o corpus para a caracterização da posse. Sendo que o corpus não significa contato físico com a coisa, mas sim a conduta de dono. O possuidor comporta-se como se proprietário fosse, isto é, há uma vontade, não de ser proprietário, mas de se comportar como o mesmo.⁷

No Código Civil, entre os artigos 1.196 a 1.203, trata da posse e de suas classificações, distinguindo a posse direta da indireta; a posse justa da injusta; e a posse de boa-fé da posse de má-fé. Contudo, através da análise destes dispositivos, podem ser apontadas outras espécies: posse exclusiva, composses e posses paralelas; posse nova e posse velha; posse natural e posse civil ou jurídica; posse pro diviso e pro indiviso; e posse ad interdicta e posse ad usucapionem, sendo que esta última, como o próprio nome evidencia, é a posse que pode gerar usucapião.⁸

A palavra usucapião deriva de capere (tomar, captar) e de usus (uso, que significa preliminarmente posse). Assim, captar pelo uso ou pela posse.⁹

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 48.; MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.50

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.51

8 *Ibidem.*, p. 78.

9 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.70.

A Lei das XII Tábuas, mencionava em sua Tábua Sexta, Lei nº 5, que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano um móvel, tornava-se dono pela usucapião.¹⁰ Esse pouco tempo é justificado, pois naquela época, Roma apresentava pequena extensão geográfica, o que permitia aos proprietários acompanharem o estado em que se encontravam seus bens móveis e imóveis, especialmente quanto à eventual posse de terceiros.¹¹

Alguns doutrinadores discutem se a usucapião é modo originário ou derivado de adquirir a propriedade. Contudo, para Washington de Barros Monteiro¹² a maioria se inclina no sentido de conceituá-la como modo originário, visto que para o usucapiente, a relação jurídica de que é titular surge como um direito novo, independente de qualquer vínculo existente com seu antecessor, que caso exista, não será o transmissor da coisa.

Outra discussão também é acerca da sua natureza jurídica. Há quem sustente que se trata da prescrição, embora vista sob outro aspecto. É o que preconizava o sistema do Código Civil francês. Os legisladores dos Códigos Civis brasileiros, tanto de 1916 como o de 2002, optaram pelo sistema alemão, fundado na tradição romana e segundo o qual a usucapião tem vida própria, apresentando traços que lhe são específicos, embora tenha inegáveis afinidades com a prescrição.¹³ Inclusive, o art. 1.244 do Código Civil de 2002,¹⁴ determina que as causas que obstem, suspendem ou interrompem os prazos de prescrição extintiva, produzem iguais efeitos nos prazos de posse *ad usucapionem*.

Embora haja diversas espécies, é possível a formulação de um conceito único. Sendo assim, a usucapião pode ser definida como uma forma originária de aquisição de um direito real sobre bens móveis e imóveis, tendo como requisitos gerais a posse mansa, pacífica e ininterrupta, com *animus domini*, durante certo lapso de tempo. Também pode ser considerada como uma prescrição aquisitiva e desta forma estará sujeita às hipóteses de interrupção, suspensão e impedimento da prescrição.

Salvo a hipótese de usucapião *pro labore*, só podem ser usucapidos bens de domínio particular. Bens públicos de qualquer natureza, patrimoniais ou dominicais, não são passíveis de usucapião. Desse modo, terrenos de marinha e terras devolutas não admitem esse tipo de aquisição de propriedade.¹⁵

10 *Ibidem.*, p.70.

11 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 121.

12 MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Op. cit.*, p. 151.

13 MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Op. cit.*, p. 151.

14 Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

15 MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Op. cit.*, p. 152.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O sentido etimológico da palavra propriedade deriva de *proprietas*, do latim, que tem a ver com o que é *proprius* (próprio, particular, peculiar). Sendo assim, a propriedade é o estado da coisa que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição.¹⁶

O direito de propriedade tem um sentido amplo, englobando o poder do seu titular sobre os bens materiais, corpóreos, e os imateriais, incorpóreos, como por exemplo, os direitos autorais, sobre patentes, etc. É assim, o mais amplo dos direitos reais. A definição dada pela doutrina, baseia-se no art. 1.228 do Código Civil, no qual o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.¹⁷

Para que haja uma compreensão melhor acerca dos seus traços, faz-se necessário a análise das suas características: direito absoluto, perpétuo, pleno e exclusivo, e elástico.

É um direito absoluto, porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, limitá-la, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. Além disso, é absoluto, porque é oponível *erga omnes*. Entretanto, esta não é peculiaridade do direito de propriedade, tendo em vista que o abandono é um dos modos de perda da propriedade,¹⁸ conforme os artigos 1.275, III, e 1.276 do Código Civil.¹⁹

O direito de propriedade é perpétuo porque vai se prolongando ao longo do tempo. Não se extingue com o não uso.

Diz-se que o direito de propriedade é pleno, pois até que possa provar ao contrário, a pessoa é proprietária daquele bem de maneira irrestrita, sem oposições. E é exclusivo, porque consiste no poder de proibir que terceiros exerçam qualquer domínio sobre a coisa; é um direito personalíssimo do indivíduo.

E por fim, é um direito elástico, visto que pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis. Apesar dessa elasticidade, o direito à

16 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: **Direito das Coisas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 49.

17 *Ibidem.*, p. 50.

18 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Por Luiz Edson Fachin. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104.

19 Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

III – por abandono

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

propriedade permanece inalterado.²⁰

O legislador brasileiro munuiu o Código Civil de uma notável qualidade, qual seja: a busca da função social de seus institutos. Um desses institutos é a propriedade. Limita-se esta, como qualquer outro direito, na medida em que se busca dar sentido coletivo à tutela. Por conseguinte, o artigo 1.228, §1º,²¹ que trata da função social da propriedade, somente acaba por demonstrar que a intenção legislativa é fazer com que as relações civis obedeçam a esse princípio, que por si só, não é uma limitação, mas sim o próprio sentido de qualquer tipo de limitações.²²

Nesse sentido, sabe-se que o direito à propriedade é garantido pela Constituição (art. 5º, XXII), e é, sem dúvida, um importante direito individual, porém um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade, na medida em que a propriedade deverá atender a sua função social (art.5º, XXIII), prescindindo a tutela constitucional a propriedade que não a atenda.²³

Destarte, o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da exigência de sua função social. Embora associados, distingue-se o direito de propriedade com sua função social. E a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes se referem ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade. Consoante a Constituição Federal, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, §2º); e a propriedade rural cumpre sua função social quando atende aos seguintes requisitos estabelecidos no art. 186 da Constituição: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.²⁴

A usucapião, portanto, visa resguardar o direito daquele que atende à função social do imóvel, conferindo autonomia ao direito do possuidor, sem, contudo, ferir o direito à propriedade, uma vez que este está vinculado ao atendimento à função social.

20 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 105.

21 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

22 BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: Uma análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR. Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade: **Os reflexos do código civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 604-605.

23 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 634.

24 *Ibidem.*, p. 634.

3.3 ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS

Podem ser objeto de usucapião, bens móveis e imóveis, sendo que neste trabalho somente será tratado acerca desse último.

O direito brasileiro determina três espécies de usucapião de bens imóveis: extraordinária, ordinária e a especial, dividindo-se esta última em rural (ou *pro labore*) e urbana (pró-moradia e familiar). Há, ainda, a modalidade especial de usucapião indígena, estabelecida no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).

A usucapião extraordinária é disciplinada no artigo 1.238 do Código Civil e os seus requisitos são: posse de quinze anos (que pode ser reduzida a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo), exercida com *animus domini*, de forma contínua, mansa e pacificamente. Ficam dispensados os requisitos do justo título e da boa-fé.

A previsão de redução do prazo, de quinze para dez anos, contida no parágrafo único do artigo supracitado, não estabelece que a moradia ou as obras e serviços tenham ocorrido durante os dez anos, bastando que o fato da moradia ou das obras e serviços de caráter produtivo seja demonstrado em juízo, ainda que ocorresse apenas em parte do prazo.²⁵

Esta modalidade é um bom exemplo de efeito da função social da propriedade, em que o reconhecimento da circunstância de que o proprietário deu uma destinação considerada relevante ao bem (moradia ou obras/serviços de caráter produtivo) afeta o lapso temporal necessário à aquisição pela usucapião.²⁶

Adquire também a propriedade do imóvel, através da usucapião ordinária, que apresenta os seguintes requisitos: posse de dez anos, exercida com *animus domini*, de forma contínua, mansa e pacífica, além de justo título e boa-fé. Está pautada no artigo 1.242 do Código Civil. O parágrafo único traz a hipótese de redução do prazo para cinco anos, se o imóvel houver sido adquirido onerosamente e se o possuidor estiver estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e

25 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 172.

26 *Ibidem.*, p. 172.

econômico.²⁷

A usucapião especial rural ou *pro labore*, surgiu no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1934, sendo conservada na Carta outorgada de 1937 e na Constituição de 1946. A Carta Magna de 1988, por sua vez, a disciplinou em seu artigo 191, no qual o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.239, limitou-se apenas a reproduzir:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

A usucapião especial rural não se contenta com a simples posse. O seu objetivo é a fixação do homem no campo, exigindo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiente. Constitui a consagração do princípio ruralista de que deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, tendo nela a sua morada e a de sua família. Esta modalidade não exige justo título nem boa-fé.²⁸

A modalidade de usucapião especial urbana, constitui uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, sendo regulamentada em seu artigo 183:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.240, reproduziu integralmente o artigo 183, §§1º e 2º da Constituição Federal.

Por fim, a usucapião especial urbana familiar, será tratada de forma detalhada no próximo tópico, tendo em vista ser o objeto principal do presente trabalho.

4. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA FAMILIAR

27 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 256.

28 *Ibidem.*, p. 258.

4.1 PROCEDIMENTO DE CRIAÇÃO

A usucapião especial urbana familiar originou-se da Lei nº 12.424/2011, que altera o programa “Minha Casa, Minha Vida.” Este programa está regulamentado pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que tem o objetivo de garantir o acesso à moradia adequada, a melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda e a manutenção do nível de atividade econômica, por meio de incentivos ao setor da construção civil.²⁹

A Lei nº 12.424/2011, foi objeto da medida provisória nº 514, de 2010, que se caracterizou por alterações que objetivaram oferecer ao programa “Minha Casa, Minha Vida” maior clareza redacional e, por conseguinte, melhor compreensão de seus objetivos pela população, e ainda por aspectos que requerem adequação de natureza operacional. A urgência e a relevância da referida medida provisória, se justificam pela necessidade de oferecer imediata continuidade, com os devidos aperfeiçoamentos ao programa, que já se demonstrou altamente capaz de manter o crescimento econômico, a geração de empregos e renda e a redução do *deficit* habitacional.³⁰

Inicialmente, a medida provisória não tratava da possibilidade de reconhecimento de usucapião entre os cônjuges ou companheiros, e não incluía a alteração prevista no art. 1.240-A do Código Civil. Esta alteração foi proposta na Câmara dos Deputados, através do Deputado André Vargas, que incluiu então a possibilidade de reconhecimento da usucapião familiar, com o objetivo de permitir o “fortalecimento das mulheres como chefes de família.” Ainda segundo o Deputado,

O Minha Casa, Minha Vida tem como prioridade as mulheres. Vamos possibilitar a assinatura de convênio pelas mulheres, é o chamado usucapião pró-familiar, que pode ser usado quando o cônjuge não estiver mais no lar, possibilitando a resolução da posse.³¹

Assim, a usucapião familiar foi introduzida no Código Civil de 2002 que passou a vigorar acrescido do artigo 1.240-A, a partir da redação dada pelo artigo 9º da Lei nº 12.424/11.

4.2 CONCEITO E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO

29 BRASIL. **Exposição de motivos da medida provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

30 *Ibidem.*

31 MATURANA, Márcio. **Legislação que tira propriedade de imóvel de cônjuge que abandona o lar cria polêmica.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/09/18/legislacao-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-lar-cria-polemica>>. Acesso em: 20 jun 2020.

Tratando-se da aquisição da propriedade por meio da usucapião especial urbana familiar, o artigo 1.240-A do Código Civil estabelece que:

Art.1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Este novo instituto está disciplinado nos mesmos padrões previstos no artigo 183 da Constituição Federal. Tanto no caso da usucapião especial urbana, quanto no caso da usucapião familiar, é necessário que o usucapiente não tenha outro imóvel urbano ou rural, exerça posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel urbano de até 250m², para fins de sua moradia ou de sua família, além de não ser permitida a concessão da medida mais de uma vez para a mesma pessoa.³²

Entretanto, podem ser apontadas as seguintes diferenças entre essas duas modalidades: a) na usucapião familiar, ao contrário da usucapião especial urbana contida no artigo 1.240 do Código Civil, se exige, além dos requisitos mencionados, que o usucapiente seja coproprietário do imóvel, em comunhão ou condomínio com seu ex-cônjuge ou ex-companheiro; b) se exige também, que estes tenham abandonado o lar de forma voluntária e injustificada; e c) o tempo necessário para usucapir é inferior às demais espécies de usucapião, sendo necessário apenas dois anos.³³

Convém ressaltar que a partir do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, os ex-cônjuges ou ex-companheiros homoafetivos também têm legitimidade para propor a demanda. Além disso, o Enunciado nº 500, da V Jornada de Direito Civil estabelece de igual forma:

A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.³⁴

Destaca-se ainda, que a usucapião familiar deve recair sobre bem comum do casal. Sendo assim, o imóvel pode ser fruto dos regimes total ou parcial, bem como do regime da participação final dos

32 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 270.

33 *Ibidem.*, p. 270.

34 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 500**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/569>>. Acesso em: 14 maio 2020.

aquestos, havendo no pacto previsão de imóvel comum e, ainda, no da separação legal, conforme a súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam. Quanto ao regime da separação total de bens, não há a possibilidade de utilização deste instituto, tendo em vista que nesse regime não existe a possibilidade de comunicação do patrimônio entre cônjuges e companheiros. Logo, a usucapião familiar somente tem aplicação nos imóveis que sejam de propriedade comum do casal e não nos bens particulares de apenas um deles.³⁵

Caso haja disputa judicial ou extrajudicial relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*. Poderá o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, notificar o ex-cônjuge ou ex-companheiro anualmente, para demonstrar o empecilho relativo ao bem, afastando assim o cômputo do prazo.³⁶

Outro fator preponderante para a incidência da norma é o abandono do lar. No entendimento de Luciana Santos Silva, além do abandono é necessário que esteja configurada a separação de fato. A manutenção da harmonia familiar é o motivo de não ocorrer a prescrição entre cônjuges na constância do casamento, consoante o artigo 197, I do Código Civil. Terminada esta pela separação de fato, não existe impedimento para a aquisição por usucapião.³⁷

4.3 NOMENCLATURA

Faz-se necessário algumas observações a respeito da denominação que se tem dado a esse instituto.

Segundo Flávio Tartuce, em que pese a utilização do termo usucapião familiar por alguns juristas, a melhor denominação para o instituto é usucapião especial urbana por abandono do lar, porque essa expressão mantém a unidade didática, diferenciando esta modalidade das outras categorias de usucapião especial.³⁸

No entendimento de Helena Azeredo Orselli, essa não é a nomenclatura ideal visto que ela poderia retornar, a discussão da culpa pelo fim do casamento. A autora prefere referir-se ao instituto

35 MARTINS, Fernanda da Silva. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal: **a volta da culpa?**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/fernanda_martins.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

36 TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito das Coisas**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 219.

37 MARTINS, Fernanda da Silva. *Op. cit.*

38 TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso: 14 maio 2020..

pelo nome “usucapião especial urbana por abandono”, já que para ela o que caracteriza esta modalidade de usucapião é o abandono do imóvel e não do lar conjugal.³⁹

Ainda nesse sentido, as expressões “usucapião pró-família” e “usucapião familiar” são criticadas, pois sugerem, de forma equivocada, que qualquer membro da família pode se favorecer da modalidade, quando, na verdade, somente o ex-cônjuge ou ex-companheiro é quem tem o direito de adquirir a propriedade do imóvel, não se pode nem dizer que os membros da família serão beneficiados com essa decisão, visto que é possível que não mais residam no imóvel usucapido.⁴⁰

5. ASPECTOS SUBJETIVOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Neste capítulo, será abordada a relação da usucapião familiar com a (in)discutível culpa nas relações entre cônjuges e companheiros, sendo necessária para tanto, uma breve discussão acerca da família, assim como do casamento e da união estável e das formas de dissolução destes; a questão do exíguo prazo para usucapir imóvel urbano; a verificação de quando se inicia o “abandono do lar” e o que será necessário para configurar tal abandono; e, por último, o tratamento desigual entre imóveis urbanos e rurais.

5.1 A QUESTÃO DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA E DO ABANDONO DO LAR

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves,⁴¹ o direito de família é, entre todas as áreas do direito, a mais intimamente ligada à própria vida, uma vez que, de um modo geral, as pessoas vêm de uma instituição familiar e a ela mantem-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que constituam uma nova família pelo casamento ou pela união estável.

A Constituição Federal, em seu artigo 226 estabelece que, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Contudo, esta, assim como o Código Civil, não a define, uma vez que não existe identidade de conceitos no direito nem na sociologia.⁴²

39 ORSELLI, Helena Azeredo. apud MARTINS, Fernanda da Silva. *Op. cit.*

40 MARTINS, Fernanda da Silva. *Op. cit.*

41 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 17.

42 *Ibidem.*, p. 17.

Logo, o conceito de família não é um conceito jurídico, aliás, o conceito de família não tem origem jurídica. A sua concepção, os seus traços provêm, basicamente, da proximidade de relações afetivas existentes entre seus membros.⁴³

O entendimento do que vem a ser família, perpassa pela distinção das relações humanas que a compõem. Estas relações, por sua vez, estarão sempre sujeitas a uma avaliação oriunda da moral e da ética; da compreensão do que é certo ou do que é errado para determinada sociedade em determinado tempo.⁴⁴

À vista disso, o casamento possui uma intrínseca ligação com a noção de família. Para Caio Mário da Silva Pereira,⁴⁵ há inúmeras definições a respeito do casamento que não se limitam às vezes a conceituá-lo, porém refletem concepções originais ou tendências filosóficas. Visto que todos os sistemas o disciplinam, não existe uniformidade na sua caracterização. Ainda assim, Regina Beatriz Tavares da Silva,⁴⁶ o conceitua como “a comunhão de vidas entre duas pessoas, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais.”

A autora utilizou a palavra pessoas em virtude da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, que possibilita a celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁷

Por seu turno, a união estável é conceituada, de uma forma geral, como a intenção de vida prolongada em comum, com aparência de casamento, sendo aplicado tanto às uniões hetero como homoafetivas, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, nas quais era debatida a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal.⁴⁸

Sendo assim, a união estável é reconhecida como entidade familiar na conformidade da Constituição Federal (art.226, §3º) e regulada pelo Código Civil, entre os artigos 1.723 a 1.727.

43 BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos de conjugalidade e parentalidade. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. (Org). **Psicologia, Família e Direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 295.

44 *Ibidem.*, p. 295.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: **Direito de família**. Por Tânia da Silva Pereira. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 82.

46 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: **Direito de família**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

47 Resolução Nº 175 do CNJ: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Art.1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Art.2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

48 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 69.

Embora esta seja uma entidade familiar equiparada ao casamento, sua constituição e dissolução diferem da formação e extinção do matrimônio. Posto que a união estável tem natureza fática, formando e extinguindo-se sem a obrigatoriedade de uma formalização e desconstituição por ato solene. Em contrapartida, o casamento constitui-se e extingue-se por meio de atos formais, com todos os requisitos exigidos em lei.⁴⁹

Durante muito tempo, o vínculo do casamento foi indissociável, até que a legislação brasileira admitisse o divórcio. O princípio da indissolubilidade do matrimônio foi extinto pela emenda constitucional nº9 de 1977, a qual ensejou a promulgação da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio.

Desde a Lei do Divórcio, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema dual de dissolução do casamento: a separação judicial e o divórcio. Os dois institutos possuem em comum o fato de colocarem fim à sociedade conjugal, no entanto também possuem elementos distintos. O divórcio põe fim ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, devolvendo a plena capacidade matrimonial aos cônjuges. No entanto, a separação judicial não causa o rompimento do vínculo conjugal, mas apenas “afrouxa” os laços do matrimônio, dispensando os cônjuges dos deveres da coabitação e da fidelidade recíproca, por exemplo. Logo, o divórcio tem caráter definitivo e irreversível, enquanto que a separação possui caráter temporário.⁵⁰

Em 13 de julho de 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, a qual deu nova redação ao artigo 226, §6º da Constituição Federal.⁵¹ Com o ingresso dessa, ocorreram grandes alterações no Direito de Família, pois, a partir daí, o divórcio direto passou a ser o único modo de dissolução do casamento civil.

A partir da vigência da usucapião familiar, houve uma divisão doutrinária a respeito da expressão “abandono do lar”; se com o advento deste instituto, retornou a discussão da culpa, ou se a mesma nunca foi extinta.

A primeira corrente acredita que a usucapião familiar é uma afronta à Constituição, pois reacenderia a questão da culpa no Direito de Família, extirpada com a Emenda Constitucional nº66/2010. Assim, para os adeptos dessa corrente, o cônjuge ou companheiro que abandonasse o lar conjugal seria culpado e, com isso, perderia a sua parte na fração da propriedade em face do outro

49 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 69.

50 MARTINS, Fernanda da Silva. *Op. cit.*

51 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

cônjuge, que estivesse dando destinação útil ao imóvel em prol do sustento do restante da família.

Regina Beatriz,⁵² no entanto, acredita que a culpa não foi suprimida do ordenamento jurídico, visto que caso fosse, o cônjuge infiel ou até mesmo aquele que pratica outras agressões físicas ou morais teria direito à pensão alimentícia plena, bastando apenas demonstrar sua necessidade e a possibilidade do outro cônjuge. Se fosse extinta a forma dissolutória culposa, os deveres conjugais passariam a ser meras recomendações, e não deveres propriamente ditos.

Ainda segundo a autora, o casamento ou a união estável só trazem esses deveres porque existem sanções. A usucapião familiar, ou usucapião conjugal, como a autora prefere, seria justamente uma sanção.⁵³

Sob outra perspectiva, alguns doutrinadores como o professor Carlos Eduardo Pianovski, acredita que o instituto da usucapião familiar não deu ensejo ao retorno da discussão da culpa. Para ele, o abandono do lar do artigo 1.240-A, nova ideia do direito real, não coincide com o abandono do lar do direito de família.⁵⁴

Não obstante, para o autor, a intenção do legislador não foi ressuscitar a discussão sobre o abandono de lar, que era previsto no Código Civil de 1916 e se referia à violação da obrigação de residir no domicílio conjugal. “O abandono a que se refere a lei é efetivamente um abandono moral e material e, mais do que isso, trata-se do tipo de circunstância em que ocorre por parte do cônjuge um afastamento sem qualquer tipo de contato com a vida da família.”⁵⁵

A professora Helena Azeredo Orselli,⁵⁶ afirma que o artigo 1.240-A é norma de direito real e não norma de direito de família. Para ela, a caracterização da usucapião nada tem a ver com a culpabilidade ou não pelo fim do casamento; afirma que o requisito a que o instituto se refere é o “abandono do bem a ser usucapido”, e não o abandono do lar conjugal ou da família.

Assim, para os defensores dessa corrente, a usucapião familiar, como todas outras modalidades de usucapião, exige que o proprietário deixe de praticar atos que lhe são inerentes. Firmam o entendimento de que o abandono do lar nada mais é do que a separação de fato e a cessação da composses, isto é, o não exercício de atos possessórios pelo cônjuge ou companheiro demandado. Parte daí a contagem dos

52 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 345.

53 ADFAS. **A polêmica do novo tipo de usucapião**. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2012/09/29/a-polemica-do-novo-tipo-de-usucapiao/>>. Acesso em: 16 maio 2020.

54 *Ibidem.*

55 *Ibidem.*

56 ORSELLI, Helena Azeredo. apud MARTINS, Fernanda da Silva. *Op. cit.*

dois anos de posse para a aquisição da propriedade.

Ainda nesse sentido, importante destacar o Enunciado nº 595 da VII Jornada de Direito Civil,⁵⁷ no qual diz que

O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável.

Tal enunciado tem o objetivo de esclarecer a interpretação do art. 1.240-A, facilitando a sua aplicação. Afasta-se, com a redação adotada, a investigação da culpa na dissolução do vínculo convivencial e marital, objetivo este também buscado pelo legislador constitucional com a Emenda Constitucional nº 66/10. Todavia, conforme aludido anteriormente, essa questão ainda gera discussões, visto que não há uma uniformidade de opiniões dos doutrinadores brasileiros.

5.2 O PRAZO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Entre todas as modalidades de usucapião, essa espécie é a que tem o prazo mais curto, cuja duração é de apenas dois anos, e é superada até mesmo pelas modalidades de usucapião de bens móveis, cujo lapso temporal é de três anos, se tiver justo título e boa-fé, caso não tenha esses dois requisitos, o prazo aumenta para cinco anos, conforme os artigos 1.260 e 1.261 do Código Civil.⁵⁸

Sobre essa questão, José Fernando Simão⁵⁹ entende que o prazo é bastante exíguo, e devido a isso, os casais que poderiam nesses dois anos, refletirem sobre a sua situação conjugal ou união estável, podendo até mesmo reconciliar-se nesse tempo, a situação muda com o prazo da usucapião familiar correndo, visto que os mesmos irão preocupar-se com a questão da aquisição da propriedade de um em detrimento do outro, isto é, poderá haver um acirramento nas relações já desgastadas entre os cônjuges ou companheiros. Para o mencionado autor, a análise desse prazo deverá ser acompanhada com o dispositivo constitucional do art. 5º, LIV da Constituição Federal, já que ninguém poderá ser privado dos seus bens sem o devido processo legal.

57 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 595**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em: 16 maio 2020.

58 Art. 1.260 Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.
Art. 1.261 Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título e boa-fé..

59 JORNAL CARTA FORENSE. Usucapião familiar: **Problema ou solução?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/7273>>. Acesso em: 16 maio 2020.

Em relação a isso, no tocante à parte em que o autor menciona o devido processo legal, não há afronta ao art. 5º, LVI da Constituição, uma vez que a usucapião familiar somente será reconhecida através de uma ação judicial, no qual o sujeito passivo da relação jurídica processual possuirá todos os direitos inerentes ao bom andamento do processo, como o contraditório e a ampla defesa.

A jurista Regina Beatriz, por outro lado, defende que dois anos não é um período curto para se aplicar esse tipo de usucapião, já que se trata de uma situação em que as pessoas já se conhecem e viviam juntas. “É um prazo mais do que razoável para que aquele que deixou a casa tome uma medida judicial no sentido de querer legalizar a situação.”⁶⁰

Quanto ao direito intertemporal, houve uma divergência, já que a Lei 12.424/2011 não trouxe expressamente uma regra de transição que permite tratar de situação em andamento. No entanto, Marcos Ehrhardt Júnior afirma que não seria possível que o consorte, separado há mais de dois anos, que aguardava o prazo de cinco anos para utilizar-se da usucapião especial urbana regular, contida no art. 1.240 do Código Civil, utiliza-se, agora, do novo instituto que impõe um prazo bem inferior. Segundo o autor “o prazo para exercício desse novo direito deve ser contado por inteiro, a partir do início da vigência da alteração legislativa, afinal, não se deve mudar as regras do jogo no meio de uma partida.”⁶¹

Corroborando com a compreensão do jurista Marcos Ehrhardt, o enunciado nº498 da V Jornada de Direito Civil⁶² determina o seguinte:

A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011. *Ibidem.*

Contrariando essa questão temporal, conforme já demonstrado neste trabalho, o primeiro caso que se tem notícia, da aplicação da usucapião familiar, o juiz Geraldo Claret de Arantes, da 3ª Vara de Família de Belo Horizonte, aplicou o referido instituto em um processo que já estava em trâmite, antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.424/2011. Com isso, é notório que a decisão do magistrado feriu o princípio da segurança jurídica, pois o cônjuge adquiriu a propriedade exclusiva do imóvel antes dos dois anos contados a partir da data de entrada em vigor do art. 1.240-A do Código Civil.

60 ADFAS. *Op. cit.*

61 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião, criado pela lei 12.424/11. Problemas à vista.** Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/termos-um-novo-tipo-de-usucapião-criado-pela-lei-12424-problemas-a-vista>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

62 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 498.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/567>>. Acesso em: 18 maio 2020.

Sendo assim, para fins de usucapião familiar, deve-se aplicar os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade da lei, onde só terão eficácia jurídica as ações iniciadas a partir do dia 16 de junho de 2011.

5.3 A QUESTÃO DA APLICAÇÃO EXCLUSIVA NOS IMÓVEIS URBANOS

Outro ponto polêmico a respeito da usucapião familiar, é a sua aplicabilidade exclusiva nos imóveis urbanos, restringindo-se assim a sua incidência, ao excluir os imóveis rurais. Há, sem dúvidas, uma discriminação nessa parte do dispositivo, pois as necessidades e problemas de uma família, independe da localização da sua residência, seja ela na zona urbana ou rural. Ademais, o critério de destinação do imóvel é o que indica a diferença entre um imóvel urbano e um rural, não bastando apenas o critério estabelecido no art. 32, §1º do Código Tributário Nacional.⁶³

O legislador, portanto, se mostrou omissos em relação à esfera rural, ferindo assim o princípio constitucional da isonomia, no qual preconiza a igualdade de condições aos sujeitos que estejam em idêntica situação, somente sendo possível o tratamento distinto quando houver elementos que coloquem um indivíduo em condição mais vulnerável, quando comparado aos demais.⁶⁴

Ainda assim, o doutrinador José Fernando Simão,⁶⁵ defende a exclusividade da aplicação da usucapião familiar nos imóveis urbanos, argumentando da seguinte maneira:

É a moradia e não o trabalho que se privilegia. Por isto o artigo 1.240-A surge em sede de regulamentação do programa do Governo Federal “Minha casa, Minha vida”. Assim, não há regra análoga ao art. 191 da Constituição com relação à usucapião de imóvel rural, qual seja, a usucapião pro labore. Não se trata de dar terra a quem não tem.

O argumento defendido pelo autor é baseado no senso comum, que considera imóvel urbano como utilizado para a moradia e o rural para fins laborais na zona rural. Mas a necessidade de proteção à

63 Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

64 BRITO, Ana Cláudia Barbosa Proença de. **A usucapião conjugal no direito brasileiro**. Revista Jurídica da FA7. V. XI. n° 1, 2014. p. 16.

65 JORNAL CARTA FORENSE. Usucapião familiar: **Problema ou solução?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/7273>>. Acesso em: 18 maio 2020.

moradia independe da localização do imóvel. Na Constituição Federal o direito à moradia é concedido a todos, não havendo tratamento desigual e injustificado, como o encontrado no art. 1.240-A do Código Civil. O melhor entendimento é de que a usucapião seja concedida a todos os imóveis, sejam urbanos ou rurais.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que desde a sua entrada em vigor, a usucapião familiar trouxe ao sistema jurídico brasileiro alguns pontos polêmicos, tanto dos Direitos Reais, quanto do Direito de Família.

O legislador, ao criar a Lei nº 12.424/2011, teve a boa intenção de garantir moradia para as famílias hipossuficientes, entretanto, no tocante ao instituto da usucapião familiar, deixou algumas lacunas, dando margem para várias interpretações. Com isso, observou-se durante o estudo, que ao analisar os seus aspectos subjetivos, estes causam discordância entre os doutrinadores brasileiros.

Entre essas divergências, está o requisito do abandono do lar, no qual traz à tona a (in) discutível questão da culpa no fim das relações conjugais e convivenciais. Não obstante, o diminuto prazo de dois anos, assim como a aplicação somente em imóveis urbanos, também são objetos de controvérsias.

Assim, diante de tais objeções no mundo jurídico a respeito dessa espécie de usucapião, a proposta do presente trabalho era verificar os seus aspectos abstratos, trazendo posicionamentos divergentes e ao mesmo tempo averiguar as possíveis falhas deixadas pelo legislador.

Um estudo sobre a usucapião foi primordial para entender que o tipo familiar apesar de ter pontos diversos, possui traços idênticos com as demais categorias. Contudo, a espécie contida no artigo 1.240-A do Código Civil demonstrou que, a fim de que esta seja aplicada de forma adequada, deve-se observar muito além dos requisitos objetivos. Conseqüentemente, uma interpretação sistemática e teleológica será mais importante do que a literal, cabendo aos magistrados analisar a referida lei sob uma ótica mais ampla, e não somente aplicar a letra fria da lei, pois só assim a norma alcançará a sua devida finalidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADFAS. **A polêmica do novo tipo de usucapião**. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2012/09/29/a-polemica-do-novo-tipo-de-usucapiao/>>. Acesso em: 16 maio 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: **Direito das Coisas**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos de conjugalidade e parentalidade. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. (Org.). **Psicologia, Família e Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.p. 289-312.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: Uma análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR. Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade: **Os reflexos do código civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 603-621.

BRASIL. **Exposição de motivos da medida provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Usucapião familiar. Apelação nº 0017277-09.2012.8.26.0099. Apelante: Sidney Franco de Melo. Apelado (a): Maria Renata Bomtorin. Relator: Miguel Brandi. São Paulo, 7 de maio de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0017277-09.2012.8.26.0099>>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Usucapião familiar. Artigo 1.240-A do Código Civil – Presença dos requisitos. Apelação nº 1.0049.14.000393-7/001. Apelante: Mirian Moura Azevedo. Apelado: Eduardo de Castro Pereira. Relator: Des. Alberto Diniz Junior. Belo Horizonte, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=100491400039370012016989875>>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRITO, Ana Cláudia Barbosa Proença de. **A usucapião conjugal no direito brasileiro**. Revista Jurídica da FA7. V. XI. nº 1, 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 498**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/567>>. Acesso em: 18 maio 2020

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 500**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/>>

enunciados/enunciado/569>. Acesso em: 14 maio 2020

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 595**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em: 16 maio 2020

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2017

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião, criado pela lei 12.424/11. Problemas à vista**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em: 18 maio 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2019

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Por Luiz Edson Fachin. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das Coisas**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2019

GOVERNO FEDERAL. **Pela primeira vez no país, juiz aplica “usucapião pró-moradia.”** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/area-imprensa/ultimas_noticias/2011/10/03-10-2013-pela-primeira-vez-no-pais-juiz-aplica-201cusucapiao-pro-moradia201d>. Acesso em: 18 maio 2020.

JORNAL CARTA FORENSE. Usucapião familiar: **Problema ou solução?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/7273>>. Acesso em: 16 maio 2020

MARTINS, Fernanda da Silva. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal: **a volta da culpa?** Disponível em: <http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/fernanda_martins.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020

MATURANA, Márcio. **Legislação que tira propriedade de imóvel de cônjuge que abandona o lar cria polêmica**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/09/18/legislacao-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-lar-cria-polemica>>. Acesso em: 20 jun 2020

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito Civil: **Direito**

das Coisas. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **Direito das Coisas**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: **Direito de família**. Por Tânia da Silva Pereira. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: **Direito de família**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito das Coisas**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso: 14 maio 2020

POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL E AS SUAS REVERBERAÇÕES NA ATUAÇÃO DA FTIP NO PARÁ

CURRENT CRIMINAL POLICY AND ITS REVERBERMENTS IN THE PERFORMANCE OF FTIP IN PARÁ

Cristiane da Silva Gonçalves¹

Data de Submissão: 25/4/2022

Data de Aceite: 27/1/2023

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo investigar de que forma o modelo de Política Criminal Atuarial se relaciona com a atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no Estado do Pará no período entre 2019 a 2020. Utilizou-se o método da pesquisa exploratória para levantar as principais notícias jornalísticas sobre a atuação da FTIP e para verificar se haviam elementos que revelam a lógica da Política Criminal Atuarial nas notícias analisadas. O artigo está dividido em três partes, inicialmente, será explicitado o que é Política Criminal e quais são seus reflexos na sociedade. Em seguida, na seção dois, buscou-se caracterizar a Política Criminal Atuarial e identificar seus elementos. Na terceira seção, serão apresentadas as notícias extraídas dos sites. Por fim, na seção análise e conclusões serão apresentados as correspondências entre a teoria estudada e a atuação da força-tarefa.

Palavras-chave: Política Criminal Atuarial. Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária. Complexo Penitenciário.

Abstract: *This research aims to investigate how the actuarial criminal policy model relates to the Penitentiary Intervention Task Force (FTIP) in the State of Pará in the period between 2019 to 2020. The exploratory research method was used to survey the main journalistic news about FTIP's performance and to verify if there were elements that reveal the logic of the Actuarial Criminal Policy in the analyzed news. The article is divided into three parts, initially, it will be explained what Criminal Policy is and what are its reflexes in society. Then, in section two, we seek to characterize the Actuarial Criminal Policy and identify its elements. In the third section, the news extracted from the sites will be presented. Finally, in the analysis and conclusions section, the correspondences between the studied theory and the task force's performance will be presented.*

Keywords: *Actuarial Criminal Policy; Penitentiary Intervention Task Force; Penitentiary Complex.*

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista da Clínica de Atenção à Violência da UFPA. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Penal e Democracia.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro sofreu diversas alterações, desde a Lei 13.964, de 2019, apelidada de “pacote anticrime”. Uma dessas alterações incluía a criação da chamada Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional, que seria composta por agentes federais de execução penal, agentes penitenciários estaduais e do Distrito Federal².

A portaria assinada pelo até então Ministro Sérgio Moro, pontuava que o objetivo da FTIP era auxiliar os governos estaduais em situações tidas como extraordinárias, de graves crises no sistema penitenciário e treinar os agentes dessas instituições. O Pará foi um dos Estados a receber a força-tarefa, devido às rebeliões que ocorreram no âmbito carcerário, com destaque para as que ocorreram em Santa Izabel e na cidade de Altamira. Observou-se, ainda no início, que não haviam diretrizes, protocolos e parâmetros de atuação da FTIP, tampouco transparência, conforme demonstra o relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, de 2018 a 2019³.

Desse modo a FTIP foi se constituindo, sob a insegurança institucional, obstaculizando os meios de apuração de possíveis irregularidades, como se pode notar na execução da pesquisa. Diante disso, as diversas mudanças na política criminal brasileira, por vezes, chegaram a se aproximar da chamada “Criminologia do dieterndo”, conceituada pela tese famosa de Maurício Dieter⁴, sobre a Política Criminal Atuarial.

Em linhas gerais, a Política Criminal Atuarial é uma das vertentes da Política Criminal que utiliza como mecanismo de retenção dos chamados “membros salientes” a lógica e o cálculo atuarial, que nada mais é que tentar interpretar o comportamento de pessoas que delinquem ou que podem vir a delinquir a partir de estatísticas para, então, traçar medidas de controle⁵. Tendo esses preceitos em vista, essa pesquisa parte da seguinte pergunta: De que maneira o modelo de política criminal atuarial se relaciona com Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no Estado do Pará no período compreendido entre 2019 a 2020?

Como principal fonte de dados, utilizou-se as notícias dispostas nos sites oficiais do Estado,

2 BRASIL. Governo Federal Lança “Em Frente, Brasil” Para Combater Os Crimes Violentos no País. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 29 ago. 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em: 15 abr. 2021.

3 O relatório foi publicado em 2020 e organizado por Adriana Raquel Ferreira Costa, Daniel Caldeira de Melo e Luís Gustavo Magnata Silva. Pode ser acessado em <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2021/02/relatorio-bianual-2018-2019-mnpct.pdf>.

4 DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

5 DIETER, *loc. cit.*

dentre eles a Agência Pará e o *site* oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública, pois partiu-se da premissa de que a mídia tem grande influência na formação da opinião pública, uma vez que os canais oficiais de comunicação do Estado são muito utilizados para validar as ações estatais. Logo, a análise acurada das informações apresentadas pode dar vários panoramas sobre o que há por trás da política executada.

Inicialmente, utilizando o método de pesquisa exploratória, foram levantadas informações sobre a atuação da FTIP no Pará, com destaque para relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Posteriormente, foram analisadas notícias do *site* oficial do governo federal que apresentavam materiais sobre o projeto-piloto intitulado “Em frente Brasil”, o qual abriu caminho para as medidas de intervenção da FTIP no sistema penitenciário paraense. Para a busca no site foram utilizados os seguintes termos: FTIP; Em frente Brasil; FTIP Pará.

Buscou-se saber quais eram as motivações dispostas, conforme as publicações encontradas, para implementar a força-tarefa em determinadas regiões do Brasil. Outro *site* utilizado para a coleta de informações foi a Agência Pará, um dos *sites* oficiais do governo paraense. Em seu campo de busca foi utilizado apenas o termo FTIP para encontrar dados correlatos.

As notícias foram organizadas em uma pasta no *google drive* por data de publicação. Ao todo foram analisadas nove publicações. Em seguida, considerando o caráter eminentemente explicativo da pesquisa, para analisar como o modelo de Política Criminal Atuarial se relaciona com Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no Estado do Pará, bem como dar início a interpretação das informações coletadas, visou-se definir o que era Política Criminal Atuarial, principalmente, a partir da tese de doutorado de Maurício Stegemann Dieter⁶, da dissertação de Marielle Franco⁷ e do artigo de Maiquel Wermuth⁸ sobre os contornos biopolíticos da Política Criminal Atuarial.

Isto posto, o trabalho se subdivide em quatro seções. Primeiro, será explicitado o que é Política Criminal e quais são seus reflexos na sociedade. Em seguida, na seção dois, buscou-se caracterizar a Política Criminal Atuarial e identificar seus elementos. Na terceira seção, serão apresentadas as notícias extraídas dos *sites*. Por fim, na seção análise e conclusões serão apontadas as correspondências entre a teoria estudada e a atuação da força-tarefa.

6 DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

7 FRANCO, Marielle. **UPP – A Redução da Favela a Três Letras: Uma Análise da Política de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro**. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Administração)- Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

8 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017.

2. A POLÍTICA CRIMINAL E SUAS REVERBERAÇÕES SOCIAIS

Antes de abordar, especificamente, sobre o que é a Política Criminal Atuarial, faz-se necessário conceituar o que é Política Criminal. A Política Criminal tradicionalmente é entendida como um vetor de orientação da ação estatal, responsável por traçar o conjunto de estratégias para prevenção, controle e tratamento das consequências da criminalidade, originárias do processo de criminalização⁹.

Vale ressaltar que a partir do *labelling approach* operou-se a correção do conceito de criminalidade, passando a existir o que se convencionou chamar de processos de criminalização, posto que a teoria se desenvolve no sentido de que a noção de crime e criminoso são construídas pelas instâncias que detém o poder de controle social¹⁰.

A Política Criminal se direciona para a repressão do crime, organizando-se para dar respostas ao fenômeno criminal, seja entre pessoas que passeiam livremente na sociedade, como entre aquelas privadas de liberdade. Em razão dos aparatos discursivos ideológicos, que favorecem a implementação do movimento *Law in Order*, a Política Criminal atual, conforme Mota¹¹, apresenta-se como uma política social que procura atender e proteger os seus cidadãos.

Contudo, ao fim, as ações do Estado, implicitamente, estariam voltadas para a manutenção do status das classes sociais economicamente mais elevadas, visto que subsiste mecanismos de seleção tanto de condutas a serem criminalizadas, quanto de indivíduos estigmatizáveis, com fins de resguardar os interesses econômicos e políticos das elites¹².

Conforme Mota¹³, a Política Criminal deveria, primeiramente, fazer parte de um planejamento de atuação que fosse delineado *pari passu* pela mobilização dos vários segmentos sociais, visando envolver outras disciplinas, como saúde e educação, do que propriamente a jurídica.

Marielle Franco¹⁴ alerta que substituir as políticas sociais que preconizam os investimentos no

9 DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

10 PEREIRA, André Martins; GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-18, 2017.

11 MOTA, M. N. P. V. **Política Criminal Dos Anos 90: Faces Da Justiça**. In: Conpedi - Manaus. (Org.). Anais Do Conpedi. 1a.ed. Florianópolis; Fundação Boiteux, 2006, p. 1-504.

12 PEREIRA, ANDRÉ MARTINS; GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-18, 2017.

13 MOTA, *loc. cit.*

14 FRANCO, Marielle. **UPP – A Redução da Favela a Três Letras: Uma Análise da Política de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro**. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Administração)- Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

campo dos direitos, abre-se espaço para a política que fortalece o Estado Penal, objetivando conter os grupos marginalizados e excluídos, formados, sobretudo, por pobres e negros. É importante frisar que os ocupantes do sistema carcerário são em sua maioria pessoas negras (63,5%). Além disso, quanto à taxa de escolaridade, somente 13,1% dos apenados possuem o Ensino Fundamental Completo, para 51,3% que não terminaram o Ensino Fundamental e 7,3% que são considerados analfabetos¹⁵.

A demasiada preocupação com a segurança em detrimento das liberdades individuais reverbera tanto em partidos vinculados à tradição política de esquerda, quanto aos de direita¹⁶. As medidas penais adotadas pelos governos ocidentais, nas últimas décadas, - em que houvera governantes de ambos os espectros políticos -, refletem o senso comum de que a privação de liberdade é boa para a sociedade, ao neutralizar o acusado, além de ser um instrumento de sofrimento para entregar a mensagem de que “crime não compensa”¹⁷.

Nesse sentido, a difusão do ideal de combate à criminalidade e ao tráfico de drogas, tornou-se uma das principais pautas políticas a circular na casa dos cidadãos, uma vez que era necessário eleger temas de grande repercussão para convencer a população de que a intervenção polícial é para garantir a segurança de todos. Favoravelmente a esse discurso ideológico, a população se convenceu de que a intervenção é necessária para lutar contra o “mal” que nunca para de crescer¹⁸.

Com isso, a pena é entendida como outro mecanismo de controle ao operar sob dois instrumentos, dentre uma função positiva e outra negativa, para a suposta proteção do público e gestão do risco¹⁹.

Parafraseando Angela Davis²⁰, a prisão nos livra da responsabilidade de pensarmos seriamente os problemas sociais, sobretudo os produzidos pelo racismo e pelo capitalismo global.

Dessa forma, a prisão funcionaria como um local em que os indesejáveis são depositados, abstendo a sociedade de pensar sobre as questões socioeconômicas que podem levar alguém a delinquir ou quais são os elementos raciais que tornam uma pessoa tão culpável quanto outra.

E é neste ponto que a mídia se torna uma ferramenta imprescindível para o processo de

15 BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. 2014. 80 p. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU0ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjYyZDhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 abr. 2021.

16 AZEVEDO, R. G. DE; CIFALI, A. C. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 15, n. 1, p. 105-127, 27 abr. 2015.

17 FRANCO, Marielle. **UPP – A Redução da Favela a Três Letras: Uma Análise da Política de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro**. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

18 FRANCO, *loc. cit.*

19 GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, p. 59-80, nov. 1999.

20 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018. p. 144.

criminalização, visto que a notícia sobre crime passa a ser uma mercadoria valiosa. Os aparatos midiáticos têm o poder de condicionar a opinião das massas, construindo uma realidade de forma seletiva, em que se produzem fatores que estimulam a demanda por punição e produzem a necessidade de repressão do que se constrói enquanto crime e criminoso. Ademais, os meios de comunicação influenciam na produção de subjetividades e na conformação da percepção sobre a questão criminal, difundindo o discurso de necessidade da pena, pois supõem-se que todos correm grande risco e perigo, devido a uma “criminalidade” que supostamente nunca esteve tão violenta como antes²¹.

Partindo dessas pontuações, nas notícias de jornais eletrônicos que serão apresentadas em seguida, é possível observar essa construção discursiva sobre o que é o crime; o porquê que o Estado deve agir de forma mais severa; e quais são aqueles mais propensos a delinquir. E é apegado nesse suposto risco que a Política Criminal Atuarial se apresenta “como *background* para o pensar de um conjunto de soluções para o fenômeno da criminalidade, apoiadas na lógica econômica (atuarismo).”²². Utilizando, portanto, de dados matemáticos e estatísticos para a formulação das políticas criminais:

3. A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

Com o declínio do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*), a ideologia neoliberal, embasada nas políticas de desregulamentação econômica e na redução dos gastos com a assistência social, foi utilizada como alternativa para as crises econômicas e sociais ocasionadas em nível global. O modelo de governo da insegurança social implantado nos Estados Unidos foi importado para vários países - dentre eles o Brasil -, deslocou-se para o braço penal do Estado os orçamentos públicos, de pessoal e de prioridade discursiva, assim como, colonizou-se o setor assistencial, implantado a lógica punitiva e panóptica²³.

Em síntese, o neoliberalismo objetiva limitar a atuação do Estado e o envolvimento da sociedade organizada nas questões políticas, a fim de que o mercado assuma os rumos da economia, mercantilizando serviços e direitos sociais. Mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988 que

21 PEREIRA, ANDRÉ MARTINS; GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-18, 2017.

22 WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017.

23 WACQUANT, L. Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 5-22, 27 maio 2015.

elegeu diversos direitos sociais, os ideais liberais continuaram a se fazer presente. Para exemplificar, após 1990, com fundamento nas políticas direcionadas pelo Banco Mundial e pelo FMI, por meio das medidas formuladas por economistas no Consenso de *Washington*, o Brasil, apoiado ao neoliberalismo, almejando expandir sua economia, passou a introduzir política de cortes de gastos públicos, realizar ajustes fiscais, abrir o mercado para o capital especulativo e diminuir políticas sociais, o que acarretou no agravamento da pobreza e da desigualdade social no país²⁴.

Afinal, qual a correlação do neoliberalismo com a Política Criminal Atuarial?

Ao mesmo tempo que o neoliberalismo cria o problema, tenta apresentar solução para conter o contingente de pessoas marginalizadas socialmente e economicamente que surgem a partir de suas políticas. O modelo de justiça neoliberal substitui, em sua essência, os princípios clássicos da justiça, baseando-se apenas na eficiência. Nesse sentido, os critérios utilizados para conter a grande demanda no sistema criminal, por exemplo, está para o julgar eficientemente, a fim de evacuar o fluxo de litígios, reduzindo tudo a lógica do custo/benefício - em detrimento da equidade ou justiça²⁵.

A contenção do risco foi absorvida pelas ideias liberais, ao ponto da lógica atuarial ser uma das principais tendências na política criminal ou elemento indispensável da análise de gestão da criminalidade.

A aderência ao mais amplo processo de administrativização das práticas punitivas é consequência do ideal de ação eficiente da agenda neoliberal, a qual foi absorvida pela administração pública. Percebe-se que se constitui enquanto característica desse eficientismo: “(a) prévia e precisa elucidação de seus objetivos, não raro via fixação de metas, (b) controle da produção (no caso, de criminosos), (c) redução de custos, (d) otimização de processos, (e) especialização de setores e (f) coordenação integrada de esforços.”²⁶.

O Direito foi alvo da agenda neoliberal a partir dos ideais de reformar o conceito jurídico de cidadania, objetivando, decerto, diminuir ou eliminar as garantias que sintetizam a luta do movimento operário e das classes trabalhadoras. Desse modo, visando orientar o sistema de justiça criminal a partir do princípio da eficiência, os instrumentos atuariais (planilhas, cálculos estatísticos e aferições matemáticas diversas) passaram a ser utilizados para identificar o risco individual de um sujeito marginalizado, a fim de gerir com a maior eficiência a criminalidade, para, por intermédio de dispositivos disciplinares,

24 MÜLLER, Leandro. Políticas de Segurança Pública No Brasil: Uma Análise Sob a Ótica de um Estado Capitalista Neoliberal. **Revista Direitos, Trabalho e Política**, v. 5, n. 9, p. 240-261, jul./dez. 2019.

25 MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017.

26 DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 6).

realizar a incapacitação seletiva deste indivíduo que segue o estereótipo – consubstanciado por cálculos atuariais – de integrante de um grupo considerado de risco²⁷.

Na origem da aplicação da lógica atuarial, o instituto americano da parole boards abriu as portas para a inserção cálculo atuarial no sistema de justiça criminal. A expansão da lógica atuarial no sistema de justiça criminal estadunidense decorreu da falta de confiança nas funções declaradas da pena, especialmente a de prevenção especial positiva, cujo fracasso é associado ao declínio do Estado de Bem-estar Social. O instituto trata da individualização da pena, em que durante a execução da sentença, o apenado é, regularmente, avaliado por Comissões administrativas composta por cientistas e burocratas que são incumbidos de decidir se ele está ou não apto a retornar ao convívio social desinstitucionalizado²⁸.

A necessidade de impedir a reincidência, fez com que os juristas perdessem seu espaço, dando abertura para técnicos responsáveis pela neutralização e reabilitação do indivíduo desviante. Ao traçar os perfis de risco, construía-se uma base de dados que fundamentariam as sentenças que viriam a determinar a soltura antecipada ou o internamento por tempo indeterminado. Embora incerto, o raciocínio atuarial se espalhou globalmente para outros sistemas de justiça criminal, com destaque na aplicação do *parole*, o qual é semelhante ao livramento condicional previsto no Código Penal Brasileiro²⁹.

A análise do perfil de risco é um procedimento central nessa lógica para otimizar o processo de incapacitação. Em resumo, a ideia de retomada do controle e contenção de risco dos danos causados por políticas econômicas e sociais eficientistas, implica diretamente em neutralizar determinados grupos que estão à margem e pouco interessam para o sistema capitalista. Não se pensa mais em função da prevenção especial positiva da pena, que buscava punir para retribuir, intimidar ou reabilitar indivíduos, mas, agora, tem-se o uso da pena criminal, de modo sistemático, para o controle mais geral de determinados grupos de risco mediante neutralização de seus membros “salientes”. Logo, a partir da incapacitação seletiva, atrelada a lógica atuarial, faz-se a gestão permanente da população perigosa, visando o menor custo possível³⁰.

A aderência ao cálculo atuarial na Política Criminal, consolida-se como um dos mais importantes passos na constituição do gerencialismo, ou a racionalidade por trás das estratégias para gestão eficiente

27 SILVA JUNIOR, Manoel. Política Criminal Atuarial no desvelar do Punitivismo Seletivo. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 5, n. 1, p. 52-65, nov. 2017.

28 DIETER, Maurício. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 312.

29 SILVA JUNIOR, *loc. cit.*

30 DIETER, Maurício Stegemann. Lógica Atuarial e Incapacitação Seletiva: A farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. **Revista EPOS**, V. 4, n. 1, p. 1-31, jan/jun de 2013.

da população, pelas vias do cálculo de probabilidades. Essa incorporação da ciência estatística pelos órgãos governamentais sinaliza o nascimento da biopolítica, a qual se faz dirigida para o controle do corpo social³¹.

Nesse sentido, as novas tecnológicas, alinhadas à Política Criminal Atuarial, aplicada à investigação/persecução criminal, inserem-se na lógica do biopoder, uma vez que possibilita a distinção entre as vidas politicamente relevantes e aqueles descartáveis, o *homo sacer*³². Como exemplo, tem-se a ampliação da vigilância dos indivíduos por meio de dados, tal como o banco de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal, instituídos no Brasil por meio da Lei nº 12.654/2012 –, abrindo espaço para a cultura de vigilância.

A construção dos perfis das pessoas consideradas perigosas tem uma posição central na Política Criminal Atuarial, pois a partir dessa detecção é possível prever, com auxílio dos dados estatísticos coletados, quais são os indivíduos que continuarão delinquindo, para que se faça sua neutralização ou incapacitação pelo tempo máximo possível, a fim de provocar a redução considerável nos índices de criminalidade³³.

A incapacitação seletiva segue a ideia de que se deve prender bem e não muito, já que seriam determinados delinquentes os responsáveis pela maioria dos crimes registrados. Nos casos de reincidentes, aqueles que já estão dentro do sistema carcerário, a incapacitação é física com medidas de segurança máxima – a exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado instituído no Brasil por meio da Lei nº 10.792/2003³⁴.

Este ponto introduz o outro objetivo da pesquisa, o de verificar, a partir de dez notícias retiradas do *site* oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do *site* Agência Pará, ambos portais de comunicação oficial do governo, se há elementos que revelam o modelo de política criminal atuarial na atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no Estado do Pará no período entre 2019 a 2020.

Para isso, foi considerado que as principais notícias, que serão decupadas na próxima seção, dizem respeito a retomada de controle e práticas de gestão guiadas por dados estatísticos sobre a incidência de infrações em determinada região e o com apontamento geográfico das ocorrências.

31 DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

32 WERMUTH, Maiquel ngelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017.

33 WERMUTH, *loc. cit.*

34 WERMUTH, *loc. cit.*

4. A IMPLANTAÇÃO DA FORÇA-TAREFA NO PARÁ

Como já discutido, a mídia tem grande influência na formação da opinião pública, sabendo disso, os canais oficiais de comunicação do Estado são muito utilizados para validar as suas ações. Logo, a análise acurada das informações apresentadas pode dar vários panoramas sobre o que há por trás da política executada. Posto isso, nesta seção serão apresentados os principais pontos das dez notícias estudadas sobre a atuação da FTIP Pará, buscando destacar o objetivo da intervenção, as motivações e os resultados gerais dispostos nos *sites*.

No dia 29 de agosto de 2019, quando a pasta do Ministério da Justiça ainda estava sob comando do ex-juiz Sérgio Moro, o Governo Federal lançou o projeto-piloto “Em frente Brasil”. O projeto visava, conforme o ministro em discurso oficial, o “enfrentamento da criminalidade violenta”, com ações conjuntas entre União, Estados e Municípios, viabilizando a execução dos objetivos e das diretrizes previstas na Política Nacional de Segurança Pública e no Plano Nacional de Segurança Pública, instituídos, respectivamente, pela Lei nº 13.675 e pelo Decreto nº 9.630, ambos editados em 2018. O “Em frente Brasil” foi implementado, inicialmente, nas seguintes cidades: Ananindeua (PA); Paulista (PE); Cariacica (ES); São José dos Pinhais (PR); e em Goiânia (GO). Embora estes não fossem os cinco municípios mais violentos do país naquele ano, foram escolhidos, segundo o governo federal, porque registraram um número considerável de homicídios entre 2015 a 2017. O critério de seleção das cidades considerou a média dos números de homicídios dolosos ocorridos nesses anos, bem como a situação fiscal do estado e do comprometimento das gestões dos estados e municípios para a adesão ao projeto³⁵.

O projeto-piloto foi alicerçado sob quatro eixos: o foco territorial; a repressão qualificada; a prevenção social; e a governança e gestão. A partir dos levantamentos estatísticos acerca das incidências de infrações em determinada região e o com apontamento geográfico das ocorrências, o foco territorial se expressava a partir da gestão integrada de territórios e Contratos Locais de Segurança, como o objetivo de reprimir e, supostamente, prevenir. Já para apresentar o eixo da repressão qualificada, a

notícia dizia que a ação policial seria orientada com fins de desarticular grupos criminosos e a chamada

35 BRASIL. Governo Federal Lança “Em Frente, Brasil” Para Combater Os Crimes Violentos no País. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 29 ago. 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em: 15 abr. 2021.

“criminalidade profissional”. O plano era que a atuação fosse feita por operações integradas, choque operacional, forças-tarefa e intervenções nos mercados de fomento aos crimes contra o patrimônio. A prevenção social seria constituída por projetos sociais voltados para a área de educação, esporte, lazer, saúde e outros, com o propósito de elevar a qualidade de vida das pessoas, qualificar a cidadania e viabilizar o desenvolvimento humano, pessoal e profissional, a fim de reduzir ou extinguir os focos de conflitos e os fatores de risco de práticas criminosas. Por último, o eixo da governança e gestão visava a promoção de mecanismos para o gerenciamento do projeto, manutenção das ações coordenadas e integradas, além do monitoramento dos indicadores e metas de cada uma das áreas, segundo as ações planejadas. Um dos objetivos da atuação de forma integrada, em termos da página do site federal, era o patrulhamento ostensivo e preventivo, a fim de realizar a identificação do que chamaram de “criminosos contumazes”, além de cumprir os mandados de prisão, ações preventivas de fiscalização, recuperação de áreas críticas, entre outros³⁶.

Em setembro de 2019, o governo federal começou a apresentar em seus canais oficiais os primeiros resultados do “Em frente, Brasil”. Conforme as informações divulgadas em 09 de setembro de 2019, na primeira semana, mais de 11 mil pessoas foram abordadas, 6.500 veículos e 122 estabelecimentos foram fiscalizados. O governo não especificou quais foram critérios para realizar as abordagens e vistorias. Dessas primeiras ações, houve a prisão de 91 adultos e apreensão de 6 menores de idade. Asseverou-se também que o objetivo da atuação era aumentar a sensação de segurança nos territórios e, principalmente, desenvolver ações integradas de inteligência, análise e investigação criminal para a desarticulação de grupos e redes criminosas. A notícia pontuava também que apenas três homicídios foram registrados nas cinco cidades participantes do projeto-piloto, não havendo nenhum registro de roubo ou feminicídio no período entre agosto e setembro de 2019³⁷.

Inicialmente, a atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no estado, coordenada pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), duraria 30 dias, com o objetivo de atuar em atividades de guarda, vigilância e custódia de presos. O planejamento em relação à quantidade de profissões da segurança pública que foram disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública não foi a público, no primeiro momento, sob a justificativa de proteção a segurança³⁸.

36 BRASIL. Governo Federal Lança “Em Frente, Brasil” Para Combater Os Crimes Violentos no País. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 29 ago. 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em: 15 abr. 2021.

37 BRASIL. “Em Frente, Brasil” mostra resultados em uma semana de choque operacional nos cinco municípios participantes. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 09 set. 2019b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1568052859.71>. Acesso em: 15 abr. 2021.

38 BRASIL. Ministro autoriza atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no estado do Pará. **Ministério**

O primeiro Complexo penitenciário a receber a FTIP foi o Complexo de Santa Izabel. Essa escolha não foi baseada em fatores adversos, mas na rebelião que aconteceu meses antes da intervenção. A operação foi intitulada de “Operação Panóptico”. O nome fazia referência ao Panoptismo, tratado em *Vigiar e Punir* por Michael Foucault (1987), onde a vigilância se faz permanente em seus efeitos, mesmo não sendo constante em ações. A notícia ainda pontua que há um presídio nesses moldes no Complexo Santa Izabel. A FTIP esteve presente em três penitenciárias do complexo: os Centros de Recuperação Penitenciário do Pará (CRPP II e III), e a Cadeia Pública de Jovens e Adultos³⁹.

Por solicitação do Governo do Estado do Pará, a permanência da FTIP foi estendida por mais 60 dias. A força-tarefa passou a exercer a coordenação das atividades de guarda, de vigilância e de custódia de presos⁴⁰.

Um mês após o lançamento do projeto-piloto, o *site* oficial do governo já falava sobre a retomada do controle do Centro de Reeducação Feminino de Ananindeua. Sobre os procedimentos adotados, na primeira fase da operação, alegou-se que a força de cooperação do Depen fez instalação de procedimentos de segurança, intitulado de vigilância aproximada, em que os presos passarem a se movimentar com algemas dentro da unidade, padronizaram os uniformes dos presos e fizeram entrega de kits de higiene. Na segunda fase da operação, houve a separação de presos provisórios e condenados, ações coletivas biopsicossociais e treinamentos dos novos servidores que estavam na unidade⁴¹.

Começou, então, um controle constante por meio da Força-tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) dos 13 presídios do Pará⁴².

Respectivamente, com a portaria nº 804 de 23 de outubro de 2019, portaria nº 142, de 25 de março de 2020, portaria nº 143, de março de 2020, portaria nº 266, de 22 de maio de 2020, e, por fim, com a portaria nº 356, de 26 de junho de 2020, prorrogou-se o emprego da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no Estado do Pará, até 22 de agosto de 2020.

Um dos acontecimentos que marcaram esse período de intervenção, foi o afastamento do

da Justiça e Segurança Pública, Brasil, 30 jul. 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564517068.39>. Acesso em: 15 abr. 2021.

39 BRASIL. FTIP completa cinco dias da Operação Panóptico no Pará. Agência Pará, 09 ago. 2019d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1565444902.32>. Acesso em: 15 abr. 2021.

40 BRASIL. Prorrogado o emprego da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no Pará. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasil, 28 ago. 2019e. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567004454.75>. Acesso em: 28 abr. 2021.

41 BRASIL. Força de Cooperação Penitenciária retoma o controle do Centro de Reeducação Feminino em Ananindeua (PA). **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 08 set. 2019f. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567690113.87>. Acesso em: 28 abr. 2021.

42 BRASIL. Força Tarefa de Intervenção no Pará retoma o controle de 13 presídios. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 11 set. 2019g. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/copy2_of_collective-nitf-content-3. Acesso em: 28 abr. 2021.

coordenador da FTIP Pará, por conta de acusações de maus-tratos e tortura a detentos e detentas. Houveram relatos de presas que foram obrigadas a sentar em um formigueiro e outro detento que ficou cego por conta de disparo de elastômero “borracha” dentro do cárcere. Ao fim, suspenderam a liminar de afastamento do coordenador, porque até aquele momento não havia indícios de que as acusações feitas eram verdadeiras. No dia 22 de agosto de 2020, a Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária encerrou a atuação no Pará. O governo do Estado afirmou que a atuação de forma integrada “eliminou a influência do crime organizado nas cadeias e contribuiu de forma decisiva para reduzir a violência nas ruas da capital e do interior”. Destacaram também que a média dos índices de homicídio na Região Metropolitana de Belém (RMB), assim como de crimes violentos letais e internacionais, diminuíram em 40% com a intervenção no sistema penitenciário.⁴³

5. ANÁLISE E DISCUSSÕES

No último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), ocorrido em 2019, o Brasil possuía 755.274 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Sendo que 20.825 presos estavam em unidades prisionais no Estado do Pará. Em relação ao perfil socioeconômico dos apenados paraense, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2019, 79,92% dos detentos são negros (preto + pardos), quanto a escolaridade, segundo o INFOPEN de 2017, 54,32% possuía o Ensino Fundamental Incompleto e apenas 7,46% completou o ensino médio. Destaca-se também que em 2019, o sistema penitenciário possuía um total de 8.841 vagas, apesar disso mais de 20.600 pessoas estavam custodiadas em unidades prisionais da SUSIPE, da Polícia Civil, ou estavam sob monitoramento.

Esses dados já revelam qual o perfil da população que ocupa o cárcere paraense. São em sua maioria negros, não escolarizados, produto de uma agenda neoliberal que vê no cárcere uma forma de controle dos indesejáveis. Como já discutido anteriormente, a contenção do risco e retomada do controle é um dos principais objetivos da *Política Criminal Atuarial*, não se pensa em ressocializar, mas gerenciar as consequências do crime, em uma perspectiva administrativista. Os gastos públicos com

a implementação da FTIP no Pará não foram divulgados até o fechamento desta pesquisa, porém,
43 BRASIL. Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária encerra atuação no Pará. **Agência Pará**, Brasil, 25 ago. 2020. Disponível em: [https://agenciapara.com.br/noticia/21702/#:~:text=Ap%C3%B3s%20mais%20de%20um%20ano,no%20%C3%A1ltimo%20s%C3%A1bado%20\(22\)](https://agenciapara.com.br/noticia/21702/#:~:text=Ap%C3%B3s%20mais%20de%20um%20ano,no%20%C3%A1ltimo%20s%C3%A1bado%20(22).). Acesso em: 28 abr. 2021.

mesmo não tendo esses dados econômicos, é possível identificar alguns elementos que constituem a teoria estudada.

Inicialmente, para escolher as cidades que receberiam o projeto “Em frente, Brasil” - o qual mesmo sendo posterior a FTIP Pará, legitimou a intervenção - foram considerados critérios estatísticos, acerca da quantidade de homicídios dolosos ocorridos entre 2015 a 2017. Aqui já se observa o que Wermuth⁴⁴ vai afirmar sobre os liames da Política Atuarial ser pautada em dados matemáticos e estatísticos para se formular políticas criminais, a fim de conter o que o ex-ministro Sérgio Moro conceituou como “criminalidade violenta”⁴⁵.

Os quatro eixos do projeto-piloto “Em frente Brasil”, com destaque para o eixo da repressão qualificada, muito se assemelham à ideia de utilizar instrumentos atuariais para identificar, classificar e gerenciar os grupos de risco para retomada do controle. Isto posto, um evento que marca a atuação da FTIP Pará foi a rebelião no Complexo de Santa Izabel, o qual ensejou na morte de detentos e agentes penitenciários. O plano era identificar os chefes de organizações criminosas que agem dentro das prisões, para eliminar a sua influência organizada nas cadeias. E esses são os procedimentos adotados na Política Criminal Atuarial, com uma perspectiva gerencialista, identifica-se os sujeitos considerados com perfil de risco. Em segundo momento, classifica-se os indivíduos em perigosos ou alto risco, com o objetivo de viabilizar a criação de mecanismo aptos a neutralizá-los pelo maior período de tempo possível⁴⁶.

Vale destacar que a Política Criminal Atuarial no Estado Unidos não deu certo, primeiro, porque racionalizou e favoreceu a superlotação carcerária, posto que os instrumentos atuariais utilizados para identificar, classificar e gerenciar grupos de risco não esvaziaram nenhuma cela no País. Contrariamente, produziu a maior quantidade de reclusos da história mundial, embasado no discurso de que os atos atuarias deveriam ser a eficiente incapacitação seletiva dos reincidentes crônicos ou os chamados criminosos contumazes⁴⁷.

A forma como essa neutralização se dá, abre mão de garantias fundamentais, ocasionou em diversas violações à dignidade humana dos detentos, as quais foram expostos no Relatório Bienal (2018-

44 WERMUTH, Maiquel ngelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017.

45 BRASIL. Governo Federal Lança “Em Frente, Brasil” Para Combater Os Crimes Violentos no País. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 29 ago. 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em: 15 abr. 2021.

46 DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

47 DIETER, Maurício. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

2019) do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

O MNPCT constatou, a partir da inspeção feita entre 17 a 20 de setembro de 2019, que FTIP atuava no sistema prisional, sem plano de entrada e saída das Unidades. No relatório, descrevem que a atuação da força-tarefa é desastrosa, posto que, constatou-se que os procedimentos impetrados pelos agentes da intervenção eram desumanos, degradantes e cruéis. Citam como exemplo que nas Unidade Feminina muitas presas e alguns profissionais da Unidade afirmavam que algumas detentas foram alvos de castigos coletivos, com uso de spray de pimenta e, muitas vezes, com uso de aspergido após as refeições, o que provocava vômito.

Verificaram também que não havia produto de higiene para todos apenados, além de haver informação sobre a infestação de piolhos. Somado a isso, as famílias das presas e presos não podiam mais acessar a Unidade. Outros relatos de violência figuraram ainda no início da intervenção, em que muitas presas usando somente calcinha e sutiã, foram levadas pelos agentes até o pátio molhado, para que ficassem sentadas em cima de formigueiros, com o corpo encolhido, em silêncio, até o fim da revista nas celas. Neste episódio, os pertences de algumas presas, incluindo documentações, foram jogados fora. É possível observar nas notícias do portal oficial do governo do Estado (Agência Pará), que devido a essas acusações o coordenador da FTIP Pará foi afastado e antes mesmo da conclusão das investigações, ele voltou para o cargo. O relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura apresentou outras violações, agora contra idosos que estavam residentes no Centro de Recuperação Prisional do Pará - CRPP III (PA). Foi averiguado que detentos de idade avançada e com mobilidade reduzida eram obrigados a realizar os procedimentos impostos pela Força Tarefa de Intervenção Penitenciária Federal (FTIP), tais como permanência ao tempo do comando, em uma mesma posição, sentados enfileirados, com as mãos entrelaçadas em cima da cabeça. Ao fim, o relatório concluiu que a atuação da FTIP é marcada por diversas violações sistemáticas de direitos das pessoas privadas de liberdade. Violações essas que foram intensificadas com a Pandemia da COVID-19, a partir da restrição das visitas tanto de advogados, quanto de familiares, a fim de evitar o contágio. Contudo, as restrições não impediram que o vírus chegasse até o cárcere, mas permitiu que muitos atos desumanos fossem realizados contra os presos, dado a ausência de fiscalização presencial no auge da doença.

Assim, das mais diversas vezes foram observadas a postura calculista e repressiva do Estado. Nas notícias, falou-se muito sobre retomar o controle de unidades e identificar os criminosos contumazes, mas a FTIP nunca apresentou plano de ações, especificando quais funções iria exercer.

Em síntese, as estratégias político-criminais que foram apresentadas pela FTIP violaram uma gama de direitos fundamentais, como demonstra os relatórios do MNPCT. Salvo algumas idiosincrasias, há alguns reflexos da Política Criminal Atuarial, ao afastar componentes morais e democráticos do sistema criminal, colocando a eficiência critério essencial para construir ações e políticas voltadas à repressão e à prevenção do processo de criminalização que afeta, sobretudo, negros e pobres.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da definição do que é a lógica atuarial e os seus liames na política criminal atual, foi possível constatar que há elementos que reverberam na construção do que se tem enquanto ações para conter e reprimir a criminalidade. A fixa ideia de controle, sem considerar garantias fundamentais, muito se antevem na Política Criminal Atuarial, que com um processo racionalizante das estratégias de controle social, com o auxílio de dados estatísticos e matemáticos, tenta realizar incapacitação seletiva dos membros de grupos considerados de risco⁴⁸.

O que se percebe é que os perfis de risco definidos a partir da lógica atuarial, alcança, sobretudo, pessoas negras e pobres, produto de políticas neoliberais que a muito tempo vem diminuindo políticas sociais, acarretando no agravamento da pobreza e da desigualdade social no país.

A ausência de dados concretos sobre o valor gasto com a FTIP Pará foi considerada um obstáculo para definir com mais parâmetros as consequências do custo/benefício que envolvem a lógica atuarial. Diante disso, deixa-se em aberto para que outras pesquisas se debrucem a estudar os impactos econômicos que a atuação da Força-tarefa teve nos Estados.

Como muitos dos atos da FTIP ainda estão em apuração, considera-se o trabalho como algo embrionário, mas a partir dos dados colhidos, já é possível traçar algumas conclusões acerca da intervenção no Estado. Conforme os autores citados durante a pesquisa, os mecanismos da Política Criminal Atuarial foram sendo implantados, por vezes, inconscientemente, dentro da atual Política Criminal atual. O apego à estatística para o desenhar de políticas públicas e para agendar a atuação policial já caracteriza a abordagem favorável ao que se construiu a muito tempo em solo norte-americano.

Ademais, o passado escravocrata brasileiro, corrobora para que o perfil de risco que é traçado

48 DIETER, Maurício. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

pelas diversas instituições brasileiras seja o mesmo: o da criminalização de pretos e pobres. Por fim, os instrumentos atuariais se mostram racistas em sua essência, posto que como observado nos dados apresentados no decorrer da pesquisa, os maiores alvos do Estado Penal são pessoas de baixa escolaridade e negras. Mesmo que a Política Criminal Atuarial não tenha dado certo em seu país de origem, pois revelou-se incapaz de realizar a otimização da criminalização secundária, algumas de suas funções continuam sendo aplicadas. Podem ser verificadas, por exemplo, no encarceramento em massa e vigilância contínua das classes perigosas dos dias atuais, as quais possuem endereço e cor predefinida

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, R. G. DE; CIFALI, A. C. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 15, n. 1, p. 105-127, 27 abr. 2015.

BRASIL. “Em Frente, Brasil” mostra resultados em uma semana de choque operacional nos cinco municípios participantes. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 09 set. 2019b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1568052859.71>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Força de Cooperação Penitenciária retoma o controle do Centro de Reeducação Feminino em Ananindeua (PA). **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 08 set. 2019f. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567690113.87>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Força Tarefa de Intervenção no Pará retoma o controle de 13 presídios. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 11 set. 2019g. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/copy2_of_collective-nitf-content-3. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária encerra atuação no Pará. **Agência Pará**, Brasil, 25 ago. 2020. Disponível em: [https://agenciapara.com.br/noticia/21702/#:~:text=Ap%C3%B3s%20mais%20de%20um%20ano,no%20%C3%BAltimo%20s%C3%A1bado%20\(22\)](https://agenciapara.com.br/noticia/21702/#:~:text=Ap%C3%B3s%20mais%20de%20um%20ano,no%20%C3%BAltimo%20s%C3%A1bado%20(22)). Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. FTIP completa cinco dias da Operação Panóptico no Pará. **Agência Pará**, 09 ago. 2019d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1565444902.32>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Governo Federal Lança “Em Frente, Brasil” Para Combater Os Crimes Violentos no País. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 29 ago. 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. 2014. 80 p.

BRASIL. Ministro autoriza atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no estado do Pará. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 30 jul. 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564517068.39>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Prorrogado o emprego da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no Pará. **Ministério**

da **Justiça e Segurança Pública**, Brasil, 28 ago. 2019e. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567004454.75>. Acesso em: 28 abr. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018. p. 144.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DIETER, Maurício. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 312.

FRANCO, Marielle. **UPP – A Redução da Favela a Três Letras: Uma Análise da Política de Segurança Pública do Estado do Rio De Janeiro**. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Administração)- Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, p. 59-80, nov. 1999.

MOTA, M. N. P. V. **Política Criminal Dos Anos 90: Faces Da Justiça**. In: Conpedi - Manaus. (Org.). Anais Do Conpedi. 1a.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 1-504.

MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017.

MÜLLER, Leandro. Políticas de Segurança Pública No Brasil: Uma Análise Sob a Ótica de um Estado Capitalista Neoliberal. **Revista Direitos, Trabalho e Política**, v. 5, n. 9, p. 240-261, jul./dez. 2019.

PEREIRA, ANDRÉ MARTINS; GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-18, 2017.

SILVA JUNIOR, Manoel. Política Criminal Atuarial no desvelar do Punitivismo Seletivo. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 5, n. 1, p. 52-65, nov. 2017.

WACQUANT, L. Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 5-22, 27 maio 2015.

WERMUTH, Maiquel ngelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017.

A HIPOSSUFICIÊNCIA NOS CONTRATOS DE *LEASING*: COMO JULGAM O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO?

HYPOSSUFFICIENCY IN LEASE AGREEMENTS: HOW DO THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE COURT OF JUSTICE OF SÃO PAULO JUDGE?

Davi Rocha Teles¹

Mariana Yumi Kono Gomes²

Vinicius Esposte³

Data de Submissão: 13/5/2023

Data de Aceite: 11/11/2023

Resumo: Por meio da pesquisa de jurisprudência, este trabalho buscou responder a seguinte pergunta de pesquisa: quais critérios são utilizados pelo STJ e pelo TJSP para reconhecimento da hipossuficiência no contrato de *leasing*? Foram analisados 17 acórdãos do STJ e outros 162 do TJSP. Como resultado, foram identificados, no caso do STJ, critérios para o reconhecimento da hipossuficiência como: a destinação do bem arrendado, o porte econômico da arrendatária, o vulto econômico do contrato celebrado, o assessoramento por profissionais capacitados no momento da celebração do negócio e o valor do capital social da empresa. Já em relação ao TJSP, a despeito de o Tribunal acolher a teoria finalista mitigada, a maior parte dos acórdãos não discute critérios para se reconhecer a hipossuficiência da arrendatária

Palavras-chave: Arrendamento mercantil. *Leasing*. Hipossuficiência.

Abstract: *This article seeks to analyse the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) and the Court of Justice of São Paulo (TJSP) case-law about the criteria used to recognize hyposufficiency in lease agreements. 179 decisions were analyzed. The research concludes that, in the case of the STJ, the destination of the leased asset, the economic size of the lessee, the economic monetary relevance of the contract, legal advices by the time of signing process and the value of the company's share capital are criteria to recognize hyposufficiency. As for TJSP, despite it accepts the mitigated finalist theory, most judgments do not discuss criteria for recognizing the lessee's hyposufficiency.*

Keywords: *Lease agreement. Leasing. Hyposufficiency.*

1 Graduando em Direito no oitavo semestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi aluno-pesquisador da Escola de Formação Pública (EFp), da Sociedade Brasileira de Direito Público (2022), e do Programa de Educação Tutorial (PET) Sociologia Jurídica (2021-2023).

2 Graduada em Direito no oitavo semestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi coordenadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI) e integrante do Departamento Jurídico XI de Agosto, da Clínica de Direito Ambiental Paulo Nogueira Neto (CPaNN), da Gazeta Arcadas e da Enactus USP São Francisco, todas extensões da FDUSP, e do Grupo de Estudos Avançados (GEA) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Participante da 4ª edição da Helsinki Information Moot Court Competition.

3 Graduando em Direito no oitavo semestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi membro da empresa júnior “Sanfran Jr.”, do Centro de Estudos do Mercado Financeiro e da Equipe de Negociação e Mediação Empresarial, todos da FDUSP. Foi monitor das disciplinas de Fundamentos de Direito Empresarial, Disciplina Jurídica do Mercado e Propriedade Intelectual Aplicada na FDUSP. Foi voluntário no trabalho de descrição normativa para criação de um chatbot que disponibilizaria informações sobre alterações legislativas à população durante a pandemia de coronavírus.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem o propósito de explorar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre o reconhecimento da hipossuficiência nos contratos de *leasing* (ou arrendamento mercantil). Quando celebrado entre pessoas jurídicas, esse contrato parece denotar relação mercantil, na qual os bens adquiridos são destinados ao incremento da atividade empresarial. No entanto, existem decisões que reconhecem a existência de relação de consumo e a hipossuficiência da arrendatária e, conseqüentemente, atraem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Como o tema parecia não estar muito bem explorado, este trabalho se esforçou na realização de pesquisa empírica em direito para entender quais critérios são utilizados pelo STJ e pelo TJSP para o reconhecimento da hipossuficiência nesse tipo contratual. A preocupação advém do fato de serem privilegiados nesses contratos os valores da segurança jurídica, da obrigatoriedade dos contratos e do respeito à alocação de riscos feita pelas partes⁴, nos termos do artigo 421-A do Código Civil⁵.

Para cumprir esses objetivos, o trabalho está organizado em seis seções. A seção seguinte introduz os conceitos básicos em discussão: *leasing*, relação de consumo e hipossuficiência. A terceira seção explica a metodologia adotada. As quartas e quintas seções expõem os resultados da pesquisa, com a identificação dos critérios utilizados pelo TJSP e pelo STJ para reconhecimento da hipossuficiência nos contratos de *leasing*. Por último, a sexta seção expõe as considerações finais e aponta caminhos para futuras pesquisas.

2. CONCEITOS BÁSICOS: LEASING, RELAÇÃO CONSUMERISTA E HIPOSSUFICIÊNCIA

Da leitura de Orlando Gomes, o *leasing* pode ser definido como “uma operação de financiamento

4 FORGIONI, P. **Contratos empresariais**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

5 “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. Cf. BRASIL. **Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

para proporcionar aos empresários o acesso a bens de produção necessários ao funcionamento da empresa, sem que tenha de comprá-los”⁶. Nesta, três empresas se relacionam: (i) a que vende, isto é, o fornecedor; (ii) a que compra e paga o preço, o financiador, e (iii) a que, sem comprar os bens, os obtêm – a empresa financiada. Daí dizer ser relação trilateral. No Brasil, o tema é regulamentado pela Lei federal nº 6.099/1974⁷ e pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.977/2021⁸. Em sua redação original, o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 6.099/1974 permitia a celebração de contrato de arrendamento mercantil apenas entre pessoas jurídicas. Com a alteração legislativa promovida pela Lei federal nº 7.132/1983, passou-se a admitir a sua celebração com pessoa física na qualidade de arrendatária.

Silvio Venosa⁹ afirma tratar-se de negócio primeiro dirigido às pessoas jurídicas, mas que, mediante regulamentação legislativa, pode ser utilizado por pessoas naturais. Nele, identifica características de locação, promessa de compra e venda, mútuo, financiamento e mandato, que não o decompõem em diversos contratos, mas o fazem “complexo de relações negociais”. Sua vantagem mercantil é possibilitar “às empresas usufruir (sic) de equipamentos modernos e caros, sem imobilizar capital, com possibilidade de substituí-los tão logo fiquem obsoletos”¹⁰. Disso se identifica conotação empresarial típica dos contratos de *leasing*.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹¹, essa operação promove, de um lado, a aquisição de um bem por uma pessoa jurídica – arrendadora – e, do outro, permite que este bem seja alugado por certo período para o arrendatário e, ao final, possa ser devolvido, renovado ou adquirido, descontadas as parcelas pagas. A vantagem decorrente desse tipo contratual é obter uma espécie de “financiamento”, pois se poderá usufruir de bem que não lhe convém adquirir.

A relação consumerista é marcada: (i) pela existência de uma relação entre sujeitos jurídicos – o fornecedor de produtos e o prestador de serviços, de um lado, e o consumidor, de outro; (ii) pela presença do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação (produto ou serviço),

6 GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

7 BRASIL. **Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974**. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16099.htm#:~:text=LEI%20No%206.099%2C%20DE,mercantil%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 18 nov. 2023.

8 BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 4977 de 16/12/21**. Disciplina as operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibnormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4977>. Acesso em: 18 nov. 2023.

9 VENOSA, S. de S. **Direito civil: Contratos**. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772773/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

10 VENOSA, S. de S., *op. cit.*

11 GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado; e (iii) pela evidência na prática de um fato ou acontecimento propulsor, capaz de gerar consequências para o plano jurídico¹². Esta não parece, a princípio, compatível com o regime mercantil que rege os contratos empresariais, os quais, conforme o artigo 421-A do Código Civil, presumem-se paritários e simétricos, sendo necessária a presença de elementos concretos para se afastar essa presunção. Ao atrair a aplicação do CDC ao ramo mercantil, o resultado pode ser prejudicial à atividade empresarial e ir contra esses seus fundamentos, como explica Luiz Fernando Silva Oliveira¹³.

Aplicado o CDC, é possível ao juiz reconhecer a hipossuficiência, com o propósito de, nos termos do inciso VIII de seu artigo 6º, promover o equilíbrio das partes na relação de consumo através da facilitação da defesa do consumidor. De acordo com Rogerio de Oliveira Souza¹⁴, essa hipossuficiência poderá ser econômica – em que se aproxima da noção de “necessitado” –, técnica – em que há deficiência de informação para se avaliar aquilo que é relevante para a defesa de seus interesses – e jurídica – quando assistido por profissional pouco qualificado. Uma vez reconhecida, afastará a regra geral de distribuição dinâmica do ônus da prova – artigo 373 do Código de Processo Civil – e possibilitará a inversão, nos termos do inciso VIII do artigo 6º do CDC.

3. METODOLOGIA

Por meio da pesquisa de jurisprudência, este trabalho procurou responder à seguinte pergunta: quais critérios são utilizados pelo STJ e pelo TJSP para reconhecimento da hipossuficiência no contrato de *leasing*? A hipótese aventada era a de que existiriam critérios bem determinados para se reconhecer a hipossuficiência nesse tipo de contrato. Isso se daria em razão da sua característica mercantil, o que faria ser excepcional o reconhecimento da hipossuficiência e, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a inversão do ônus da prova. A relevância do tema se relaciona

12 TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito Material e Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641826/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

13 OLIVEIRA, L. F. S. A fragilidade/hipossuficiência nos contratos eletrônicos empresariais de massa e a contribuição do novo Código de Processo Civil para o Direito Empresarial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 20, n. 50, p. 71-91, jul.-ago./2019. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n50_04_a_fragilidade_hipossuficiencia.pdf?d=637104652724127659. Acesso em: 18 nov. 2023.

14 SOUZA, R. de O. **Da hipossuficiência**. [s.l.], [s.n.], [s.d.]. Disponível em: [https://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136#:~:text=A%20hipossufici%C3%AAncia%20deve%20ser%20analizada,t%C3%A9cnica\)%20e%20a%20hipossufici%C3%AAncia%20jur%C3%ADdica](https://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136#:~:text=A%20hipossufici%C3%AAncia%20deve%20ser%20analizada,t%C3%A9cnica)%20e%20a%20hipossufici%C3%AAncia%20jur%C3%ADdica). Acesso: 18 nov. 2023.

ao debate sobre segurança jurídica dos contratantes e obrigatoriedade dos contratos, de modo que a aplicação de disciplina mais protetiva, como é o caso do CDC, pode desvirtuar o caráter empresarial do contrato de *leasing*. Desse modo, essa aplicação deve ser exceção, não regra.

A fim de se confirmar ou não a hipótese anterior, foram realizadas buscas, sem limitação temporal, nos portais do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio dos seguintes endereços: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> e <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>, respectivamente. Os termos utilizados foram os seguintes: hipossuficiência e (“arrendamento mercantil” ou *leasing*)¹⁵.

No caso do STJ, foram obtidos 15 acórdãos. Após a leitura do material, 4 foram excluídos, por não estarem relacionados ao tema. Foram somados outros 6, referenciados nas decisões analisadas, mas não foram retornados pela plataforma de busca. A composição da amostra nesse órgão resumiu-se a 17 acórdãos, julgados entre 2001 e 2017¹⁶.

No TJSP, a pesquisa encontrou dificuldades em razão de o mecanismo de busca não utilizar operadores idênticos aos do STJ. Além disso, a menção à hipossuficiência direcionava a decisões sobre gratuidade de justiça. Por conta disso, a expressão foi ajustada para: “arrendamento mercantil” hipossuficiência NAO “justiça gratuita”, e foi assinalado o campo para pesquisa por sinônimos. Foram selecionadas apelações cíveis, em virtude de estas se debruçarem sobre o mérito das sentenças de primeiro grau. A partir desse procedimento, foram obtidos 229 acórdãos, julgados entre 2009 e 2022. Após análise qualitativa desse universo¹⁷, 162 compuseram a amostra final analisada¹⁸.

A disciplina para tornar esta pesquisa mais exaustiva deu-se a fim de que os achados pudessem ser os mais fidedignos possíveis do retrato da posição desses tribunais. Desse modo, este trabalho visou explorar a evolução jurisprudencial do TJSP e do STJ ao longo dos anos e verificar a aplicação da teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada, no percurso de se entender quais critérios foram utilizados para realizar a “mitigação”.

15 Utilizar os parênteses e o operador “OU” permitiu que a busca revertisse todos os acórdãos em que fosse citada alguma das duas expressões.

16 Foram estes: AgInt no AREsp 1121877; AgRg no CC 39914; AgRg nos EDcl no Ag 505758; CC 32268; CC 32270; CC 32273; CC 35101; CC 35998; CC 36236; CC 36350; CC 39965; REsp 235200; REsp 441940; REsp 661137; REsp 684613; e REsp 746885.

17 Foi avaliada a relevância do acórdão para se responder à pergunta de pesquisa. Os julgados que não tratavam do tema foram desconsiderados, daí a análise qualitativa para abranger apenas aqueles que discutiam o reconhecimento ou não da hipossuficiência para aplicação do CDC. Julgados que tratavam de gratuidade de justiça ou competência recursal, por exemplo, foram excluídos da amostra final analisada.

18 A coleta dos acórdãos foi realizada valendo-se da ferramenta Planilhas Google, cujo acesso pode ser realizado através do seguinte endereço: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1GU_3oBYGbhaGLN5xNJTdMmvKp3lZY-vROW-_Yaf-PXMw/edit?usp=sharing.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO TJSP

No caso do TJSP, foram analisados 162 acórdãos. Destes, 21 tiveram pessoas jurídicas como arrendatárias. Os 141 restantes envolveram pessoas físicas nessa posição, as quais versaram, em sua maioria, sobre arrendamento de veículos automotores. A fim de melhor entender os critérios utilizados pelo Tribunal no debate sobre hipossuficiência, a análise dos argumentos foi dividida entre aqueles que envolveram pessoas físicas e os que envolveram pessoas jurídicas

4.1. PESSOAS FÍSICAS

Dos 141 acórdãos que tinham pessoas físicas como arrendatárias, em apenas 11 situações não foi aplicado o CDC. Em razão disso, foi possível inferir que a jurisprudência do TJSP tende à aplicação do código consumerista aos casos de contrato de arrendamento mercantil, quando a arrendatária é pessoa física.

O critério para aplicação do subsistema de direito do consumidor não se mostrou claro e sistematizado. A fim de atrair o CDC, os julgadores valeram-se, em sua maioria, da Súmula 297 do STJ (“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”¹⁹), em argumentação rasa. Essa Súmula apareceu em 75 acórdãos, sem que fossem expostos os motivos que tornaram as normas do Código Civil subsidiárias e atraíram para um contrato de natureza não consumerista a disciplina do CDC.

Em verdade, o contrato de *leasing* pode estar sendo utilizado como substituto do financiamento com alienação fiduciária, com finalidade de consumo. Contudo, na maior parte dos acórdãos analisados, os julgadores não discutiram o tema, apenas admitindo que bastava ter sido celebrado com instituição financeira. Exemplo disso é a Apelação Cível (AC) 0000946.77.2012.8.26.0607: “Primeiramente, cumpre observar que a presente relação jurídica é de consumo e deve ser analisada de acordo com as disposições da Lei 8078/90, na forma da orientação trazida pela Súmula 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça”²⁰.

Por sua vez, em outros 35 acórdãos não foi possível identificar claramente a motivação para que

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 297**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 7 mai. 2023.

20 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 0000946-77.2012.8.26.0607**. Relator: Des. Cláudio Hamilton. São Paulo. J. em 18 mar. 2014.

o magistrado afastasse a aplicação ordinária do Código Civil. Nesses casos, os julgadores mencionaram apenas a aplicação do CDC ao caso em discussão. Assim como nas hipóteses em que a Súmula 297 foi citada, não foram identificados critérios para explicar por que se trataria de uma relação consumerista, e não civil ou empresarial.

Ao revés, parece que a incidência do diploma consumerista se fez pela percepção do juiz sobre as circunstâncias de cada caso. Assim exemplifica a AC 0104092-67.2008.8.26.0222: “Ora, tratando-se de evidente relação de consumo - passível de inversão do ônus da prova - e tendo o réu alegado que o autor não cumpriu suas obrigações contratuais”²¹.

Por último, foram identificados 20 casos em que os julgadores apresentaram indícios de critérios para aplicação do CDC. Nessas hipóteses, atestou-se a incidência da Súmula 297, buscou-se identificar a finalidade do bem adquirido e se fez uso dos artigos 2º, 3º e 17 do CDC. Além disso, foram mencionados critérios do Código Civil, como a valorização do *pacta sunt servanda* ou a indicação da finalidade da aquisição do bem – se para uso próprio ou não.

4.2 PESSOAS JURÍDICAS

Já nas decisões sobre *leasing* com pessoas jurídicas como arrendatárias, não há uniformidade quanto ao afastamento do Código Civil e atração do diploma consumerista, nem quanto aos critérios utilizados para tanto. A natureza empresarial do contrato e a inserção das empresas partes do contrato no universo da circulação de bens e serviços não se mostraram razões suficientes para obter certeza jurídica quanto ao diploma legal a ser utilizado. Em 18 dos 21 casos com pessoa jurídica como arrendatária no TJSP foi reconhecida a possibilidade de aplicação do CDC. Contudo, a aplicação do diploma só foi realizada em 13, de modo que apenas 8 casos foram resolvidos, exclusivamente, à luz do Código Civil e da legislação específica.

O principal critério utilizado pelos desembargadores foi o da finalidade à qual o bem objeto do contrato se destina, tendo aparecido em 6 acórdãos. Buscou-se saber se o arrendatário passou a figurar como consumidor ou não a partir da destinação que deu ao bem. Se o bem arrendado é utilizado para criação ou incremento da atividade econômico-produtiva, não há que se falar em aplicação do CDC.

Exemplo disso é a AC 9272920-54.2008.8.26.0000:

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 0104092-67.2008.8.26.0222**. Relator: Pereira Calças. São Paulo. J. em 13 jul. 2011.

Em resumo, de rigor o reconhecimento de que a mera existência de contrato bancário, (sic) não é suficiente para implicar no reconhecimento da natureza consumerista da relação entre as partes, tendo em vista que não restou comprovada nos autos a hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da autora, a fim de justificar a aplicação excepcional do CDC, ante a teoria finalista mitigada.²²

Como regra, faz parte da atividade da empresa o bem que não terá a própria empresa como destinatária final. Entretanto, nem sempre é fácil precisar qual seria a finalidade da destinação do bem que permitiria ou não o reconhecimento da hipossuficiência nesses contratos. Exemplo disso foi a AC 9120446-35.2007.8.26.0000²³, na qual foi trazida consideração diferente sobre o que seria insumo à atividade, prejudicando diretamente a utilização do argumento, uma vez que se caracteriza o bem que integra a cadeia produtiva de forma diferente.

Outro argumento bastante utilizado foi, assim como nos contratos com pessoa física arrendatária, a Súmula 297 do STJ. O ensinamento sumular foi citado cinco vezes na fundamentação para não aplicação do Código Civil na relação entre arrendador e arrendatária. No entanto, assim como comentado no item anterior, a argumentação dos acórdãos se mostrou bastante semelhante e, por vezes, igual àqueles direcionados aos arrendatários pessoas físicas, assertando-se apenas que se tratava de relação com instituição financeira e, por isso, incidiria a tutela do CDC.

Outros 5 acórdãos não foram claros nos argumentos para afastar a aplicação do CDC. Foram utilizados argumentos relacionados a critérios existentes no Código Civil capazes e adequados a solucionar a questão e relacionados à organização da empresa, seja por seu porte, organização societária ou elementos que atestem vulnerabilidade técnica. Sobre esse último argumento, porém, não foram expostos parâmetros para que fossem verificados.

Em suma, o principal critério utilizado pelo TJSP para aplicar ou não o CDC nos contratos de *leasing* foi a destinação do bem arrendado. A adoção desse critério está relacionada à adoção pelo STJ da teoria finalista mitigada, como se depreende na AC 9272920-54.2008.8.26.0000:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros
Em nova análise quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, há que se reconhecer que o C. STJ possui jurisprudência, agora pacífica, no sentido de que inaplicável o reconhecimento de relação de consumo em casos como o presente. Isso porque se está diante de contrato de Arrendamento Mercantil destinado à aquisição de bens para implementação de atividade negocial (de forma que que a OGGI não é propriamente destinatário final da operação), conforme contrato de fls. 31/39, sendo certo que a arrendatária não demonstrou situação de vulnerabilidade capaz de justificar a aplicação do CDC ao caso concreto com base

22 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 9272920-54.2008.8.26.0000**. Relator: Des. Ricardo Chimentí. São Paulo. J. em 10 fev. 2022.

23 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 9120446-35.2007.8.26.0000**. Relator: Des. Antonio Maria. São Paulo. J. em 6 out. 2009.

na teoria finalista mitigada.²⁴

Desse modo, caso a aquisição esteja destinada à criação ou ao incremento da sua atividade econômica, não se tratará de hipótese de atração do diploma consumerista.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Na jurisprudência do STJ, é de se destacar o Recurso Especial (REsp) 235.200, julgado em 24 de outubro de 2000 pela sua Terceira Turma. Neste, o relator Ministro Menezes Direito defendeu estar enquadrada a pessoa jurídica arrendatária como consumidora, independentemente da destinação do bem arrendado. *In casu*, a empresa arrendou determinada quantidade de carros para realizar prestação de serviço de transporte. Para o Ministro, a pessoa jurídica seria consumidora do serviço de arrendamento, pouco importando a destinação dada; daí ser aplicável o CDC. De acordo com essa posição, o CDC seria aplicável a todos os contratos de arrendamento mercantil, razão pela qual não foi discutido o reconhecimento ou não da hipossuficiência.

O contrato entre elas está submetido ao Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o arrendamento é serviço remunerado de locação de coisa com alternativa de compra. O fato de o arrendamento destinar-se a bem que será utilizado pela arrendatária nas suas atividades comerciais não retira a configuração abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso, a arrendatária é a consumidora final do bem arrendado, que com ela permanece, sendo diverso o serviço que presta ao público como transportadora.²⁵

No REsp 441.940, sob relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 07 de abril de 2003, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento de serem aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil as regras do CDC. No acórdão, foi discutido se as cláusulas de reajuste cambial seriam ou não abusivas, à luz do artigo 6º do Código consumerista. Ribeiro entendeu existir hipossuficiência do consumidor (pessoa física), em razão de este não dispor de mecanismos financeiros para controlar o grau de exposição ao risco cambial, ao contrário do banco, que pode buscar empréstimo no exterior para financiar operações no país, por exemplo. A cláusula de reajuste cambial

24 *Idem* nota anterior.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 235.200/RS**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 24 out. 2000.

seria abusiva e, em razão disso, nula²⁶.

Reconhecida a aplicação do CDC, foram provocados conflitos de competência quanto ao foro competente para a propositura de ações judiciais. Isso ocorreu porque o inciso I do artigo 101 do CDC²⁷ permite ao consumidor propor a ação em seu domicílio, enquanto os contratos de *leasing* continham cláusula de eleição de foro²⁸, através da qual, geralmente, elegia-se o Foro da Cidade de São Paulo para análise de qualquer conflito.

No Conflito de Competência (CC) 35.101, o arrendamento teve por objeto a aquisição de aparelhos para diagnóstico médico, os quais custaram 288 mil dólares, para que fossem arrendados durante cinco anos para empresa de diagnóstico médico. Nesse caso, a Segunda Seção do STJ, por unanimidade, afirmou não ser possível reconhecer a hipossuficiência da pessoa jurídica em razão da natureza do contrato. Em razão disso, mesmo que a situação pudesse ser classificada como relação de consumo, não seria hipótese de anulação da cláusula de eleição de foro, porque ausente a hipossuficiência

(...) não se reconhece ao comprador de maquinário semelhante a condição de hipossuficiente, cuja defesa estaria cerceada pela dificuldade de deduzi-la fora de seu domicílio, independente de consubstanciar-se relação de consumo, devendo prevalecer o foro eleito livremente pelas partes.²⁹

No CC 35.998, a Segunda Seção do STJ considerou também ser relevante o porte da empresa arrendatária. Desse modo, se se tratar de empresa de grande porte, não poderia ser reconhecida a situação de hipossuficiência³⁰. Por sua vez, no CC 39.365, o relator Ministro Fernando Gonçalves defendeu a aplicação do CDC aos contratos de *leasing*, contudo, a hipossuficiência da parte deveria ser revelada através do vulto e da natureza do contrato. Caso não estivessem presentes, prevaleceria o foro eleito, pouco importando ser ou não relação de consumo³¹. Essas questões também foram discutidas e

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 441.940/SP**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. J. em 7 abr. 2003.

27 “Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor”. Cf. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 7 mai. 2023.

28 As cláusulas de eleição de foro eram admitidas tanto no regime do Código Civil (CC) de 1916, quanto no do CC/2002.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 35.101/SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília. J. em 12 jun. 2002.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 35.998/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 28 mai. 2003.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 39.365/SP**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. J. em 26 fev. 2004.

exploradas nos seguintes julgados: CC 32.270³², CC 32.273³³, CC 36.650³⁴, CC 36.236³⁵, CC 32.268³⁶ e AgRg no CC 39.914³⁷.

Foi a partir do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento (AgRg nos EDcl no Ag) 505.758, julgado em 16 de março de 2004, que apareceram contornos mais claros das hipóteses de aplicação do CDC. Nesse caso, o Ministro Menezes Direito, ao revés da sua posição externada no REsp 441.940, defendeu ser inaplicável a regra consumerista do inciso I do artigo 101 do CDC, quando o bem arrendado estiver destinado ao incremento da cadeia produtiva da empresa. Seria preciso haver demonstração da situação de hipossuficiência da parte, a qual deve comprovar impossibilidade de “apresentar regular representação processual no foro eleito”³⁸. Também no REsp 661.137, julgado em 26 de abril de 2005, exigiu-se a demonstração da hipossuficiência da arrendatária. Na hipótese, os Ministros da Quarta Turma do STJ assinalaram não ser aplicável, *in casu*, o CDC, e ser válida a cláusula de eleição de foro, porque não comprovada sua hipossuficiência. Destacaram, em referência ao Tribunal de origem, que o contrato celebrado não foi um contrato qualquer, mas “texto específico para o caso concreto, envolvendo bens importados de elevadíssimo valor em dólar norte-americano”³⁹.

O ponto de inflexão é o REsp 684.613, julgado em 21 de junho de 2005. Neste, os Ministros da Terceira Turma, admitiram a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária apenas de modo excepcional: (a) quando demonstrada a hipossuficiência no caso concreto; ou (b) por equiparação, nas situações dos arts. 17 e 29 do CDC. Para esse reconhecimento, podem ser analisados: o porte econômico da arrendatária; o porte econômico do contrato celebrado; o assessoramento por profissionais capacitados para a celebração do negócio; a destinação do bem arrendado; e o valor do capital social da empresa. Esses quesitos podem demonstrar ausência de meios suficientes, econômicos e técnicos, o que atrai o reconhecimento da hipossuficiência e a aplicação do diploma consumerista. Nesse caso, a Terceira

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.270/SP**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília. J. em 10 out. 2001.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.273/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão: Ministro Castro Filho. Brasília. J. em 12 dez. 2001.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 36.650/RS**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. J. em 6 fev. 2003.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 36.236**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, [2002].

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.268**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, [2001].

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC n. 39.914/SP**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília. J. em 24 mar. 2004.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no Ag n. 505.758/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 16 mar. 2004.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 661.137/SP**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. J. em 26 abr. 2005, p. 7.

Turma abandonou a posição externada no REsp 235.200 e começou a indicar o sentido em que caminharia a jurisprudência da Corte nos anos seguintes⁴⁰.

Já no AgRg no Ag 828.618, a Quarta Turma do STJ, em julgamento de 6 de setembro de 2011, sob relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, seguiu o entendimento que vinha sendo reconhecido pela Corte. Na oportunidade, considerou, referindo-se ao Tribunal de origem, a falta de transparência nos índices calculados pelo banco como circunstância que denotaria a hipossuficiência da arrendatária (*in casu*, pessoa física). No entanto, em razão das Súmulas 5 e 7 do STJ⁴¹, afastou-se a discussão a respeito da comprovação⁴². Essa também foi a situação do AgInt no AREsp 1.121.877, julgado pela Terceira Turma do STJ em 23 de novembro de 2017, em que se consignou que o arrendamento para implementar ou incrementar sua atividade comercial, seja para pessoa física ou jurídica, afastaria a aplicação do CDC⁴³.

Por último, no REsp 746.885, julgado pela Quarta Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, a Corte firmou o entendimento de que não é aplicável o CDC nas hipóteses de *leasing* na modalidade *lease back*; ou quando o arrendamento está dirigido à ampliação do capital de giro ou ao fomento da atividade empresarial. Desse modo, afirmou o Relator ter a jurisprudência do STJ seguido a teoria finalista, porque não estava presente a figura de consumidor prevista no artigo 2º do CDC. Contudo, em sua argumentação, o Relator admitiu a mitigação desses critérios e permitiu a aplicação do CDC, quando “caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência” – técnica, jurídica ou econômica. Apesar disso, a demonstração do atendimento dessas condições deve ser realizada pelo Tribunal de origem, não pelo STJ, em razão das Súmulas 5 e 7, como exposto anteriormente⁴⁴.

Em suma, diante do material analisado, é possível afirmar que, ao longo dos últimos vinte anos, a jurisprudência do STJ avançou para restringir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com pessoa jurídica empresária. Se, de início, a regra era a aplicação ampla e irrestrita do CDC aos contratos de *leasing*, o estado atual da jurisprudência da Corte exige a demonstração

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 684.613/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. J. em 21 jun. 2005.

41 Súmula 5: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”; Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 5**. Brasília, [s.d.]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula5.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Brasília, [s.d.]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag n. 828.618/PR**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília. J. em 6 set. 2011.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.121.877/RJ**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. J. em 23 nov. 2017.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 746.885/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília. J. em 18 dez. 2014.

da hipossuficiência no caso concreto. Os critérios utilizados pelo STJ são, em geral: a destinação do bem arrendado, o porte econômico da arrendatária, o porte econômico do contrato celebrado, o assessoramento por profissionais capacitados no momento da celebração do negócio e o valor do capital social da empresa. Entretanto, não foram identificados parâmetros claros na jurisprudência do STJ para a avaliação de cada um desses critérios, os quais, conforme tem sido exposto nos julgados mais recentes, não poderão ser analisados pela Corte em virtude das Súmulas 5 e 7.

6. CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa de jurisprudência, este trabalho se esforçou em responder à pergunta inicial: quais critérios são utilizados pelo STJ e pelo TJSP para reconhecimento da hipossuficiência no contrato de *leasing*? Para isso, foi analisado um conjunto de 177 decisões.

No caso do TJSP, foram identificados alguns critérios esparsos, a depender do julgador, mas que não se encontram sistematizados. Finalidade dos bens arrendados, porte da empresa e capital social da empresa foram alguns dos utilizados. Em sua maioria, os acórdãos não se esforçaram em argumentar por qual razão se aplicaria ou não o diploma consumerista às pessoas físicas ou jurídicas.

Por sua vez, a jurisprudência do STJ demonstrou clara evolução na separação entre direito comercial e direito do consumidor. Enquanto as decisões mais antigas confundiam as sistemáticas de cada campo do direito, a provocação da Corte em casos de validade de cláusula de eleição de foro e de cláusula de reajuste cambial permitiu aos julgadores mudarem o entendimento inicialmente adotado e restringirem a aplicação do CDC. Quanto aos critérios para reconhecimento da hipossuficiência, foi possível identificar a adoção de critérios claros. No entanto, não se obteve sucesso em esclarecer quais parâmetros deverão ser observados em cada um desses critérios, os quais dependerão da análise do julgador no caso concreto.

A evolução da jurisprudência do STJ e do TJSP – adotando a teoria finalista mitigada – vai na linha do esforço empreendido pelo direito comercial nas últimas décadas, a fim de distinguir o regime mercantil daquele de proteção ao consumidor. A subversão da lógica própria de cada um, ao revés de fomentar estabilidade, ataca os princípios da segurança e previsibilidade, impactando os custos de transação, e coloca em suspenso o princípio da obrigatoriedade dos contratos, em especial quanto ao

respeito à alocação de riscos feita pelas partes.

Futuras pesquisas podem analisar a evolução jurisprudencial da matéria em Tribunais de outros estados. Também podem se debruçar sobre as diferenças entre o contrato de *leasing* com arrendatária pessoa física e o contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Os resultados podem ajudar a esclarecer as dificuldades aqui identificadas e podem servir de apoio para a futura tomada de decisão pelos julgadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 4977 de 16/12/21**. Disciplina as operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4977>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6099.htm#:~:text=LEI%20N%C3%B0%206.099%2C%20DE,mercantil%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 7 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.121.877/RJ**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. J. em 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag n. 828.618/PR**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília. J. em 6 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC n. 39.914/SP**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília. J. em 24 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no Ag n. 505.758/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 16 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.268**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, [2001].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.270/SP**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília. J. em 10 out. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 32.273/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão: Ministro Castro Filho. Brasília. J. em 12 dez. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 35.101/SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília. J. em 12 jun. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 35.998/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 28 mai. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 36.236**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, [2002].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 36.650/RS**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. J. em 6 fev. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 39.365/SP**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. J. em 26 fev. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 235.200/RS**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. J. em 24 out. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 441.940/SP**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília. J. em 7 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 661.137/SP**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. J. em 26 abr. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 684.613/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. J. em 21 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 746.885/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília. J. em 18 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 5. Brasília**, [s.d.]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula5.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7. Brasília**, [s.d.]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 297**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 7 mai. 2023.

FORGIONI, P. **Contratos empresariais**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva,

2019.

OLIVEIRA, L. F. S. A fragilidade/hipossuficiência nos contratos eletrônicos empresariais de massa e a contribuição do novo Código de Processo Civil para o Direito Empresarial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 20, n. 50, p. 71-91, jul.-ago./2019. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n50_04_a_fragilidade_hipossuficiencia.pdf?d=637104652724127659. Acesso em: 18 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 0000946-77.2012.8.26.0607**. Relator: Des. Claudio Hamilton. São Paulo. J. em 18 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 0104092-67.2008.8.26.0222**. Relator: Pereira Calças. São Paulo. J. em 13 jul. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 9120446-35.2007.8.26.0000**. Relator: Des. Antonio Maria. São Paulo. J. em 6 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 9272920-54.2008.8.26.0000**. Relator: Des. Ricardo Chimenti. São Paulo. J. em 10 fev. 2022.

SOUZA, R. de O. **Da hipossuficiência**. [s.l.], [s.n.], [s.d.]. Disponível em: [https://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136#:~:text=A%20hipossufici%C3%Aancia%20deve%20ser%20analisada,t%C3%A9cnica\)%20e%20a%20hipossufici%C3%Aancia%20jur%C3%ADdica](https://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136#:~:text=A%20hipossufici%C3%Aancia%20deve%20ser%20analisada,t%C3%A9cnica)%20e%20a%20hipossufici%C3%Aancia%20jur%C3%ADdica). Acesso: 18 nov. 2023.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641826/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: Contratos**. Barueri, São Paulo: Atlas, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772773/>. Acesso em: 20 nov. 2023

A INFLUÊNCIA DA REALIDADE CULTURAL COMO ELEMENTO DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO PARALELO BRASIL-FILIPINAS

THE INFLUENCE OF THE CULTURAL REALITY AS AN ELEMENT OF CONSTITUTIONAL MODIFICATION OF THE BRAZIL-PHILIPPINES PARALLEL

Henrique Neubauer¹

Data de Submissão: 8/5/2023

Data de Aceite: 27/11/2023

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar um paralelo entre Brasil e Filipinas com o intuito de compreender como aspectos culturais e históricos são fatores determinantes para a produção de emendas constitucionais, produzindo resultados distintos, apesar da adoção de uma estrutura constitucional semelhante. Da mesma forma, pretende-se investigar como as funções interpretativas das Supremas Cortes substituem as mudanças formais por métodos mais rápidos e menos conflituosos.

Palavras-chave: Emenda. Constituição. Brasil. Filipinas. Cultura.

Abstract: *The purpose of this article is to draw a parallel between Brazil and the Philippines in order to understand how cultural and historical aspects are determining factors for the production of constitutional amendments, producing distinct results, despite the adoption of a similar constitutional structure. Likewise, it is intended to investigate how the interpretive functions of the Supreme Courts replace formal changes with faster and less conflicting methods.*

Keywords: *Amendment. Constitution. Brazil. Philippines. Culture.*

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (2009). Exerceu a advocacia privada entre os anos de 2010 a 2013. É Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, desde dezembro de 2013. Possui especialização em Direito Constitucional, pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (2013). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público

1. INTRODUÇÃO

A transição de regimes ditatoriais para uma democracia liberal foi o grande giro experimentado pelo século XX, que presenciou a derrota de regimes autoritários, como o nazismo, assim como de diversas ditaduras que existiram na América Latina. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, relevantes transformações ocorreram em todo globo, tendo como ponto inicial a própria Europa, que presenciou a ascensão da centralidade dos novos regimes em uma Constituição, servindo não apenas como um instrumento político, mas, também, normativo. Essa mesma experiência foi compartilhada pela América Latina, já nos anos 70 e 80.

Assim, é inegável que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vencedora do final do século XX, fortemente estruturado na garantia de direitos fundamentais; um regime democrático; e na existência de uma jurisdição constitucional². No Brasil não foi diferente, com o fim do regime militar, em 15 de março de 1985, ocasião em que o General João Batista Figueiredo saiu pela porta dos fundos, sem passar a faixa presidencial para seu sucessor. A data marca o término de um período de 21 anos de regime militar, cujo início se deu por meio de um golpe de Estado, em 1º de abril de 1964, com a destituição de João Goulart da presidência da república.

Do outro lado do planeta, um ano antes da promulgação da Constituição Federal do Brasil em 1988, as Filipinas também romperam com o regime militar e promulgaram uma Constituição democrática. Curiosamente, o País asiático também enfrentou 21 anos de ditadura militar, mas sem alternância, nas mãos de Ferdinando Marcos, que governou apoiado por uma lei marcial³. Da mesma forma que ocorreu no Brasil, o regime ditatorial filipino combateu a insurgência com violência, mediante inúmeros assassinatos – inclusive de líderes da oposição – e atos atentatórios aos direitos humanos. Sua decadência ocorreu com a retirada do apoio norte-americano, em 1983⁴, e um movimento cívico-militar que resultou na fuga de Marcos. Esse vácuo de poder foi preenchido pela presidência de Corazón Aquino, de forma interina, até a realização de eleições democráticas.

Apesar das diferenças culturais típicas entre Países da América Latina e Asiáticos, é importante entender que existe uma similitude relevante entre a ditadura militar experimentada por ambos, assim

2 BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: **The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>.

3 GATMAYTAN, Dante. Constitutional Change as Suspect Projects: **The Philippines**. 14 J. Comp. L. 139, 2019.

4 A relação entre Estados Unidos da América e Filipinas pode ser encontrada em relatórios oficiais: <https://www.state.gov/u-s-relations-with-the-philippines>.

como o projeto constituinte que foi inaugurado após o rompimento com o regime anterior. Ambos instituíram um Estado democrático de direito, promulgaram Constituições prevendo um catálogo de direitos fundamentais, estabeleceram um sistema de governo presidencialista – embora as Filipinas adotem uma modelo unitário – e definiram que a guarda da Constituição caberá a um Supremo Tribunal, que além de exercer as funções típicas de Corte Constitucional, possuem competência para julgamento de autoridades e revisão recursal⁵.

As duas Constituições foram forjadas na redemocratização e possuem alto grau de similaridade, principalmente quanto ao projeto de Estado que se estabeleceu, no entanto, os anos que sucederam mostraram que cada País experimentou duas circunstâncias aparentemente distintas. Enquanto a Constituição brasileira passou por cento e vinte e oito emendas, a constituição filipina não foi emendada nenhuma vez. Os dois Países adotam procedimentos específicos e rígidos para modificações do texto constitucional, mas determinadas circunstâncias históricas, sociais e culturais são preponderantes para que a realidade de cada País tenha seguido por caminhos distintos.

2. CULTURA BRASILEIRA DE EMENDA E A ULTRAFLEXIBILIDADE

Devido ao período conflituoso durante o regime militar, houve certo cuidado especial durante a assembleia nacional constituinte para se fortalecer as instituições de Estado, com o objetivo de sustentar os pilares da democracia que se erguia após vinte e um anos. Ao estruturar o Estado brasileiro, os constituintes atribuíram forte importância ao sistema representativo, ao instaurar um regime de representação baseado em partidos políticos. Essa decisão política inseriu o parlamento como principal órgão no processo legislativo constitucional.

Para alterar a Constituição Federal brasileira é necessário ser observado o procedimento de seu artigo 60, que prevê os legitimados a deflagrar o processo legislativo de modificação, bem como a regra de votação a ser realizada em ambas as casas legislativas⁶. Por possuir um procedimento mais rigoroso

⁵ A comparação entre as duas Constituições pode ser observada em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force&status=is_draft&compare=Brazil_2017&compare=Philippines_1987

⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III

do que aquele exigido para a aprovação das normas ordinárias, a estrutura constitucional demanda uma maioria qualificada – ou supermaioria –.

A exigência de um *quórum* de três quintos é suficiente para se concluir pela necessidade de uma coalizão robusta para emendar a Constituição, de maneira que o desejo de alterar o texto precisa da concordância de eventual oposição. Afinal, o sistema político brasileiro, principalmente a estrutura político-partidária, caracteriza o Brasil como um presidencialismo de coalizão⁷. Dessa forma, somente com consentimento da maior parte do espectro político seria viável alterar as normas constitucionais, realidade que, em teoria, a tornaria rara e dificultosa.

Ocorre que na prática se observa o contrário, haja vista que em quase trinta e cinco anos de existência, houve cento e vinte e oito emendas⁸, sendo que a primeira ocorreu com quatro anos de promulgação da Constituição Federal de 1988. Com uma média de três emendas por ano, pode parecer estranho justificar algum grau de rigidez. Esse fator chamou a atenção de Tom Ginsburg e James Melton⁹ em estudo sobre a importância das regras de modificação constitucional e a cultura da emenda. Ao analisarem a realidade brasileira, eles classificaram a cultura brasileira de realizar emendas como ultraflexível, sob a compreensão de que existe uma baixa resistência a essas alterações pontuais. A justificativa para essa postura seria o alto custo de uma substituição total, frente a necessidade constante de modificação¹⁰.

Conforme foi mencionado pelos autores, dentro das diversas Constituições brasileiras, a de 1988 foi mais emendada que suas antecessoras, apesar de possuir um procedimento mais rígido, sua conclusão é que o elemento cultural foi preponderante para esse fim, de forma que não se pode justificar esse fenômeno, unicamente, na configuração política ou no processo legislativo¹¹.

- a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa..

7 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Companhia das Letras, 1ª edição. São Paulo, 2018.

8 A última alteração ocorreu por meio da emenda número 128/2022, promulgada em 22 de dezembro de 2022.

9 GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendments Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty, 13 Int'l J. Const. L. 686 (2015).

10 The constitutions of India, Mexico, and Brazil, to take three prominent examples, are amended nearly every year. Such constitutions have the virtue of being frequently changed through internal mechanisms, avoiding the more costly route of a total replacement. In such countries, we argue that the stakes of amendment are lower, and so cultural resistance to amendment is less than in societies where it is infrequent. GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Op. cit.*

11 Several Brazilian constitutions were easier to amend than the 1988 Constitution. For instance, the 1824 Constitution, which was in force until 1891, was never amended, even though the procedure only required approval by ordinary majorities in both houses in two separate legislatures, and both the 1937 and 1946 Constitutions only required ordinary majority votes in both houses in two legislative sessions. The current Constitution has a similar procedure to these earlier constitutions, but it requires a 60% majority. When combined with a significant increase in the number of political parties since 1988, the relatively difficult procedure articulated in the 1988 Constitution would lead one to expect that constitutional amendments would be less likely after 1988 than in earlier periods of the country's history. In fact, we observe just the opposite. GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Op. cit.*

Em contraposição a essa análise, Benvindo¹² observa que o grande número de emendas esconde a profundidade das modificações. Isso porque a maior parte das alterações teve como objeto questões que não interferiram em verdadeiras “decisões políticas fundamentais”¹³. Poucas transformações no texto teriam atingido regras do sistema de governo ou, mesmo, direitos fundamentais, de maneira que, mesmo nesses casos, não teria ocorrido variação substancial.

Essa advertência é relevante como alerta para o perigo de se realizar uma análise meramente quantitativa, especialmente em um cenário onde a Constituição em análise é prolixa e regulamenta inúmeros aspectos da sociedade brasileira, em seus duzentos e cinquenta artigos. É preciso considerar ainda, nessa observação, que existem limites não apenas formais, mas materiais, ao poder reforma. Além disso, essas limitações podem estar expressas no texto constitucional ou serem implícitas, o que exige revelação pela via da hermenêutica¹⁴. Por esse motivo, Juliano Benvindo reforça que quando a modificação é mais delicada, se torna mais difícil emendar a constituição brasileira.

Mesmo assim, algumas medidas polêmicas foram aprovadas e impactaram sobremaneira a estrutura social brasileira, como, por exemplo, a emenda constitucional n. 95/2016 que limitou os gastos públicos por vinte anos, muito embora existam autores que não consideram esta espécie de modificação como uma emenda comum, aproximando-se, mais, de um desmembramento constitucional¹⁵.

Nessa conjuntura, a observação de Ginsburg e Melton é correta, embora sua conclusão falhe ao deixar de lado a análise qualitativa que Benvindo acrescenta sobre a discussão. Dessa forma, apesar da grande quantidade de emendas constitucionais, a maior parte não corresponde a modificações da estrutura essencial, circunstância que pode se alterar com o passar do tempo, a depender do estágio cultural que a sociedade se encontre, da mesma maneira que já ocorreu no passado.

Outro ponto de grande importância é a participação popular no processo legislativo de emenda constitucional. Conforme redação do artigo 60, somente seriam legitimados a deflagrá-lo o Presidente da República, um terço da Câmara dos Deputados ou Senado Federal e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação. Apesar de existir corrente doutrinária que

12 BENVINDO, Juliano Zaiden. A Taxa de Emenda Constitucional Brasileira: Uma Cultura de Mudança?, Int'l J. Const. L. Blog, 10 de agosto de 2016, em: <<http://www.iconnectblog.com/2016/08/the-brazilian-constitutional-amendment-rate-a-culture-of-change>>.

13 No texto original, o autor não faz referência ao conceito schmittiano, mas deixa claro que as emendas, em regra, não interferiram no cerne da Constituição Federal. Como o artigo foi escrito em língua inglesa, a palavra utilizada foi “core”.

14 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 248.

15 “A constitutional dismemberment is a deliberate effort to disassemble one or more of the constitution’s constituent parts, whether codified or uncoded, without breaking the legal continuity that is necessary if not useful for maintaining a stable polity. Dismemberment seeks to transform the identity, the fundamental values or the architecture of the constitution”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. Yale Journal of International Law, v. 43, 2018.

sustenta a possibilidade de apresentação de proposta de emenda à Constituição por iniciativa popular¹⁶, a posição majoritária é no sentido de que o citado rol seria taxativo. No mesmo sentido, também não existe consulta popular, seja por meio de plebiscito ou referendo.

A exclusão da participação popular no processo legislativo de emenda constitucional cria dois fenômenos. O primeiro é o aumento do *déficit* de legitimidade democrático sobre as modificações constitucionais, na medida em que a possibilidade de emendas fica restrita a uma determinada elite que domina as instituições, o que exclui o agente mais importante da vida constitucional, afinal, todo poder deveria emanar do povo. No mesmo sentido, é contraditória a possibilidade de iniciativa popular para a elaboração de leis ordinárias, mas não de uma emenda constitucional. O segundo é a impossibilidade do povo atuar como um *veto player*, impedindo que medidas duvidosas sejam aprovadas, circunstância que poderia gerar uma espécie de efeito moral sob as propostas apresentadas. Esta característica se revela fundamental em um País onde o descrédito das instituições aumenta e a representação parlamentar já não atende os anseios da sociedade. Em verdade, muitas das alterações constitucionais de hoje servem apenas de cortina de fumaça para concretizar projetos pessoais de determinadas autoridades, muitas, inclusive, antidemocráticas¹⁷.

Um fator que precisa ser levado em consideração nos estudos sobre as modificações do texto constitucional brasileiro é a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto seu guardião. Isso porque a última década testemunhou verdadeira transferência de poderes das instituições representativas para tribunais, fenômeno denominado como “juristocracia” (*juristocracy*), por Ran Hirschl¹⁸ e “supremocracia”, por Oscar Vilhena Vieira¹⁹. Essa constatação é observada, principalmente, em regimes pós-autoritários, desde países da Europa até a América do Sul. É inegável que a expansão da jurisdição constitucional é o fenômeno mais importante do constitucionalismo democrático, principalmente pela tendência à normatização da Constituição, associada à crise de representatividade do sistema político-partidário²⁰.

A partir da positivação dos mais variados temas no corpo da Constituição, a margem de atuação do Supremo Tribunal Federal também se expandiu, de modo a interferir diretamente em temas, até

16 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 5. ed., p. 56-57.

17 É importante refletir sobre o aumento da accountability parlamentar nos processos legislativos de emenda à Constituição, por meio de uma maior participação popular, especialmente para evitar a prática de um constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013), que tem se expandido na América Latina.

18 HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista Direito FGV. v. 04, N.º 02. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

20 GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Interinstitucionais*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>.

então, que encontravam-se limitados à esfera política. Apesar dessa circunstância gerar, em tese, uma espécie de tensão entre os Poderes Constituídos, estudos recentes demonstram que não existe uma preocupação com essa crescente atuação política do Supremo, ao contrário, executivo e legislativo toleram e incentivam essa proatividade, utilizando-se de seus caminhos e a considerando em seu cálculo político²¹. Muitas alterações constitucionais enfrentam alto grau de impopularidade e causam um desgaste profundo à política tradicional, sendo mais conveniente delegá-la ao Poder Judiciário. Essa modificação informal, em substância, possui a mesma finalidade de uma emenda constitucional. Assim, muitos temas que precisariam passar por um cansativo processo legislativo, com duas votações em cada casa e a necessidade de conquistar um quórum elevado, o que exige muita barganha política, pode, simplesmente, ocorrer por meio de uma decisão conjunta de onze ministros ou, inclusive, monocraticamente.

Nesse panorama é possível perceber que nem toda emenda constitucional, de fato, modifica aspectos essenciais da estrutura de uma Constituição, mas não é menos verdade afirmar que essa estrutura pode ser alterada com mais facilidade através de uma decisão da Suprema Corte. Diante desse aspecto, é preciso que as análises tenham por abrangência um espectro maior do que a simples modificação formal, especialmente pela possibilidade do contexto social-cultural, inclusive por estratégia política, optar por alterações via outros meios, que, em substância, correspondem a verdadeira emenda constitucional.

Um exemplo que evidencia essa circunstância é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a paridade de tratamento entre uniões homossexuais e heterossexuais²². Para proferir essa decisão, a Corte precisou realizar uma reconfiguração do texto do artigo 226, parágrafo 3o, o qual reconhece a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Para haver uma maior inclusão, bastaria proceder com uma emenda constitucional e adicionar os demais núcleos familiares ao texto da Constituição, no entanto, a Corte, por meio de produção judicial, expandiu seus efeitos, circunstância que não difere de uma modificação formal.

3. DESCONFIANÇA E O PATERNALISMO JUDICIAL NAS FILIPINAS

21 LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia. IDP. 2020.

22 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1987, as Filipinas passaram por duas outras Constituições. A primeira foi em 1935, serviu como preparação para a independência do País, que somente ocorreu em 1946. Já a segunda, de 1973, foi apenas instrumento de legitimidade para o regime ditatorial de Ferdinando Marcos. Ao assumir a presidência em 1965, Marcos promoveu uma série de reformas econômicas e sociais, contudo, ao projetar a Constituição de 1973, seu intento era aumentar e concentrar poderes no executivo. Mesmo com forte oposição, o regime atingiu seu intento por meio de muita violência e a edição de uma Lei Marcial (1981), que ocasionou verdadeira guerrilha contra maoístas e muçulmanos. Mesmo como vencedor das eleições de 1986, Marcos fugiu para o Havaí, em razão da suspeita de fraude eleitoral, circunstância que dividiu o exército e gerou temor de prisão ao ex-presidente, no que se chamou de Revolução do Poder Popular ou Revolução Edsa²³. Após, quem assume a presidência é Corazon Aquino, viúva de Benigno Aquino, opositor do regime anterior, assassinado em 1983.

Depois de vinte e um anos sob regime ditatorial, foi promulgada a Constituição Federal de 1987, chamada de Cha-Cha, que seguiu os mesmos moldes das Constituições democráticas do final do século XX. A nova Carta privilegia um sistema democrático, com eleições periódicas, sistema presidencialista unitário e a previsão de um catálogo de direitos fundamentais; seu texto constitucional continua o mesmo, apesar de passados trinta e seis anos de sua vigência. Diferenças procedimentais e culturais podem explicar essa conjuntura.

Para alterar a Constituição filipina, foram previstos três procedimentos próprios, conforme artigo XVII: a) a convocação de uma assembleia constituinte, votada por três quartos dos membros das duas casas, em votação separada; b) uma convenção constitucional, convocada por voto de dois terços de seus membros, de modo separado em ambas as casas, e com *quórum* deliberativo da maioria de todos os membros do Congresso Nacional, também por votação separada; e c) iniciativa popular de 12% de todo eleitorado, o que demanda a representatividade de, pelo menos, 3% de cada distrito. Independentemente da forma de modificação, todas são submetidas a plebiscito.

Assim, além de um *quórum* mais restrito para fins de inovação no texto constitucional, existe prévia participação popular. Esses dois elementos, por si só, podem justificar uma maior dificuldade na alteração, mas são insuficientes para explicar a razão da Constituição filipina nunca ter passado por

23 Before Edsa: Marcos Times, 1965-1986 from “Chronology of a Revolution”/1986. Disponível em: <http://www.stuartxchange.com/BeforeEdsa.html>.

emenda. Da mesma forma que ocorre com o Brasil, onde a estrutura cultural e participação da Suprema Corte tem papel fundamental na interpretação das normas, as Filipinas possuem particularidades que lhe são inerentes e apresentam pistas da razão sobre essa realidade.

Parte significativa dessa dificuldade está no ceticismo popular quanto às mudanças da regra do jogo, diante da forma como a ditadura de Marcos moldou a Constituição de 1973 para instituir um regime autocrático e colocar em xeque os anseios sociais. Mesmo que a atual Constituição tenha redemocratizado o País, sua elaboração ocorreu quando ainda se estava sob Lei Marcial. Conforme Dante Gatmaytan²⁴, Ferdinando Marcos utilizou-se de emendas para prorrogar seu mandato e isso foi uma espécie de traição da confiança do eleitorado, que carrega esse mesmo sentimento nos dias atuais. Logo, é importante entender que essa desconfiança gerada pelo regime ditatorial possui forte influência na percepção que o povo filipino tem sobre a necessidade de se estabelecer certa estabilidade no corpo normativo da Constituição. Essa marca do passado é um elemento cultural significativo que consegue moldar o desenvolvimento social sem romper com o que se definiu no período da redemocratização do País asiático.

Essa desconfiança faz parte do constitucionalismo que a comunidade filipina pretende para sua sociedade. A experiência traumática do passado ainda subsiste na mente da população. É como se o regime de Marcos ainda pautasse o modo de agir, de maneira que busca evitar a repetição de uma prática anterior que não deu certo. O fenômeno em questão pode ser comparado ao que Douglas Pinheiro²⁵ chamou de constitucionalismo espectral, ou seja, a perda como elemento constitutivo da experiência constitucional. Para demonstrar como o homem constrói a ponte entre presente e passado, o autor dialoga com a literatura apresentando duas obras: *La comemadre* e *Informe sobre ectoplasma animal*. O primeiro, conta a história do proprietário de um sanatório, em Buenos Aires, que pretendia replicar os estudos de um médico francês sobre a utilização da guilhotina enquanto instrumento punitivo, de forma que, seguindo determinado procedimento, seria possível ao decapitado, mesmo morto, ainda ter nove segundos de consciência. Já o segundo livro trata dos registros sobre espectros animais, que somente seria possível de visualização mediante a utilização de uma placa de cério.

As ilustrações são utilizadas como forma de representar a presença daqueles que em razão da morte já estão ausentes, seja por nove segundo ou eternamente, em cada situação. No caso filipino,

24 GATMAYTAN, Dante. *Op.cit.*

25 PINHEIRO, Douglas. O constitucionalismo espectral: **presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 20(3), 199-224. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1760>>.

mesmo a Constituição de 1987 ser o marco de seu constitucionalismo democrático, não é possível considerar apenas as demandas do presente, pois a sociedade precisará conviver com os espectros das experiências anteriores. O trauma do regime militar representa, justamente, a sobrevida espectral que permeia a desconfiança e reproduz nos presidentes seguintes o medo daquilo que foi experimentado no passado.

Uma análise sobre as propostas de emenda constitucional é capaz de revelar os motivos da desconfiança da sociedade na boa vontade de seus presidentes para com as mudanças do texto constitucional.

A primeira tentativa de mudança constitucional ocorreu no ano de 1987, na administração de Fidel Ramos, e tinha por objetivo permitir a reeleição para diversos cargos que dependiam de mandatos eletivos, assim como mudança na estrutura parlamentar, que deixaria de ser bicameral e passaria constituir em apenas uma única Casa. De acordo com Adolfo Azcuna²⁶, a proposta falhou pela impossibilidade de se propor uma revisão constitucional por meio de iniciativa popular, sendo permitida apenas mediante emenda. Essa questão chegou à Suprema Corte, que reconheceu a inviabilidade da via eleita para alterar a Constituição.

Joseph Estrada foi o segundo presidente a tentar alterar Cha-Cha, em 1999, cujo objetivo era, aparentemente, promover modificações econômicas, principalmente quanto ao investimento e aquisição de propriedades por parte de estrangeiros. No entanto, a tentativa não obteve sucesso pela desconfiança que a população teve sobre a real intenção do presidente acerca da mudança, afinal, temia-se que a extensão do mandato fosse a verdadeira intenção de Estrada²⁷.

A administração de Gloria Macapagal Arroyo tinha como meta a alteração da Constituição, desde as promessas de sua campanha política para as eleições de 2004. Depois de eleita, editou a Ordem Executiva nº 453, que estabeleceu uma Comissão Consultiva que apresentaria propostas de revisão constitucional. A Comissão apresentou parecer favorável a modificações no sistema parlamentar (para tornar o parlamento unicameral), abertura econômica, descentralização do governo (o presidencialismo filipino é unitário). Essa tentativa de modificação ocorreu por meio dos três métodos constitucionalmente viáveis, mas todos falharam. O procedimento de iniciativa popular não vingou por decisão da Suprema Corte²⁸ e os demais caminhos careceram do apoio necessário, por diversos segmentos da sociedade.

26 Disponível em: <https://www.rappler.com/newsbreak/iq/past-attempts-charter-change-philippines-failed>.

27 LA VIÑA, Antônio G.M.; ACERON, Joy G. The 1987 Constitution: To Change or Not to Change? Anvil Publishing, Inc. 5 agosto 2015.

28 GR. N. 174153. Disponível em: <https://www.chanrobles.com/scdecisions/jurisprudence2006/october2006/174153.php>.

O ex-presidente, Rodrigo Duterte, também se engajou nas propostas para modificar Cha-Cha. Assim como seus antecessores, ele buscou instituir um governo federal, porém parlamentarista, por considerar ultrapassado o sistema estabelecido pelo Estado unitário. Além disso, também estão incluídas análise sobre a proteção conferida à liberdade de expressão; extinção do gabinete do vice-presidente; criação de um gabinete chamado de *Office of the Ombudsman, and the Judicial and Bar Council*²⁹. Outros temas polêmicos são objeto de apreciação: impossibilidade de mudança de partidos políticos, pelos detentores de mandatos eletivos; e a vedação de parentes se sucederem em cargos políticos.

A opção de Duterte era a adoção de uma assembleia constituinte, por entender que se trata de uma escolha prática. No entanto, outra parcela dos defensores da reforma prefere que a modificação seja materializada por meio de uma convenção constitucional, diante da grande margem de poderes que a assembleia constituinte possui, devido ao alto custo dessa opção modificativa para todos os filipinos. Assim, até mesmo a forma que o presidente escolhe para proceder com as alterações é colocada sob suspeição. Duterte afirmou que os custos e celeridade de uma assembleia seriam menores do que uma convenção, mas a desconfiança no parlamento é tamanha que em recente pesquisa a Câmara dos Representantes registrou o índice de aprovação mais baixo, com 41%, em comparação com os 49% do Senado e 52% da Suprema Corte³⁰.

Um outro problema para modificar a Constituição filipina é que seu texto gera controvérsias, afinal, qualquer emenda ou revisão desta Constituição pode ser proposta, dentre outros, pelo Congresso, mediante uma votação de três quartos de todos os seus membros. A frase “todos os seus membros” criou dúvidas sobre a forma que deve ser interpretada: se votação separada em cada uma das Casas ou se as Casas devem votar em conjunto³¹. Ao final, decidiu-se que o parlamento deveria deliberar de forma separada, sendo uma votação no Senado e outra na Câmara dos Representantes.

Pela sucessão de tentativas de alteração do texto da Constituição filipina, é possível observar que todas elas possuem propostas semelhantes, com alguns pontos em comum. Existe uma forte tendência de modificação da estrutura de governo, principalmente o modelo unitário, seja presidencialismo ou parlamentarismo; a abertura econômica é uma pauta constante nos debates que permeiam as disputas políticas; e a reeleição se apresenta como um espectro que vive na desconfiança popular. Apesar de um

29 Proposta completa em: <https://www.rappler.com/nation/constitution-amendments-ombudsman-jbc-vice-president>.

30 Sobre a pesquisa realizada, de 4 de abril de 2016, e a desconfiança no parlamento: <https://www.rappler.com/nation/alvarez-pdp-laban-trust-congress>.

31 YUSINGCO, Michael Henry. **Why the Constitution of the Philippines has Endured for 31 Years Without Amendment?**, Int'l J. Const. L. Blog, Oct. 4, 2018.

discurso político que visa aperfeiçoar o Estado, as mudanças sempre foram vistas como um esquema dissimulado para prorrogar o mandato do presidente em exercício. Esse temor está enraizado na era de Marcos, onde o ditador usou a mudança constitucional para evitar os limites dos mandatos e alargar seu poder.

Adversários políticos de Duterte defenderam que não é possível confiar nele, principalmente quando afirmava que não possuía pretensão alguma em concorrer novamente à presidência³². No âmbito acadêmico também existem sérias dúvidas sobre a real intenção do ex-chefe do executivo em não tentar acabar com os limites do mandato, advertindo que 80% dos parlamentares pertencem a alguma dinastia política, bem como que existem dados empíricos apontando um profundo conflito de interesses³³.

Atual presidente, Bongbong Marcos, filho do ex-ditador, também já apresenta seus primeiros movimentos na tentativa de emendar a Constituição Federal. Grande parte dos agentes de Estado estão empenhados, pois compreendem que chegou o momento de mudanças ocorrerem.

O receio com mudanças constitucionais para aumentar o número de mandatos presidenciais não é uma peculiaridade filipina, esse temor é compartilhado por Países de diversos continentes. Processos autoritários geralmente iniciam com mudanças no limite dos mandatos, existindo doutrina sustentando que essas mudanças não poderiam ocorrer mediante emenda, mas por substituição da Constituição³⁴. Essa tese pauta-se na ideia de emendas constitucionais inconstitucionais, a qual defende que mesmo sob desenho constitucional em que disposições específicas na Constituição requeiram diferentes procedimentos para mudança ou que não haja características explícitas de prevenção a emendas abusivas, é necessária a intervenção do poder constituinte originário³⁵. Países como a Indonésia, cuja discussão está em pauta, advogam que não há um entrincheiramento na cláusula de limite de mandato, assim, a proposta de uma terceira reeleição seria justificável na ausência de proibição expressa da Constituição, de forma que o dispositivo poderia ser emendado normalmente.

Problema semelhante ocorreu em Honduras. No ano de 2015 a Suprema Corte possibilitou a reeleição presidencial no País, ao revogar o art. 239 da Constituição, que vedava essa prática. Ocorre que seis anos antes, o ex-Presidente Manuel Zelaya foi expulso, com apoio e ordem da mesma Suprema

32 Essa desconfiança pode ser vislumbrada no discurso de Leila de Lima, senadora de oposição: http://legacy.senate.gov.ph/press_release/2018/0404_delima1.asp.

33 A nota emitida pelos acadêmicos pode ser conferida em: <https://peaceprofessors.wordpress.com/>.

34 Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (New York: OUP, 2017).

35 Ver David Landau, Yaniv Roznai e Rosalind Dixon, *Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America*, in Baturo and Elgie eds., *Politics of Presidential Term Limits*.

Corte, por realizar consulta popular para permitir a reeleição. Curiosamente, o Brasil, até o momento, rechaça a possibilidade de extensão para um terceiro mandato presidencial. O que há, comumente, são propostas no sentido oposto, ou seja, extinguir a reeleição, apesar de, originariamente, inexistir a possibilidade do presidente concorrer a um segundo mandato, modificação que ocorreu mediante emenda constitucional³⁶.

Assim, percebe-se verdadeira influência cultural, com respaldo em um passado traumático, para impedir mudanças constitucionais via alteração formal de seu texto. No entanto, isso não significa que a sociedade filipina conserve os mesmos valores de trinta e seis anos atrás, afinal, desde então, muita coisa mudou no mundo como um todo e essa evolução não era previsível nos anos oitenta. Desde sua edição, a modificação constitucional ocorreu informalmente pela tradição de revisão judicial do País, ou seja, a atribuição da Suprema Corte de interpretar a Constituição. Sua lógica ficou estabelecida no caso *Angara vs. Comissão Eleitoral* (G.R. No. L-45081)³⁷, ocasião em que se fixou a tese de que a Constituição significa o que o Supremo Tribunal interpreta. Em recente discussão no âmbito do Senado, foi questionado se haveria possibilidade deste órgão interpretar a Constituição frente ao seu preâmbulo que afirma claramente que o “povo filipino soberano” que “ordenou e promulgou” a Constituição de 1987. Mesmo assim, o consenso foi de que não há nenhuma disposição específica na Constituição que atribua ao Senado o poder de interpretar a Constituição, de maneira que prevaleceu o estabelecido no caso *Pastor Endencia v. Saturnino David* (93 Phil. 696), em que a Suprema Corte categoricamente determinou que, de acordo com a Constituição, o Judiciário sozinho tem o poder de interpretar não apenas as leis, mas também a Constituição³⁸.

Essa cultura de abdicação da hermenêutica constitucional permeia a cultura filipina de tal maneira que as universidades ensinam Direito Constitucional somente por meio da jurisprudência,

36 HENDRIANTO, Stefanus. Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine in Indonesia, *Int'l J. Const. L. Blog*, Apr. 13, 2021, at: <http://www.iconnectblog.com/2021/04/term-limits-and-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-in-indonesia/>.

37 “When the judiciary mediates to allocate constitutional boundaries, it does not assert any superiority over the other departments; it does not in reality nullify or invalidate an act of the legislature, but only asserts the solemn and sacred obligation assigned to it by the Constitution to determine conflicting claims of authority under the Constitution and to establish for the parties in an actual controversy the rights which that instrument secures and guarantees to them. This is in truth all that is involved in what is termed “judicial supremacy” which properly is the power of judicial review under the Constitution”. Disponível em: https://www.lawphil.net/judjuris/juri1936/jul1936/gr_1-45081_1936.htm.

38 “We have already said that the Legislature under our form of government is assigned the task and the power to make and enact laws, but not to interpret them. This is more true with regard to the interpretation of the basic law, the Constitution, which is not within the sphere of the Legislative department. If the Legislature may declare what a law means, or what a specific portion of the Constitution means, especially after the courts have in actual case ascertain its meaning by interpretation and applied it in a decision, this would surely cause confusion and instability in judicial processes and court decisions. Under such a system, a final court determination of a case based on a judicial interpretation of the law of the Constitution may be undermined or even annulled by a subsequent and different interpretation of the law or of the Constitution by the Legislative department. That would be neither wise nor desirable, besides being clearly violative of the fundamental, principles of our constitutional system of government, particularly those governing the separation of powers.”.

trata-se de seu único material de recurso. Essencialmente, apenas é ensinado a perspectiva da Suprema Corte sobre a Constituição de 1987, de forma que os estudantes não são encorajados a ver a norma com seus próprios olhos, totalmente ausente o viés crítico. Talvez essa mudança cultural seja o fator necessário para uma maior aceitação de modificações formais.

É interessante observar que a Constituição das Filipinas permanece estável mesmo após trinta anos de sua promulgação. Isso demonstra que se trata de uma exceção à regra de que Constituições que possuem métodos mais dificultosos de modificação tendem a durar menos³⁹. Procedimentos dificultosos criam barreiras que não agradam líderes que visam uma modificação profunda no sistema constitucional, o que ocasiona, tentativas de substituição. Uma maior flexibilidade de emenda, por outro lado, geralmente resulta em uma maior estabilidade e sobrevivência do texto constitucional⁴⁰. Assim, a realidade filipina foge a essa regra e demonstra que fatores outros podem influenciar ainda mais do que uma maior ou menor flexibilidade formal de modificação do texto constitucional.

No ponto, é importante observar que em certa medida o povo filipino age com base no que Barry Weingast e Rui JP de Figueiredo chamam de “racionalidade do medo”⁴¹. Essa teoria está baseada na premissa de que os cidadãos ou grupo de cidadãos que estejam sob ameaça irão se defender, mesmo que exista uma remota chance da mudança lhes prejudicar ou, mesmo, que a ameaça seja falsa. Dessa forma, é possível que a população possa agir contra a democracia para se defender.

Com base nas experiências do passado, a forte rejeição por modificações constitucionais é justificada no temor, talvez irracional, de que líderes utilizem desse mecanismo para aumentar o número de mandatos e o País cair, novamente, em um regime ditatorial. O aperfeiçoamento legislativo do sistema constitucional pode estagnar, diante um temor em que a população se coloca, sem saber se a ameaça é, de fato, real. Por outro lado, a confiança no Poder Judiciário faz com que sejam aceitas as mudanças realizadas pela Corte, de tal maneira que no cálculo político se entende ser mais improvável uma ruptura democrática por alterações informais do que mediante emendas.

39 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge- C.

40 “Our renegotiation theory suggests that, *ceteris paribus*, constitutions with lower thresholds for amendment will be more flexible and likely to survive in the face of constitutional crisis. Formal amendment allows adaptation to inevitable, but unanticipated, circumstances such as shifts in the balance of power among groups. In this sense, amendment operates as a substitute for constitutional replacement, and often a more desirable substitute given the higher costs of replacement.”. Elkins, Z., Ginsburg, T., & Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge- C.

41 FIGUEIREDO, Rui De; WEINGAST, Barry. “The Rationality of Fear: Political Opportunism and Ethnic Conflict” in BF Walter e J. Snyder (ed.), *Civil Wars, Insecurity, and Intervention* (Columbia University Press New York 1999).

6. CONCLUSÃO

Após três décadas da promulgação de uma Constituição é aceitável que a sociedade tenha enfrentado situações próprias que justifiquem a necessidade de modificações de seu texto. Inclusive, essas alterações são, em regra, fator determinante para a estabilidade constitucional, afinal, a maior flexibilidade das formalidades para emenda é um dos elementos que explicam a existência de Constituições mais duradouras que outras. Apesar dessa circunstância, é preciso perceber mais a fundo como o fenômeno se desenvolve em Estados que nunca procederam com mudanças do texto constitucional e, mesmo assim, mantém uma estrutura estável.

Evidentemente que o arranjo institucional e os procedimentos contribuem para uma maior incidência de alterações, contudo, não se pode descartar que elementos históricos e sociais fundamentam a cultura de emendar a Constituição. Mesmo rompendo com regimes autoritários do passado, os Estados não sofrem um completo reset de sua história, haja vista que a vivência anterior não é revogada pela mera elaboração de um texto constitucional. Essa experiência anterior permeia o desenvolvimento social moderno e molda a forma que a população vê sua Constituição, seja para gerar desconfiança sob o espectro político, ou para atribuir maior crédito à interpretação realizada pelas Supremas Cortes.

Com a adoção de texto mais prolixo, se torna mais simples obter apoio para determinadas modificações, mais centradas em temas menos controversos, o que implica, muitas vezes, em delegar as discussões complexas para o âmbito de Cortes Constitucionais, para obter uma mudança mais rápida ou para fugir do desgaste de um debate que pode ser impopular. Optar por uma alteração informal é um fator importante para a construção da cultura da emenda, justamente por servir de instrumento que, em substância, acaba por atingir o mesmo fim.

Brasil e Filipinas enfrentam o mesmo fenômeno, mas o resultado é distinto por olharem o passado de maneiras diferentes e pela participação do povo no processo de emenda constitucional. Apesar de ambos terem enfrentado um rigoroso período de ditadura militar e terem restabelecido a democracia a partir de uma promessa constitucional, os traumas são replicados no presente de formas diferentes.

No Brasil, apesar da forte participação de elites na elaboração da proposta constitucional, houve intensa mobilização – e pressão – popular nos trabalhos da assembleia nacional constituinte. A estrutura desenvolvida exige que o governo presidencialista dialogue com os diversos espectros que compõem o

jogo democrático, sob pena de afetar a governabilidade do País. Modificações constitucionais exigem uma maioria robusta, o que demanda conversa entre situação e oposição. No entanto, a participação popular é deixada de lado, não havendo sua intervenção durante o procedimento legislativo. Por outro lado, em que pese o acesso à jurisdição constitucional ainda estar limitada institucionalmente a determinadas elites, há uma maior possibilidade de sua provocação pela sociedade civil, assim como a participação em audiências públicas, circunstância que democratiza e até qualifica o debate de temas relevantes.

Já o País asiático carrega até hoje o trauma da ditadura e vê cada movimento para modificar a Constituição como uma oportunidade para que líderes prorroguem seu mandato presidencial, estratégia similar a que levou ao regime ditatorial. Como a Constituição exige aprovação por meio de plebiscito de qualquer forma de alteração constitucional, esse medo atuou como instrumento de veto a todas as propostas que foram apresentadas até hoje. Assim, todas as alterações ocorreram por método informal pela Suprema Corte, que assumiu para si o monopólio da interpretação da Cha-Cha. Pode parecer que o povo filipino se encontra sujeito a uma visão paternalista, mas pesquisas recentes demonstram o descrédito do parlamento em detrimento da Suprema Corte, soma-se a esse elemento a forma com que o Direito Constitucional é ensinado no País.

Dessa maneira, é perceptível que a cultura da emenda se manifesta com muitas faces, mesmo em estruturas constitucionais semelhantes e varia a depender do grau participativo da população no processo legislativo e da proatividade que a Suprema Corte exerce na interpretação da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. Companhia das Letras, 1ª edição. São Paulo, 2018.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendment and Dismemberment**. Yale Journal of International Law, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875931>.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, **Representative, and Enlightened**: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Taxa de Emenda Constitucional Brasileira: Uma Cultura de Mudança?**, Int'l J. Const. L. Blog, 10 de agosto de 2016, em: <http://www.iconnectblog.com/2016/08/the-brazilian-constitutional-amendment-rate-a-culture-of-change/>.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. (2009). **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge- C.

FIGUEIREDO, Rui De; WEINGAST, Barry. 'The Rationality of Fear: Political Opportunism and Ethnic Conflict' in BF Walter e J. Snyder (ed.), Civil Wars, Insecurity, and Intervention (Columbia University Press New York 1999).

GATMAYTAN, Dante. **Constitutional Change as Suspect Projects: The Phillipines**. 14 J. Comp. L. 139, 2019.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. **Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendments Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty**, 13 Int'l J. Const. L. 686 (2015).

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Interinstitucionais**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>

HENDRIANTO, Stefanus. **Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine in Indonesia**, Int'l J. Const. L. Blog, Apr. 13, 2021, at: <http://www.iconnectblog.com/2021/04/term-limits-and-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-in-indonesia>.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the new Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. University of California, Davis Law Review, v. 47, n. 189, 2013.

LANDAU, David; ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind. **Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America,**” in Baturo and Elgie eds., *Politics of Presidential Term Limits*.

LA VIÑA, Antônio G.M; ACERON, Joy G. **The 1987 Constitution: To Change or Not to Change?** Anvil Publishing, Inc. 5 agosto 2015.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. IDP. 2020.

PINHEIRO, Douglas. **O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 20(3), 199-224. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1760>

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers** (New York: OUP, 2017).

SAUNDERS, Cheryl; YUSINGCO, Michael Henry: **Complexities of Constitutional Change in the Philippines**, VerfBlog, 2018/4/04, <https://verfassungsblog.de/complexities-of-constitutional-change-in-the-philippines/>, DOI: 10.17176 / 20180404- 122935 .

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 5. ed.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista DireitoGV, v. 4, n. 2, pp. 441– 463, 2008. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322008000200005>>.

YUSINGCO, Michael Henry. **Why the Constitution of the Philippines has Endured for 31 Years Without Amendment?**, Int’l J. Const. L. Blog, Oct. 4, 2018, at: <http://www.iconnectblog.com/2018/10/why-the-constitution-of-the-philippines-has-endured-for-31-years-without-amendment>

**COMPENSAÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO
AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DO CÁRCERE A PARTIR DOS PAR
METROS ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

*CRIMINAL COMPENSATION AS A TOOL TO FIGHT THE UNCONSTITUTIONAL
STATE OF THE BRAZILLIAN PRISON SYSTEM: AN ANALYSIS OF PRISON CONDITIONS
FROM THE PARAMETERS ESTABLISHED BY THE INTER-AMERICAN COMMISSION
OF HUMAN RIGHTS*

Manuela Moser¹

Data de Submissão: 5/3/2022

Data de Aceite: 30/10/2023

Resumo: O artigo apresenta de maneira crítica o instituto da compensação penal a fim de verificar sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e como estratégia de resposta às violações aos direitos humanos, recorrentes no sistema penitenciário nacional. Para tanto, justifica a necessidade de consideração de aspectos qualitativos para determinação da pena de prisão a partir da análise dos efeitos que as condições do cárcere exercem sobre a experiência prisional, que afastam a prisão vivida daquela determinada com base em critérios meramente quantitativos. Após, analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, princípios regentes do Direito Penal e garantias constitucionais e infraconstitucionais relevantes ao tema da compensação penal para delinear os meios pelos quais o mecanismo poderia ser aplicado dentro dos parâmetros legais. Ainda, examina os fatores considerados relevantes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao determinar, na Resolução do dia 22 de novembro de 2018, o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; e traçar paralelos entre a situação do estabelecimento penal em questão e dos demais estabelecimentos do país. Por fim, apresenta a compensação penal como mecanismo viável para enfrentar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário e para responder aos danos causados às vítimas das violações constantes de direitos operadas pelo cárcere, uma vez que o parecer da CIDH denuncia aspectos comuns ao sistema carcerário brasileiro como um todo.

Palavras-chave: Compensação Penal. Execução Penal. Direitos Humanos.

Abstract: *The article critically presents the institute of penal compensation in order to verify its adequacy to the Brazilian legal system and as a strategy to respond to recurrent violations of human rights in the national penitentiary system. To this end, it justifies the need to consider qualitative aspects for determining the prison sentence based on the analysis of the effects that prison conditions have on the prison experience, which distance the prison experienced from that determined based on purely quantitative criteria. Afterwards, it analyzes the jurisprudence of the Federal Supreme*

¹ Advogada criminalista. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Court, governing principles of Criminal Law and constitutional and infra-constitutional guarantees relevant to the subject of criminal compensation to outline the means by which the mechanism could be applied within the legal parameters. It also examines the factors considered relevant by the Inter-American Court of Human Rights when determining, in the Resolution of November 22, 2018, the double calculation of each day of deprivation of liberty served at the Plácido de Sá Carvalho Penal Institute; and draw parallels between the situation of the penal establishment in question and that of other establishments in the country. Finally, it presents criminal compensation as a viable mechanism to face the unconstitutional state of affairs of the penitentiary system and to respond to the damage caused to victims of constant violations of rights operated by prison, since the LACHR opinion denounces common aspects of the prison system Brazilian as a whole

Keywords: *Criminal Compensation. Criminal Enforcement. Human Rights.*

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em setembro de 2015², é um marco importante na discussão das mazelas do sistema carcerário. Mais de sete anos após a conclusão da primeira etapa do julgamento da ADPF 347, pouco se avançou para a superação desse quadro. O sistema penal continua marcado pela seletividade, superlotação, infraestrutura decadente, condições degradantes, insalubridade e insegurança. Frente a tantas violações de direitos básicos, fica claro que o cumprimento de pena não significa a restrição apenas do direito de liberdade, mas de uma série de outras garantias, em situação de manifesta ilegalidade. Afinal, o artigo 38 do Código Penal (CP)³ aponta a conservação de todos os direitos não atingidos pela liberdade do preso.

A chegada do vírus da Covid-19 nas prisões agravou ainda mais sua conjuntura desastrosa. As características que tornam o cárcere tão insalubre, como superlotação e celas mal ventiladas, são as mesmas que favorecem a propagação do vírus e aumentam a letalidade representada pelo espaço prisional. Nesse contexto, o desencarceramento é a única medida eficaz para prevenção e manejo dos riscos. Não é exagero apontar decisões impeditivas de medidas desencarceradoras como uma pena de morte, especialmente às pessoas mais vulneráveis⁴. Fica claro que no espaço prisional há uma naturalização da morte dos corpos tidos como hierarquicamente inferiores na escala social, para a qual o espaço coopera, e que deve ser enfrentada.

A constante ofensa de direitos básicos das pessoas encarceradas tem como consequência um abismo enorme entre a pena aplicada e a “pena vivida”⁵. Aquela considera parâmetros meramente quantitativos para aplicação da pena de prisão, estabelecendo uma medida temporal para a privação de liberdade. Durante a execução penal, entretanto, os fatores considerados na sentença são insuficientes para medir o que a experiência do cárcere realmente implica. Dessa forma, deve-se buscar meios para que a “pena vivida – pena a viver” passe a ser considerada nas decisões sobre entrada e saída das prisões.

Nesse contexto, o presente artigo debate a possibilidade da adoção da compensação penal como

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>.

3 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

4 VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ NO Contexto da Pandemia de Covid-19. Revista Direito Público, Brasília, vol. 17, n. 94, p. 570-595, jul.-ago. 2020, p. 6.

5 MACHADO, Máira Rocha; VANCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.029.

estratégia de enfrentamento às violações aos direitos humanos recorrentes no sistema penitenciário nacional, tendo como premissa a necessidade de consideração de aspectos qualitativos no cálculo da pena de prisão. Para tanto, são apresentados possíveis meios pelos quais o mecanismo poderia ser aplicado dentro dos parâmetros legais; e exemplos recentes da jurisprudência do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que colaboram na visualização da compensação como um meio viável e realista.

Uma recente decisão da CIDH trouxe notoriedade ao tema quando determinou que as penas cumpridas em condições inadequadas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) deveriam ser computadas em dobro⁶. A partir dessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu habeas corpus assegurando a aplicação da compensação penal (HC n. 136.961-RJ), criando precedente para três decisões de primeira instância no mesmo sentido⁷.

Ademais, na retomada do julgamento da ADPF 347 em maio de 2021, o relator Ministro Marco Aurélio Mello determinou que o governo federal deverá elaborar um plano de três anos para a superação do estado de coisas inconstitucional, em noventa dias a partir o fim do julgamento (atualmente suspenso). À vista disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Informe de junho de 2021, trouxe a compensação penal como um dos fatores de enfrentamento do estado de coisas inconstitucional, apontando que o mecanismo não deve ser encarado como marginal, tendo em vista a sua aplicação em vários países⁸.

O julgamento da ADPF 347 foi ultimado no dia quatro de outubro de 2023, com o STF reconhecendo, em votação unânime, a violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Ao final do julgamento, o ministro Barroso disse esperar que a decisão “seja um passo relevante para melhorar, minimamente que seja, as condições degradantes do sistema prisional brasileiro”⁹.

A possibilidade da consideração de aspectos da pena real, experienciada pelas pessoas presas, é um campo vasto a ser explorado. No que tange especificamente à aplicação da compensação penal para

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do **Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

9 STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>> Acesso em: 02 nov. 2023

alcançar esse fim, a produção acadêmica ainda é tímida, de forma que sua investigação será de grande contribuição, ainda mais quando considerados o debate reacendido em torno das condições do sistema penitenciário em meio à uma pandemia e as recentes decisões jurisprudenciais que lançam uma nova luz sobre o tema.

2. SOBRE A PENA VIVIDA NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

A pena de prisão combina dois elementos: o tempo e o espaço. Essa intersecção marca o início de uma duração temporal qualitativamente distinta, apesar de medida com a mesma unidade do tempo comum, social. Distinta porque, enquanto encarcerado, não são verdadeiramente as atividades que o sujeito pratica, já que contaminadas pelo tempo e espaço da própria pena¹⁰.

Nesse sentido, as decisões de aprisionamento buscam uma proporção impossível entre delito, punição e tempo. Impossível porque, como apontado acima, embora mensuráveis em tempo linear, as penas têm um tempo diferente: o existencial ou vivenciado (ROIG, 2017, p. 332-333). É preciso, dessa forma, fazer uma distinção entre a pena prevista em lei, a imposta pela sentença e a “pena a viver” ou a “pena vivida” – ou seja, a pena qualitativa¹¹.

Ademais, considerando-se que a criminalização primária e secundária de certas condutas está alicerçada na ideia de proteção de um bem jurídico, não é razoável ignorar a relevância deste quando da aplicação da pena. Se a defesa dos bens jurídicos não puder ser utilizada também quando o lesado for o apenado, fica clara a sua utilização como instrumento de seletividade penal. A negativa de compensação pela via penal, nas palavras de Rodrigo Roig, é, ao mesmo tempo, “manifestação dissimulada de seletividade do sistema penal e prática velada de exclusão, de apreciação do poder judiciário, de lesão ou ameaça a direito das pessoas presas”¹².

Quando se fala no cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil, o abismo entre a “pena a viver” e a “pena vivida” é notável. Afinal, denúncias de tortura e violação aos direitos humanos marcam o sistema penitenciário, conforme reconhecido na primeira etapa do julgamento da ADPF

10 MESSUTI, Ana. O tempo como pena. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-44.

11 MACHADO, Máira Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.028.

12 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 338.

n. 347, em setembro de 2015. Naquela ocasião, o STF apontou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro¹³. Tal situação, conforme o voto do relator Marco Aurélio Mello na retomada do julgamento, em maio de 2021, deve ser superada em até três anos através de uma série de medidas¹⁴.

A constante violação de direitos no ambiente prisional brasileiro em muito está relacionada com o hiperencarceramento e a superpopulação carcerária. O número de pessoas privadas de liberdade, no primeiro semestre de 2020, era de 759.518 – uma taxa de 358,7 pessoas presas para cada cem mil habitantes. Isso significa um déficit de 242.561 vagas no sistema penitenciário, uma razão de 1,5 preso por vaga. Entre 2000 e 2020, a população carcerária aumentou 330,9%, um retrato claro da política de encarceramento vigente no país¹⁵. Entre a população feminina, o aumento é ainda mais agudo: de 656% entre os anos de 2000 e 2016¹⁶. Esse é um reflexo da instauração de uma política de combate às drogas mais severa combinada com a posição subalterna usualmente ocupada pelas mulheres na cadeia do tráfico¹⁷.

Outro fator que levou o STF a entender que as prisões brasileiras operam às margens da Constituição é a infraestrutura e condições degradantes dos estabelecimentos. Alguns dados revelam essa realidade, como o fato de apenas 53,4% dos estabelecimentos penais contarem com área destinada à visita familiar; 35,5% possuírem sala de aula; e 33,4% possuírem enfermaria. Mortes e agravantes de saúde também marcam o caos carcerário. Dados do Ministério da Saúde, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e do Infopen indicam que uma pessoa encarcerada tem 2,5 vezes mais chances de ser morta que uma pessoa em liberdade, além de ter 28 vezes mais chances de contrair tuberculose. Por último, destacam-se as torturas e maus-tratos dentro do sistema prisional que, mesmo marcados historicamente pela subnotificação, contam com dados alarmantes como, por exemplo, o registro de lesões corporais em pessoas presas praticadas por servidores em 15,9% dos estabelecimentos do país.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

15 BARROS, Betina Wrmmling. O sistema prisional em 2020-2021: entre a Covid-19, o atraso na vacinação e a continuidade dos problemas estruturais. **Anuário Brasileiro de segurança pública – 2021**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 15, 2021, p. 212.

16 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**, 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018, p. 14. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

17 ISAAC, F. F., & CAMPOS, T. e P. R. de (2019, 25 de junho). O Encarceramento Feminino no Brasil. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=node/997>>.

Ademais, os registros do Disque 100 denunciando violações à população carcerária triplicaram no período entre 2013 e 2020¹⁸.

Mesmo diante do supracitado estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro, a relevância do sofrimento existencial experimentado pela pessoa ao longo do encarceramento (elemento qualitativo da pena) é ignorada. O foco único é o cálculo aritmético que traduz o tempo cronológico do aprisionamento. O cômputo de pena em intervalos de tempo, inclusive, é outra consequência da ascensão do sistema capitalista, uma vez que foi nesse período histórico que o valor monetário do trabalho passou a ser medido em horas, dias, meses. Teóricos marxistas apontam que a consolidação da pena de prisão é contemporânea ao surgimento das *commodities*¹⁹.

O sistema normativo brasileiro, entretanto, não favorece a consideração da “pena a viver – pena vivida”. Nas decisões sobre prisão em flagrante, por exemplo, prevalece a “garantia da ordem pública”. Condições pessoais do suposto flagrado raramente são examinadas, e o ambiente da prisão não é sequer mencionado. Já no momento de fixação da sentença, o ordenamento se limita a exigir a definição do regime prisional inicial de acordo com a quantidade de pena aplicada. Novamente, as condições do aprisionamento são ignoradas²⁰.

Frente a essa situação, a compensação penal pode ser um instrumento político-criminal contraposto a aplicação de penas com base em critérios meramente quantitativos. Trata-se da consideração do tempo de prisão à luz do princípio da proporcionalidade, reconhecendo o dever estatal de indenizar os danos causados pelo cárcere não apenas através da via pecuniária, mas também pela via penal. Essa medida seria benéfica ao apenado, pela diminuição de tempo ou rigor de sua pena; ao Estado, pela redução da superlotação e custos do aprisionamento; e à comunidade, pela diminuição dos custos sociais representados pelas prisões²¹. Essa seria uma via possível para regulação da pena de acordo com sua reprodução no espaço social²².

3. ADEQUAÇÃO DA COMPENSAÇÃO PENAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO

18 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020**. 2020, p. 8-20. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62- Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2021>.

19 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 4. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2019, p. 47.

20 MACHADO, Máira Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.029-2.030.

21 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, ano 25, p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 335-341.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena**. Programa de transferencia de resultados de la investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 4.

BRASILEIRO

Para fins de compensação penal, pode-se analisar o princípio da proporcionalidade a partir de sua dimensão concreta – quando se dirige ao juiz e permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária na aplicação e execução da pena. Juarez Cirino dos Santos aponta a enorme desproporção entre a medida dos crimes e das penas, tanto para o condenado quanto para sua família e sociedade em geral. Assim, a fim de combater essa incongruência, pode-se usar o princípio da proporcionalidade para fundamentar critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária, a fim de combater a seletividade penal²³.

A mais conveniente alternativa para aplicação da compensação penal é através da renúncia à execução da pena pelo Estado, a ser garantida, por exemplo, pela concessão de graça (art. 107, II, CP; arts. 188 a 192, Lei de Execução Penal – LEP), sendo a desproporcionalidade, irracionalidade e sofrimento descabido da pessoa presa ao longo da execução penal circunstâncias constitutivas de situação peculiar motivadora da extinção de punibilidade. Se não através de graça, a renúncia pode se dar também por indulto, com previsão expressa em Decreto Presidencial (art. 107, II, CP; art. 193, LEP). Essa modalidade, inclusive, já encontra previsão em Decretos Presidenciais pretéritos, como é o caso do indulto em medida de segurança para compensar excesso de privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial; e do indulto às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade vítimas de tortura – art. 1º, XIX, Decreto 8.615/2015. É possível, ainda, a adoção de uma redução compensatória, aplicada a partir de analogia *in bonam partem* de institutos como detração, remição ou comutação²⁴.

Encontram-se, inclusive, fundamentos no art. 5º da Constituição Federal (CF) para a aplicação da compensação penal, nos incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”); X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”); e LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”). Não há, nesses dispositivos, a especificação da natureza da indenização devida às pessoas presas que venham a ser vítimas de danos causados pelo Estado. Nesse caso, a interpretação deve ser ampla e favorável ao indivíduo, considerando a via penal

23 SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 29.

24 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Documento não paginado.

como possibilidade de indenização, sendo o tempo de prisão a “moeda” de reparação²⁵.

O próprio STF já debateu a consideração de aspectos além do temporal objetivo para fixação e cumprimento das penas, durante o julgamento da ADPF 347. Ainda que os pedidos tenham sido denegados, sinalizam uma abertura do judiciário ao debate do tema. Retira-se do julgado:

- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
[...]
- e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;
- f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal.²⁶

Ao final, no julgamento da ADPF 347, as medidas de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional ligadas diretamente à atuação do judiciário foram duas: realização de audiências de custódia em até 24 horas contadas do momento da prisão; e fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares e penas alternativas à prisão. Perdeu-se a oportunidade de colocar o judiciário em um papel mais central no enfrentamento da questão prisional, subtraindo da instituição o protagonismo que lhe é devido²⁷.

Por fim, cita-se o Informe do CNJ “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”, publicado em junho de 2021. Nele, a compensação penal é apontada como um fator de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional. O documento destaca que a medida está longe de ser uma proposta marginal, por se tratar de mecanismo já incorporado por diversos países, como Canadá, Estados Unidos e Itália²⁸.

25 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 339.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União, p. 9-10, grifou-se. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

27 MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020, p. 658. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>>.

28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020, p. 59. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

4. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E JURISPRUDÊNCIA

A Resolução da CIDH, de 22 de novembro de 2018, trouxe notoriedade ao tema da compensação penal quando determinou que as penas cumpridas em condições inadequadas no IPPSC no Complexo de Gericinó, em Bangu, no Rio de Janeiro, deveriam ser computadas em dobro pelas condições desumanas do estabelecimento. Os principais temas de preocupação que levaram à CIDH a decidirem de tal forma são as “mortes recentes”, “problemas de infraestrutura” e “superpopulação da prisão”. A Corte destacou ainda que se o estabelecimento penal oferece situações degradantes em demasia, considera-se ilícita ou antijurídica a pena²⁹.

O parecer da CIDH culminou, em 28 de abril de 2021, em decisão monocrática (depois confirmada pela 5ª Turma do STJ) do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que deu provimento a HC n. 136.961-RJ para efetuar o cômputo em dobro do tempo de pena cumprido no IPPSC, considerando inclusive o período anterior à decisão da CIDH. Segundo o Ministro, a interpretação da decisão deve ser a mais favorável possível ao indivíduo, de forma que o parecer da CIDH deve se estender a todo o período em que ele cumpriu pena no Instituto em questão. A decisão pontuou que os juízes brasileiros “devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir as violações e abreviar as demandas internacionais”³⁰.

O parecer da CIDH trata de um estabelecimento penal em específico, mas é capaz de suscitar uma discussão muito mais ampla. Afinal, os três aspectos considerados para classificar inadequadas às condições do IPPSC não são uma exclusividade do Instituto, e sim a regra no sistema carcerário brasileiro, o que é bem ilustrado pelo fato de três presos de estados diferentes (Pernambuco, Pará e Santa Catarina) terem suas penas contadas em dobro em decorrência da situação degradante, análoga à denunciada pela CIDH³¹.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**, p. 10-15. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. 20. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>.

31 JUÍZES adotam critérios da Corte IDH para calcular pena de presos em locais degradantes. Agência CNJ de Notícias, 27 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-adotam-criterio-da-corte-idh-para-calcular-pena-de-presos-em-locais-degradantes/#:~:text=Ju%C3%ADzes%20adotam%20crit%C3%A9rio%20da%20Corte,em%20locais%20degradantes%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Decis%C3%B5es%20recentes%20de%20magistrados%20brasileiros,de%20liberdade%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20degradantes.&text=cumpriu%20pena%20no%20>>.

Ainda, retira-se da jurisprudência do STF outros julgados de interesse para a análise da aplicabilidade da compensação penal, a exemplo do Recurso Extraordinário 580.252, com repercussão geral, que transitou em julgado em março de 2018. O RE trata da responsabilidade do Estado de ressarcir danos, inclusive morais, decorrentes de falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, que foi reconhecida. Apesar de a forma de indenização fixada ter sido a pecuniária, houve divergência quanto a esse ponto, já que os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello votaram pela indenização mediante remição de pena³². Infelizmente, o julgado trouxe poucos impactos ao sistema, já que há divergências acerca do que pode ser considerado um padrão mínimo de dignidade³³.

Entretanto, as ditas divergências sobre o conceito de “padrão mínimo de dignidade” poderiam ser analisadas sob a luz dos direitos dos presos e condições básicas para cumprimento de pena, estabelecidos na legislação. A própria Constituição Federal aponta o necessário respeito à integridade física e moral dos presos, em seu art. 5º, XLIX. A LEP, por sua vez, elenca em seu art. 41 uma série de direitos das pessoas presas, entre eles alimentação suficiente, vestuário (inciso I); e assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (inciso VII). Há ainda uma coleção de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que tratam das condições adequadas para o tratamento de encarcerados. Destaca-se a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos; e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Retira-se também da jurisprudência do STF o Recurso Extraordinário 641.320, com repercussão geral. Nele, ficou determinado que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso. Em caso de déficit de vagas, deve ser determinada a saída antecipada; liberdade eletronicamente monitorada; cumprimento de penas restritivas de direito; ou progressão ao regime aberto³⁴. Vale pontuar que esse Recurso Extraordinário, bem como o RE 580.252, criou parâmetros importantes que culminou com a edição da Súmula Vinculante 56.

Mais recentemente, a fim de conter os efeitos devastadores representados pela Covid-19 nos presídios, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62, em 17 de março de 2020, com

Complexo%20do%20Curado%2C%20no%20Recife>.

32 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, DF, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>.

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2021, p. 48. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECL_1406.pdf>.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mai. 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>.

diretrizes para o Poder Judiciário. Entre as medidas elencadas se destacam a reavaliação das prisões provisórias, apontando que essas devem ser aplicadas com máxima excepcionalidade; e a concessão de saída antecipada para o regime semiaberto e aberto (artigos 4º e 5º). Esse documento não se trata, simplesmente, de uma resposta à pandemia, mas do resultado de esforços anteriores de diferentes grupos para tornar as condições das prisões um aspecto relevante nas decisões judiciais. Textualmente, a Recomendação 62 pontua que as decisões acerca da entrada e saída da prisão devem ter em conta fatores da pessoa a ser encarcerada e do ambiente de encarceramento³⁵.

A adesão das medidas desencarceradoras trazidas na Recomendação pelo Judiciário, entretanto, foi baixa. Nesse ponto é interessante considerar que essa é uma barreira que também seria enfrentada para concessão de compensação penal, já que o campo jurídico é um espaço de disputas. Afinal, os juízes e juízas também estão imersos em um discurso de repressão de corpos marginalizados, o que dificulta a emergência de vozes e decisões em sentido contrário ao punitivismo e ao autoritarismo³⁶. Para a Recomendação 62, especificamente, as disputas narrativas e políticas se dão em torno de um discurso que a aponta como medida de impunidade que coloca em risco a segurança pública³⁷.

Diante dos recentes posicionamentos do Poder Judiciário, é interessante observar o que pontuam Pavarini e Giamberardino ao indicarem que a distância existente entre o momento de aplicação da pena e de sua execução penal transformaram este último em um direito essencialmente jurisprudencial. As funções da pena no momento da execução são diversas e, em muitos sentidos, inconciliáveis. Busca-se ao mesmo tempo atribuir à pena a função de incapacitação e neutralização, de prevenção geral positiva, de premialidade segundo as necessidades do presídio, entre outras. Por isso, ao final se tem uma pena flexível e negociável na execução, dadas suas necessidades múltiplas. Assim, é possível, por exemplo, tendo em vista sua finalidade reeducativa, a reconsideração da pena restante de acordo com progressos do apenado sem oferecer entrave a um equilíbrio razoável entre o princípio constitucional da certeza da pena³⁸. Se é possível pensar a flexibilização da pena a partir das condições pessoais do apenado, é razoável considerar essa mesma alternativa pelas condições do cárcere e do cumprimento da pena.

35 MACHADO, Máira Rocha; VANCOLCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.027.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019, p. 80.

37 VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ NO Contexto da Pandemia de Covid-19. **Revista Direito Público**, Brasília, vol. 17, n. 94, p. 570-595, jul.-ago. 2020, p. 9-10.

38 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 154-155.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante salientar que a admissão da compensação penal como uma alternativa não significa a banalização da violação dos direitos humanos, mas sim uma ferramenta para impedir que as pessoas violadas sejam revitimizadas pelo reducionismo pecuniário³⁹. A adoção de medidas como a compensação penal deve almejar a redução radical da pena de prisão sem legitimar o sistema penal, ou seja, por meio de um programa mínimo e transitório de caráter pragmático⁴⁰. Sendo assim, não se trata de um entrave ao ideal abolicionista, podendo ser enquadrada como uma “reforma negativa”, segundo a teoria de Thomas Mathiesen⁴¹. Afinal, enquanto não houver a superação da necessidade de punir, deve-se atuar por uma estratégia reducionista, a fim de limitar os danos causados pelo sistema penal⁴².

É desafiador pensar estratégias para enfrentar o discurso populista e violento que ganha força à medida que aumenta a desigualdade social, como forma de aumentar a sensação de segurança. É um discurso simplista que pede vingança pura e simples e cria a ilusão de que a segurança urbana será alcançada pela repressão de corpos marginalizados, legitimando, assim, todo gênero de violência. Frente a essa cultura punitivista, o Direito Penal, por sua função política, nunca pode ser neutro, posicionando-se sempre ao lado do Estado de Direito; e tampouco pode separar a teoria da prática, que é seu fim, sob risco de grave desequilíbrio⁴³.

Ao final, tendo-se em conta o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, reconhecido pelo STF, a compensação penal é medida cabível a nível nacional quando aplicados os três critérios apresentados pela CIDH: “mortes recentes”, “problemas de infraestrutura” e “superpopulação da prisão”. A adoção do instituto se mostra ainda mais palpável quando já se encontram na jurisprudência dos tribunais superiores e regionais acenos à consideração de aspectos qualitativos para aplicação das penas.

39 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, ano 25, p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 337.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 5ª ed., 2018, p. 94.

41 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Brasileiro de Criminologia, 2008, p. 703.

42 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 212.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019, p. 72-75 e 172-173.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Brasileiro de Criminologia, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 136961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 28 abr. 2021. Publicação no DJe/STJ N. 3137. Brasília, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF^^>. Acesso em 22 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, DF, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mai. 2016. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília: jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2021>. Acesso em: 22 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

JUÍZES adotam critérios da Corte IDH para calcular pena de presos em locais degradantes. **Agência CNJ de Notícias**, 27 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-adotam-criterio-da-corte-idh-para-calcular-pena-de-presos-em-locais-degradantes/#:~:text=Ju%C3%ADzes%20adotam%20crit%C3%A9rio%20da%20Corte,em%20locais%20degradantes%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Decis%C3%B5es%20recentes%20de%20magistrados%20brasileiros,de%20liberdade%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20degradantes.&text=cumpriu%20pena%20no%20Complexo%20do%20Curado%2C%20no%20Recife>>. Acesso em: 22 out. 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020, p. 658. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

MACHADO, Maíra Rocha; VASCONCELLOS, Natalia Pires. Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, 2021, p. 2.015-2.043

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. Obra digital. Documento não paginado.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132, ano 25. p. 331-381. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

_____. **Execução penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Documento não paginado.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 5ª ed., 2018.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 3ª ed., 2019.

CULTURA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: DESAFIOS A PARTIR DA PERSPECTIVA NEOLIBERAL

*CULTURE AS A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT: CHALLENGES FROM THE
NEOLIBERAL PERSPECTIVE*

Nélia Mara Fleury¹

Data de Submissão: 6/5/2023

Data de Aceite: 27/10/2023

Resumo: O artigo discute a cultura como direito fundamental constitucionalmente assegurado, sob a análise dos diferentes obstáculos enfrentados para que tal direito se concretize. Um desses óbices se manifesta na forma do neoliberalismo e em suas medidas de austeridade, ou corte de gastos e de políticas públicas sociais, previstos pelo projeto constitucional de 1988. Este artigo propõe analisar como a cultura, sob o âmbito do direito humano, possibilita que a dignidade da pessoa humana seja atingida quando associada à conquista de políticas públicas culturais. Ademais, por meio do método dedutivo e da análise bibliográfica, sob o amparo de que a cultura é um direito tão essencial quanto os demais exigidos pela população — saúde, educação, segurança pública —, tem-se que as principais conclusões são no sentido de que ainda há um longo caminho a ser percorrido, ora o direito é uma construção contínua e coletiva.

Palavras-chave: Cultura. Democracia Direito Humano fundamental. Políticas Públicas.

Abstract: *This article discusses culture as a constitutionally guaranteed fundamental right, under the analysis of the different obstacles faced for this right to materialize. One of these obstacles manifests itself in the form of neoliberalism and its austerity measures, or cuts in social public policies, provided by the 1988 constitutional project. This article proposes to analyze how culture, under the scope of human rights, enables dignity of the human person, when associated with the achievement of public cultural policies. Furthermore, through the deductive method and bibliographical analysis, understanding that culture is a right as essential as the others demanded by the population — such as health, education, public safety —, the main conclusions show there is still a long way to go in the sense that Law is a continuous and collective construction.*

Keywords: *Culture. Democracy. Fundamental human right. Public policy.*

¹ Mestranda em Direitos Humanos e em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (PPGI-DH/UFG e PPGDP/UFG). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ).

1. INTRODUÇÃO

A cultura é um direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Em que pese constar em inúmeros artigos do texto constitucional, está em desvantagem quando em comparação a outros direitos, principalmente porque nem sempre é pensada como direito fundamental.

Isso fica claro quando governos assumem e fazem medidas como extinguir o Ministério da Cultura, tendo em vista não o considerar um ministério de importância significativa. O ex-Presidente da República Michel Temer² tentou extinguir o Ministério da Cultura em 2016, incorporando-o ao da Educação, mas teve que voltar atrás pelas pressões que sofreu. Por outro lado, Jair Messias Bolsonaro³ efetivamente o fez, em 2019, durante a extensão de seu mandato, a partir da Reforma Administrativa na qual agrupou inúmeros ministérios⁴.

De qualquer forma, é imprescindível iniciarmos os questionamentos que envolvem o porquê de as políticas públicas culturais serem marginalizadas, ainda mais quando pensadas a partir de um Estado Democrático de Direito.

As possíveis problemáticas são: i) o sistema neoliberal vigente que impõe outras prioridades quando comparadas aos direitos humanos, tal como o próprio mercado; ii) a ausência do reconhecimento da cultura como uma questão necessária a adentrar, de forma crescente, na agenda pública e política e, como consequência, no campo do Direito e das políticas pública.

2. DIREITO À CULTURA: CULTURA COMO OBJETO A SER PERSEGUIDO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2 Foi presidente da República de 31/08/2016 a 31/12/2018. Vide em: BIBLIOTECA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Michel Miguel Elias Temer Lulia**. 2023. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/michel-temer/michel_temer Acesso em: 28 out. 2023. Aqui faz-se necessária uma breve contextualização, considerando que Temer (PMDB) assumiu a presidência em um momento ao qual a ex-presidente Dilma Rousseff (PT) havia sofrido um processo de impeachment. É possível aferir que os interesses de grupos mais conservadores que ansiavam pela implementação de medidas econômicas de austeridade, especialmente na forma de corte de investimentos sociais, se solidificaram por meio de uma estratégia política ousada, porém, eficaz, isto é, o impeachment da presidente Dilma (que governou o país em dois mandatos, entre 01/01/2011 a 31/08/2016, até sofrer o impeachment).

3 Seu mandato foi de 01/01/2019 a 31/12/2022. Mais informações em: BIBLIOTECA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Jair Messias Bolsonaro**. 2023. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/bolsonaro/Bolsonaro> Acesso em: 28 out. 2023.

4 BRITES, Ramiro. Ministério da Cultura reabre as portas após mais de quatro anos extinto. **Veja**. 24 jan. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/ministerio-da-cultura-reabre-as-portas-apos-mais-de-quatro-anos-extinto/> Acesso em: 06 maio de 2023.

A ideia de se pensar um Estado garantidor de valores sociais, incluído nesse rol de direitos à cultura, advém de um Estado de bem-estar social. Nesse aspecto, além de ações prestacionais, tem-se uma influência estatal na infraestrutura do governo que permite, assim, que sejam implementadas — de maneira contínua — políticas públicas culturais⁵.

Contudo, antes, é necessário ponderar o que está sendo considerado por cultura. Silva alerta sobre a importância de não delimitar demasiado o que a CRFB/1988 compreende por isso; todavia, ao mesmo tempo, não deixar o conceito muito amplo, “onde tudo é absorvido pelo cultural”, gerando como consequência a ausência de proteção à cultura⁶.

Precisamos, portanto, pensar em cultura como transformação de natureza, enriquecendo-a, e não somente na mera modificação do meio. Essa mudança importa em uma atribuição de valores aos atos empregados pelos seres humanos. É válido apontar um caráter dual da cultura. Um que importa no próprio patrimônio cultural, do que se pensa em bens culturais; e outro que faz referência às normas constitucionais em si⁷.

No sentido de atribuição de valores, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 215, prevê que o Estado deverá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Quanto aos bens de natureza material e imaterial, o art. 216 da CRFB/1988 inclui a identidade, a ação, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira como elementos constitutivos da cultura⁸.

O art. 215 da CRFB/1988 tem o respaldo do Princípio do Pluralismo Cultural, tendo em vista que dispõe que todas as manifestações presentes na cultura brasileira não poderão ser hierarquizadas, e o status de dignidade dado a essas deverá ser o mesmo.

Simultaneamente, esse artigo se relaciona ao Princípio da Universalidade, considerando que “ao garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais”, adota a obrigatoriedade estatal de incluir sem excluir “qualquer pessoa de ter acesso às benesses culturais propiciadas pela sociedade e pelo Estado”⁹.

5 Varella, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.

6 SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 20 — grifo do autor.

7 SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 32-35.

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02 maio 2023.

9 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: Representa-**

O conceito de cultura, em seu sentido mais tradicional, “implica a ideia de tradição, de certos tipos de conhecimentos e habilidades legados por uma geração para a seguinte.”¹⁰. Em relação ao sentido jurídico, pode-se partir do seguinte entendimento: “as codificações e compilações de normas sobre cultura contemplam as prescrições jurídicas atinentes às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes.”¹¹

Nesse contexto, podemos pensar na própria dignidade da pessoa humana. Isso porque “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” até os demais direitos fundamentais¹². Assim, pensar na identificação do indivíduo com o seu grupo, na ideia de pertencimento que são reproduzidos durante as gerações, é uma forma de manifestação imaterial de dignidade da pessoa humana que deve ser preservada.

Portanto, o direito à cultura engloba o que se entende por dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito em inúmeros aspectos (sociológico, antropológico, social-econômico, cultural). Assim,

a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza¹³.

Humanizar é oportunizar que as experiências do sujeito sejam concretizadas nas suas mais variadas formas. “Os direitos culturais permitem o respeito à dignidade mais profunda, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e do aproveitamento de todas as suas capacidades”¹⁴. E, a partir desse reconhecimento das diferentes formas de existir do outro, o Direito à cultura deve ser reconhecido como direito humano de um Estado Democrático de Direito.

tação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 75 — grifo do autor. Disponível em: https://www.academia.edu/35892372/CULTURA_E_DEMOCRACIA_NA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_FEDERAL_DE_1988_Representa%C3%A7%C3%A3o_de_Interesses_e_sua_Aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Programa_Nacional_de_Apoio_%C3%A0_Cultura Acesso em 04 maio 2023.

10 BURKE, Peter. **O que é história cultural?**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 39.

11 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: Representação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 40. Disponível em: https://www.academia.edu/35892372/CULTURA_E_DEMOCRACIA_NA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_FEDERAL_DE_1988_Representa%C3%A7%C3%A3o_de_Interesses_e_sua_Aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Programa_Nacional_de_Apoio_%C3%A0_Cultura Acesso em 04 maio 2023.

12 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun, 1998, p. 92. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169> Acesso em: 4 maio. 2023.

13 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun 1998, p. 94. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169> Acesso em: 4 maio. 2023.

14 Varella, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura**: direitos e políticas culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 50.

2.1. DIREITO À CULTURA COMO DIREITO HUMANO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Discutir temáticas tão ricas como democracia e Estado de Direito é essencial para melhores compreensões sobre o que se pretende abarcar a respeito de cultura e políticas públicas culturais.

Primeiro, é necessário partir do que se compreende por democracia, por ser um conceito mais abrangente quando comparado à Estado de Direito. Pensa-se, portanto, na ideia de um governo no qual a soberania popular é seu princípio fundante, e, por meio desta, é possível garantir os direitos fundamentais.¹⁵

Isso significa que nosso Estado é democrático por conter “os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, [...], também, sobre a ordem jurídica.”¹⁶

Cultura não é um assunto tipicamente discutido no Direito. Por tal razão, a marginalização da temática faz com que as normas que legislam sobre cultura sejam pontuais, isto é, tratando sobre arte, teatro, cinema. As demais manifestações, aquelas que desconhecemos ou nem mesmo reconhecemos como tal, são deixadas aquém.

A valorização de diferentes valores e significações dada pelo indivíduo ao meio, precisa ser protegida pelo Estado, sob o risco de deixarem de existir. Portanto, “essa visão da cultura impôs a necessidade da interferência oficial, quer pela regulamentação das relações de cultura, quer pela criação de organização de oportunidades culturais”.¹⁷

Todavia, “o Estado contemporâneo não produz cultura, apenas cria as condições para que a cultura aconteça.”¹⁸. E mesmo assim, essa obrigatoriedade em criar essas condições — de que a cultura aconteça — nem sempre é clara, e demanda maior dedicação por parte do Estado, considerando que a cultura é um terreno de complexidade, que envolve indivíduos singulares, que estão em constante alteração.

É verdade que os direitos culturais podem se manifestar de maneira coletiva; porém, é preciso

15 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45920/44126> Acesso em: 04 maio de 2023.

16 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, 1988, p. 21. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45920/44126> Acesso em: 04 maio de 2023.

17 SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 47.

18 COELHO, Teixeira. Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011, p. 9. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf> Acesso em: 05 maio 2023.

lembrar que antes de serem coletivos, são individuais. Isso porque “o direito cultural é individual quanto a seu sujeito e coletivo em seu objeto”, ou seja, no centro de todos esses direitos, ainda está o ser humano, o indivíduo, se manifestando por meio de suas “ações, necessidades” e “desejos”.¹⁹

É coletivo em seu objeto, tendo em vista que “uma referência cultural: língua, religião, ciência [...], é um ponto de comunhão, de interação com o outro”, é algo a ser partilhado²⁰. Preservação de distintas culturas, de alteridades se inicia — portanto — pelo respeito às individualidades e a condição humana, comum a todos nós.

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS

O direito à cultura pode ser englobado como um direito social quando classificado como um dever prestacional estatal. A partir de um projeto de Estado social, pensa-se nos diversos compromissos assumidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em garantir padrões mínimos culturais ao cidadão.

A CRFB/1988 possui um perfil dirigente, sendo assim, “[...] o seu artigo 3º incorpora um programa de transformações econômicas e sociais a partir de uma série de princípios de política social e econômica que devem ser realizados pelo Estado brasileiro.”²¹. Nesse sentido, o Estado está vinculado a cumprir os programas traçados pelo constituinte.

Todavia, o que fazer quando esse plano de Estado não é levado a cabo? Embora a CRFB/1988 “pretenda ter um papel de consagrar as bases de um projeto nacional, de um plano de transformações, de implementadora de políticas públicas e de estruturadora do Estado, isto não passou da pretensão”²². Podemos pensar que esses ideários ficaram no campo das ideias? É uma indagação que traz inquietações,

19 COELHO, Teixeira. Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011, p. 10. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf> Acesso em: 05 maio 2023.

20 MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011, p. 30. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf> Acesso em: 05 maio 2023.

21 BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, 2019, p. 1771. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrT-mF6R3z379zK3RWSR/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 04 maio 2023.

22 BERCOVICI, Gilberto. **Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecador de um diálogo entre ausentes**. 2009, p. 13. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642052/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Ausentes.pdf Acesso em: 04 maio 2023.

especialmente em relação à cultura e ao âmbito dos direitos humanos sociais e culturais.

A crítica mais contundente, traçada neste artigo, é em relação às políticas culturais. Isso porque muitos autores sequer consideram a cultura como um direito fundamental, por não compor o núcleo de direito constituído por: saúde, educação, segurança etc.

Não obstante, é sempre válido lembrar que o “Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes”²³. Nesse contexto, do Direito não ser, mas sim vir a ser, talvez — futuramente — pode ser que o cultural seja mais valorizado que o material, e a ordem capitalista não seja um obstáculo para a implementação do direito à cultura, tal como é atualmente.

3.1. NEOLIBERALISMO COMO OBSTÁCULO À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CULTURA

Bercovici e Massonetto trazem a ideia de que “a implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, [...], às sobras orçamentárias e financeiras do Estado”. Os autores, portanto, traçam o raciocínio de uma constituição dirigente invertida, “que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada”²⁴.

Nesse contexto, depreende-se uma clara realidade de desigualdades. Desigualdade esta que vai de encontro a dispositivos constitucionais como o que estabelece a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CRFB/1988); o que constitui como objetivo da CRFB/1988 a redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CRFB/1988) etc.

Por isso, pode ser que seja uma visão otimista, mas ainda se deve crer que é possível construir o que o constituinte começou a ilustrar em 1988. Para isso acontecer, é preciso entender que “afirmar a cultura como um direito é opor-se à política neoliberal, que abandona a garantia dos direitos, transformando-os em serviços vendidos e comprados no mercado e, portanto, em privilégio de classe.”²⁵

23 LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

24 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, 2006, p. 71-73. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642050/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20e%20Massonetto%20-%20A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Dirigente%20Invertida.pdf Acesso em: 04 maio de 2023.

25 CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009, 51 — grifos da autora.

Chauí propõe, para que a cultura seja democrática e, portanto, não obstaculizada pelo neoliberalismo, uma nova ideia de democracia, observada a realidade de uma sociedade acostumada com a proposta liberal desse modelo. De acordo com a autora, “a sociedade democrática institui direitos pela abertura do campo social à criação de direitos reais, à ampliação de direitos existentes e à criação de novos direitos.”²⁶

Sendo assim, para que a cultura seja de fato democrática, é necessário que ocorra a participação dos cidadãos no que tange às decisões de políticas públicas culturais e orçamento público, “a fim de garantir tanto o acesso quanto a produção de cultura pelos cidadãos”.

Trata-se, pois, de uma política cultural definida pela ideia de cidadania cultural, na qual a cultura não se reduz ao supérfluo, ao entretenimento, aos padrões do mercado, à oficialidade doutrinária (que é ideologia), mas se realiza como direito de todos os cidadãos, direito a partir do qual a divisão social das classes ou a luta de classes pode manifestar-se e ser trabalhada porque, no exercício do direito à cultura, os cidadãos, como sujeitos sociais e políticos, diferenciam-se, entram em conflito, comunicam e trocam suas experiências, recusam formas de cultura, criam outras e movem todo o processo cultural.²⁷

Nesse contexto, “os sujeitos coletivos de Direito seriam aqueles capazes, a partir de sua organização social pelo fim de realidades de opressão, de expressarem o fenômeno jurídico.”²⁸. Ou seja, é necessário reconhecer desigualdades existentes no sistema, inclusive na luta pelos direitos humanos fundamentais. A partir do momento que se entende que nem todos os direitos são vistos de forma a serem igualmente valorizados, passa-se a propor alternativas para lidar com essas opressões dentro do próprio sistema.

4. CONCLUSÃO

É inegável que as construções humanas se manifestam — tanto de maneira individual quanto a partir de suas interações em grupo. A partir dessa discussão, estabeleceu-se um conceito base, não taxativo, a partir do qual se pode começar a pensar cultura. Dessas relações fluidas e complexas, percebeu-se a necessidade pelo respeito à alteridade e às diferentes manifestações humanas.

26 CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009, p. 57 — grifo da autora.

27 CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009, p. 50.

28 SOUSA JUNIOR, José Geraldo; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O constitucionalismo achado na rua – uma proposta de decolonização do Direito. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017, p. 2894. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-2882.pdf> Acesso em: 06 maio 2023.

Construiu-se o argumento de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por ser — em tese — dirigente, muito embora alguns autores apresentem uma visão pessimista sobre os resultados entregues por ela, tem um compromisso social com seus cidadãos. Esse vínculo envolve, inclusive, os direitos culturais.

Nesse sentido, abordou-se a necessidade de garantir que os indivíduos tenham como manifestar esses direitos, considerando a relação da cultura com a dignidade da pessoa humana. Problematizou-se como o neoliberalismo enfatiza contextos em que a restrição de direitos sociais é a ordem do dia, contrariando o projeto constitucional brasileiro.

Assim, o que se sugere é o que Marilena Chauí chamou de cultura democrática, isto é, a ampliação dos direitos já existentes e a criação de outros novos, que podem e devem ser discutidos à medida que forem surgindo.

Para isso, considerando o Direito como uma construção contínua, a esperança é de que seja possível uma organização coletiva para que isso aconteça, iniciando essa articulação por meio da conscientização do seguinte problema: o reconhecimento de que a cultura precisa de mais atenção do que recebe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes.** 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642052/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Ausentes.pdf Acesso em: 04 maio 2023.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, p. 57-77, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642050/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20e%20Massonetto%20-%20A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Dirigente%20Invertida.pdf Acesso em: 04 maio de 2023.

BIBLIOTECA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Jair Messias Bolsonaro.** 2023. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/bolsonaro/Bolsonaro> Acesso em: 28 out. 2023.

BIBLIOTECA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Michel Miguel Elias Temer Lulia.** 2023. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/michel-temer/michel_temer Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02 maio 2023.

BRITES, Ramiro. Ministério da Cultura reabre as portas após mais de quatro anos extinto. **Veja.** 24 jan. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/ministerio-da-cultura-reabre-as-portas-apos-mais-de-quatro-anos-extinto/> Acesso em: 06 maio de 2023.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 04 maio 2023.

BURKE, Peter. **O que é história cultural?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia.** Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009.

COELHO, Teixeira. Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf> Acesso em: 05 maio 2023.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: Representação de Interesses e sua Aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/35892372/CULTURA_E_DEMOCRACIA_NA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_FEDERAL_DE_1988_Representa%C3%A7%C3%A3o_de_Interesses_e_sua_Aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Programa_Nacional_de_Apoio_%C3%A0_Cultura Acesso em 04 maio 2023.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural**. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf> Acesso em: 05 maio 2023.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun, p. 89-94, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169> Acesso em: 4 maio. 2023.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45920/44126> Acesso em: 04 maio de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Varella, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2014

EXPANSÃO URBANA E REDISTRIBUIÇÃO ESPACIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE SOBRE A CIDADE DE TERESINA

URBAN EXPANSION AND PUBLIC SERVICES SPATIAL REORGANIZATION:
ANALYSIS UPON THE CITY OF TERESINA

Paulo Victor Leônico Chaves¹

Data de Submissão: 4/4/2022

Data de Aceite: 12/11/2023

Resumo: A expansão urbana implica, frequentemente, a necessidade de redistribuição dos locais de prestação dos serviços públicos, o que produz impacto direto na vida dos usuários, em especial no que diz respeito ao acesso a estes serviços. Neste texto, examina-se o processo de reorganização urbana de serviços públicos de natureza jurídica operados na cidade de Teresina - PI, entre os anos de 2016 e 2021, com o objetivo de averiguar se estas mudanças teriam sido de utilidade para a população usuária ou se, ao revés, implicaria dificuldades no acesso a este serviço, resultando, ao final, em limitações no acesso à justiça pela população local. A pesquisa se estruturou em método qualitativo e tomou como fontes documentos publicados nas páginas eletrônicas dos serviços investigados, bem como imagens de satélite colhidas da internet. Os resultados da pesquisa sugerem que o deslocamento dos serviços públicos de natureza jurídica de áreas centrais para áreas periféricas ou em áreas residenciais de alto padrão, com baixo fluxo de linhas de transporte coletivo, pode dificultar o acesso a estes serviços e, concretamente, o acesso à justiça pela população mais pobre.

Palavras-chave: Expansão Urbana. Serviços Públicos. Acesso à Justiça.

Abstract: Urban expansion often implies the need to redistribute places where public services are provided, which has a direct impact on users' lives, especially with regard to access to these services. In this text, I examine the process of urban reorganization of public services of legal nature that were operated in Teresina - PI in 2016-2021, aiming to find if these changes would have been useful to the users or if, on the contrary, it would imply difficulties in accessing these services, resulting, in the end, in limitations in access to justice by the local population. The research was structured in a qualitative method and took as sources documents published on the investigated services' websites, as well as satellite images collected from the internet. The research results suggest that the reorganization of legal nature public services from downtown areas to suburban areas, low flow of public transport lines, can harden the access to these services, and, specifically, access to justice for the poorest population.

Keywords: Urban Expansion. Public Services. Access to Justice.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista da Clínica de Atenção à Violência da UFPA. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Penal e Democracia.

1. INTRODUÇÃO

A evolução e o crescimento das cidades, com o inchaço populacional, demandam alterações na geografia urbana, o que leva a modificações, inclusive legais, como regras de parcelamento do solo e perímetro urbano. Expansões urbanas com a criação de conjuntos habitacionais em zonas periféricas extremas das cidades passaram, cada vez mais, a ensejar redefinições de políticas públicas, como a definição de novas linhas de transporte coletivo, coleta de lixo, fornecimento de equipamentos e serviços públicos pelo Estado, entre outros.

Nessa redefinição de políticas, serviços públicos essenciais passam por redefinições espaciais quanto à sua localização, por vezes sendo deslocados de áreas centrais e de fácil acesso a grande parte da população para áreas periféricas e de acesso mais difícil, em termos de mobilidade urbana. Essas alterações costumam ser explicadas pelo crescimento na demanda pelos serviços e impossibilidade de crescimento na oferta por impossibilidade física em áreas centrais do espaço urbano, já intensamente ocupadas.

Neste texto, propõe-se analisar o caso da cidade de Teresina, capital do Piauí, e focar as mudanças de localização de serviços públicos jurídicos e jurisdicionais operados entre os anos de 2016 a 2021, especialmente quanto ao deslocamento dos prédios-sede desses serviços², todos anteriormente localizados em áreas centrais da capital para localizações na zona leste de Teresina.

Busca-se analisar como o processo de urbanização das cidades produz impactos diretos e indiretos sobre a vida das pessoas, inclusive em termos e direitos não imediatamente associados, como o acesso à justiça, por exemplo. Formulou-se a hipótese de que o crescimento urbano, associado à ideologia do planejamento de cidade-mercadoria, produz e reproduz a cidade, e o espaço urbano, como fim em si mesmo, isto é, desconectada da sua função para com os cidadãos, em especial a parcela mais empobrecida e que efetivamente faz uso dos serviços públicos deslocados. No caso, a reformulação do desenho espacial pelos processos de urbanização culmina pela restrição aos direitos dos usuários dos serviços, em especial seu acesso à justiça.

Ressalte-se, no entanto, que a escolha do objeto da presente pesquisa não é meramente arbitrária. Ela parte, necessariamente, da constatação imediata (no nível da aparência) desses deslocamentos e das inquietações provocadas pelas hipóteses advindas das consequências imaginadas de si. A primeira

² Os serviços que menciono aqui são os da Defensoria Pública do Estado, do Ministério Público do Estado, do Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional do Trabalho, do Fórum Trabalhista de Teresina e do Ministério Público do Trabalho.

inquietação que surge é: qual o sentido de deslocar serviços públicos essenciais de zonas centrais da cidade, e, portanto, de fácil acesso pela população, para uma zona considerada “nobre” na capital? Daí, decorrem outras, como: se o problema é espaço físico, por que não se deslocar para outra zona, preferencialmente uma mais popular, que privilegie o acesso pelas populações usuárias dos serviços? Qual o conteúdo dessas mudanças e como isso interfere na garantia de acesso aos serviços, e ao final acesso à justiça, pelos usuários?

Para tanto, usa-se de pesquisa documental, aproveitando fontes institucionais e jornalísticas diversas, para identificar os discursos e narrativas justificadores das modificações operadas na localização dos serviços escolhidos para análise. A partir de imagens obtidas por meio de recursos cartográficos eletrônicos, apresentam-se as mudanças operadas pelo deslocamento dos serviços, a fim de apontar o redirecionamento dos espaços.

Em um primeiro momento, caracterizam-se as zonas central e leste da capital piauiense, desde dados sociodemográficos colhidos nas páginas eletrônicas da Prefeitura Municipal de Teresina – PMT e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, bem como a partir de um breve apanhado historiográfico das zonas e da cidade. Após isso, foca-se nos deslocamentos operados em relação aos serviços públicos escolhidos para esta análise, fazendo-o sob duas perspectivas: a primeira, geográfica, do ponto espacial, a partir de mapas digitais colhidos em plataformas online; a segunda, enfocando os discursos e narrativas contidos nas notícias de deslocamento e mudança das sedes. Em um terceiro momento, reflete-se sobre o acesso à justiça e limitações que lhe são impostas, buscando enfrentar a situação de Teresina em relação aos postulados relevantes sobre o tema.

2. O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO NO CONTEXTO TERESINENSE

O centro de Teresina concentra a maior parcela da atividade econômica da cidade, com foco no comércio e na prestação de serviços, em especial os serviços públicos mais importantes e estratégicos, a exemplo do Hospital Getúlio Vargas, hospital de referência em serviços médicos de alta complexidade no estado³. Como uma das áreas mais antigas da cidade, passou por um crescimento desorganizado, mantendo ruas estreitas e quarteirões pequenos preenchidos por prédios altos e intenso volume de

³ LATUS CONSULTORIA PESQUISA E ASSESSORIA DE PROJETOS LTDA. **Revisão e atualização do Plano Diretor do Município de Teresina – PI**: leitura técnica. Teresina, 2017. 128 p.

veículos particulares misturados com intensa frota do transporte público⁴.

O processo de urbanização no Piauí acompanhou, com relativo atraso, o processo nacional, intensificando-se em meados da década de 1970⁵. Com a cidade de Teresina, o processo foi semelhante⁶. Apesar do surgimento da cidade remontar à Vila do Poti⁷, o foco de crescimento em meados do século XX parte do centro da cidade e se expande para a periferia; a zona leste da cidade, hoje a região que concentra maior renda por domicílio, só vem a surgir na segunda metade do século passado.

Lima, Lopes e Façanha⁸ apontam como elemento fundamental para o crescimento da zona leste de Teresina, e atração de população com maior renda, a instalação da Universidade Federal do Piauí, deslocando não apenas servidores da instituição, mas também famílias cujos filhos tinham acesso aos estudos em nível superior. Além disso, os autores ressaltam a facilidade na aquisição da terra, ademais das atrativas dimensões dos lotes ali comercializados.

Em formato rudimentar, a expansão permitia a construção de imagens associadas ao espaço que demarcam relações de poder e propriedade⁹, levando, no limite, à formatação de cartografias de hierarquização no solo urbano¹⁰. Nascimento e Monte¹¹ apontam que a expansão urbana em Teresina, aí incluído o surgimento da zona leste e, mais à frente, da zona sudeste, funcionou como estratégia de higienização dos espaços centrais, e, dessa forma, delimitação de espaços de acesso livre e proibido por determinados grupos sociais.

Se no início do processo de urbanização, a ideia era construir um centro de cidade que localizasse os serviços essenciais e uma região domiciliar para as elites habitarem, completamente diferente da região domiciliar periférica que seria habitada pelas classes populares, nos últimos anos a conformação mudou. O crescimento do perímetro urbano de Teresina, associado à difusão de empreendimentos imobiliários que vão desde a edificação de conjuntos habitacionais populares no extremo das zonas norte

4 Ressalvados casos muito particulares como as linhas circulares e as pontuais linhas “diametrais”, a frota do transporte de transporte público em Teresina é marcada pela característica de que todas as linhas fazem o percurso bairro-centro-bairro, o que provocava a intensa presença de ônibus de transporte coletivo nas estreitas vias centrais da cidade.

5 LIMA, Silvia Maria Santana Andrade; LOPES, Wilza Gomes Reis; FAÇANHA, Antônio Cardoso. **Urbanização e crescimento populacional: reflexões sobre a cidade de Teresina, Piauí**. Gaia Scientia, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 31-51, 31 mar. 2017.

6 NASCIMENTO, Francisco Alcides do; MONTE, Regianne Lima. **Olhares da periferia: os migrantes na construção de Teresina na década de 1970**. Revista Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 122-144, dez/2009.

7 MONTE, Catarina Nery da Cruz; MORAES, Maria Dione Carvalho de. Intervenção urbanística e direitos culturais: o Programa Lagoas do Norte no bairro Poti Velho, Teresina, Piauí. In: **Anais da VII Jornada Internacional de Políticas Públicas: para além da crise global: experiências e antecipações concretas**, São Luís, 25 a 28 de agosto de 2015. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, 2015.

8 *Ibid.*

9 CARLOS, Ana Fani Alessandri. O espaço como condição da reprodução. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **A condição espacial**. São Paulo: Contexto, 2016.

10 NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. **Revista Tempo**, Niterói, v. 2, n. 3, p. 106-134, dez. 1997.

11 *Ibid.*

e sul à aparição de verdadeiros enclaves fortificados¹² no extremo da zona leste, deu nova roupagem à distribuição dos serviços essenciais prestados na capital.

O crescimento das cidades, como produto da gentrificação e reprodução do espaço urbano num contexto capitalista, depende da imbricada relação entre poderes públicos e interesses privados.

César Ricardo Simoni Santos¹³ pontua:

Se hoje a cidade é colocada à disposição dos capitais que buscam se valorizar no imobiliário, o papel que o Estado desempenha nesse processo não é desprezível. Como forma de manter a governabilidade, mesmo que em estado crítico, esse Estado constrói uma relação mais próxima e de dependência com o capital. As intervenções no espaço urbano e na cidade fazem parte, cada vez mais, das estratégias prioritárias de atração desse capital. A produção da cidade pelo poder público leva em conta a cidade como negócio a partir das possibilidades de valorização ofertadas em determinados territórios do urbano. O potencial de valorização do espaço passa pela liberação desse espaço aos investimentos privados através de uma atuação específica do poder público como negócio a partir das possibilidades de valorização ofertadas em determinados territórios do urbano. O potencial de valorização do espaço passa pela liberação desse espaço aos investimentos privados através de uma atuação específica do poder público.

A atuação positiva do Estado não ocorre apenas na liberação de espaços ocupados para uso pelo capital privado, mas também na criação de espaços vazios que sejam úteis à especulação capitalista, permitindo sua valorização e maior arrendamento. Esse processo de valorização se dá pela noção assumida pela terra urbana como mercadoria, isto é, fim em si mesma¹⁴, mas se opera também pela instrumentalização do marketing de cidade¹⁵.

A construção simbólica e a propagação, principalmente midiática, de imagens de “cidade próspera” e “organização urbana”, por exemplo, são acionadas para a definição de políticas públicas de planejamento urbano e definição de serviços e equipamentos públicos à disposição da população. Essa modulação do planejamento vai se reestruturando com o passar do tempo, ora pendendo para o interesse institucional, ora caminhando para o interesse privado.

Na seção seguinte, apresento e brevemente analiso os deslocamentos dos locais de prestação de serviços jurídicos e jurisdicionais operados na cidade de Teresina nos últimos anos, buscando identificar sua relação com os processos de crescimento urbano e difusão ideológica da ideia de venda da cidade como mercadoria, mas também dos espaços como locais de consumo em si mesmos.

12 CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**; tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro – 3ª ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011.

13 SANTOS, César Ricardo Simoni. Dos negócios na cidade à cidade como negócio: uma nova sorte de acumulação primitiva do espaço. In: **Cidades**. v. 3. n. 5, 2006, p. 101-122; p. 116-117.

14 CARLOS, Ana Fani Alessandri. O espaço como condição da reprodução. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **A condição espacial**. São Paulo: Contexto, 2016.

15 SÁNCHEZ, Fernanda. A reinvenção das cidades na virada do século: agentes, estratégias e escalas de ação política. **Rev. Socio. Polít.**, Curitiba, v. 1, n. 16, p. 31-49, jun. 2001.

3. DO CENTRO PARA A PERIFERIA NOBRE: OS DESLOCAMENTOS DOS SERVIÇOS

Nesta seção, analisam-se os deslocamentos espaciais sofridos/operados pelos serviços públicos jurídicos e jurisdicionais selecionados para análise; os serviços são: a Defensoria Pública do Estado do Piauí – DPE-PI, o Ministério Público do Estado do Piauí – MPE-PI, o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região e o Fórum Trabalhista de Teresina – TRT22¹⁶, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – TJPI e o Ministério Público do Trabalho da 22ª Região – MPT22¹⁷.

Vasculhando as notícias divulgadas pelas páginas institucionais de cada órgão, o primeiro a efetivamente ter comunicado deslocamento foi a DPE-PI. De acordo com as informações colhidas da fonte analisada, a mudança seria provisória, pois o prédio de destino teria sido cedido à instituição, pelo Governo do Estado, pelo período de cinco anos. Outro aspecto que merece destaque, e que diferencia o caso da DPE-PI do caso dos demais órgãos, é que não foi propriamente a sua sede que sofreu deslocamento, mas apenas seu Núcleo Especializado em Matéria Criminal. O deslocamento deu-se da Rua 13 de maio, no bairro Centro, para a Avenida João XXIII, no bairro Jockey. As imagens abaixo apresentam as localizações anterior e atual do núcleo deslocado:



Imagem 1: Antiga sede da DPE-PI – Núcleo Criminal – a elipse amarela destaca o local exato.

16 SANTOS, César Ricardo Simoni. Dos negócios na cidade à cidade como negócio: uma nova sorte de acumulação primitiva do espaço. *In: Cidades*. v. 3. n. 5, 2006, p. 101-122; p. 116-117.

17 Quando da realização desta pesquisa e da escrita deste texto, ainda não ocorreu a mudança de sede do MPT22, no entanto já é de conhecimento, porque divulgado pelo próprio órgão, o local onde será localizada a nova sede.

A sede antiga, localizada em área central da cidade, era de fácil acesso por maior parte da parcela da população, especialmente a parte da população que depende de transporte coletivo, tendo em vista que era situada nas imediações da Praça da Bandeira¹⁸ e da Praça João Luís Ferreira, pontos centrais de desembarque de passageiros de ônibus coletivos provenientes dos bairros afastados do centro.



Imagem 2: Nova sede da DPE-PI – Núcleo Criminal – a elipse amarela destaca o local exato.

A nova sede, por sua vez, acha-se situada no bairro Jockey, o bairro com maior renda média por domicílio da cidade¹⁹ e está bem próxima de dois dos *shoppings* da cidade. O acesso a esta região da cidade, ainda que relativamente próxima do centro da capital, é dificultado pela escassez de linhas de transporte coletivo que fazem o percurso, uma vez que as que o fazem ou “atravessam” o caminho no percurso centro-bairro (para os bairros mais afastados da zona leste e os bairros da zona sudeste), ou fazem o percurso bairro-centro-shopping, estas em menor número²⁰.

O deslocamento foi justificado pela DPE-PI como medida de redução de custos, pois transferiria núcleos situados em prédios alugados para o novo prédio, então cedido pelo Governo do Estado. A consequência da mudança, segundo a DPE-PI, seria a desoneração do orçamento com custos de aluguéis e sua transferência para recursos que custeariam melhorias nos serviços prestados à população. A notícia que comunica a mudança do prédio informa ainda que:

18 Praça Marechal Deodoro da Fonseca.

19 Conforme dados da PMT, a renda média dos domicílios do bairro é de \$ 10.000,00 (TERESINA, 2018a).

20 Informações colhidas da página do Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Teresina apontam que 14 (quatorze) linhas alimentam a região (8 da zona leste, 2 da zona sudeste, 3 da zona sul e 1 da zona norte). Fala-se, no entanto, em escassez, pois todas essas linhas passam pelo centro da cidade, além de outras que vão para lá, constituindo, assim, um volume maior de frota na região central. Disponível em: <<https://setut.com.br/linhas-e-trajetos>. Acesso em 02.04.2023>.

A transferência de órgãos da Defensoria para o novo espaço vai facilitar ainda mais o atendimento aos assistidos, dada a proximidade com o Núcleo Central da Instituição que está instalado na Rua Nogueira Tapety, 138, no Bairro dos Noivos e ao fato do prédio em questão encontrar-se localizado em área de significativa abrangência de transporte público, facilitando o acesso aos assistidos pela Defensoria, que se deslocam de várias zonas da cidade em busca de atendimento na Instituição.²¹

A informação de que a mudança facilitaria o acesso pela população assistida parece não possuir concreta verificação empírica, uma vez que a quantidade de linhas de transporte coletivo que atravessam uma região não central é bastante inferior à quantidade de linhas que perpassam uma região central da cidade.

Entre todos os deslocamentos dos órgãos aqui analisados, todavia, o da DPE-PI pode ser considerado o de menor impacto, pois ainda que o novo local se trate de área não central, situa-se em área próxima ao centro da cidade e que possui fluxo de transporte coletivo difuso e com linhas que proveem de todas as regiões da cidade (linhas bairro-centro-shopping).

Os deslocamentos por que passaram os outros órgãos foram todos para regiões de menor acessibilidade, pelo menos para os usuários de transporte coletivo, a parcela mais empobrecida da população. No caso do MPE-PI, a mudança foi da Rua Álvaro Mendes, na região central da cidade, para a Rua Lindolfo Monteiro, no bairro Fátima, situada na zona leste da capital.

Tal como no caso da DPE-PI, a mudança se justificou pela necessidade de eliminação de custos e otimização de logística²². Diferentemente do caso anterior, as notícias não mencionam eventual melhora na acessibilidade pelos usuários dos serviços públicos ali fornecidos. As imagens abaixo apresentam as localizações anterior e atual da sede deslocada:

21 PIAUÍ. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ. **DPE-PI realiza adequação do antigo Espaço Cidadania para instalação de órgãos da Instituição**. 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.pi.gov.br/noticias/dpe-pi-realiza-adequacao-do-antigo-espaco-cidadania-para-instalacao-de-orgaos-da-instituicao-,40558>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

22 PIAUÍ. TJPI. **MPE-PI comunica mudança de endereço em Teresina**. 2016b. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/mpe-pi-comunica-mudanca-de-endereco-em-teresina/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.



Imagem 3: Antiga sede do MPE-PI – a elipse amarela destaca o local exato.

A antiga sede ficava localizada a poucos metros de distância da Avenida Frei Serafim, a mais importante na malha urbana central da capital piauiense, sendo intenso o fluxo de transportes coletivos na região.

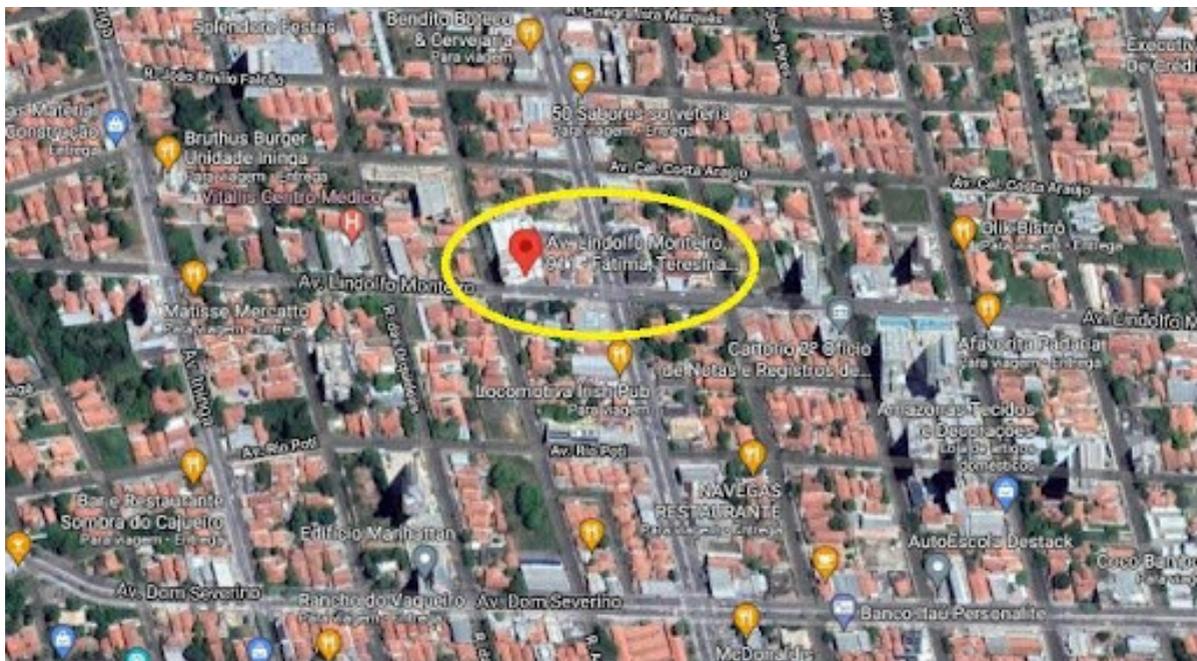


Imagem 4: Nova sede do MPE-PI – a elipse amarela destaca o local exato.

No caso da nova sede, esta passou a ser situada num bairro predominante domiciliar, marcado pela presença de famílias com elevados custos de vida, diante da renda média por domicílio do bairro²³, e, a despeito da relativa proximidade para com o campus sede da Universidade Federal do Piauí, as

²³ Dados da PMT informam que a renda média por domicílio do bairro gira em torno R\$ 6.000,00, sendo a 4ª mais alta da capital (TERESINA, 2018b).

proximidades do local são alimentadas por apenas uma linha de transporte coletivo²⁴.

O impacto potencialmente mais incisivo sofrido pela população talvez seja o deslocamento do PROCON sediado nas dependências do MPE-PI. Não há dados que permitam afirmar isso de forma categórica, mas é uma hipótese válida a ser testada.

No âmbito da Justiça do Trabalho regional, o deslocamento foi duplo, pois a mudança de sede atingiu tanto a sede do tribunal regional como o fórum trabalhista da capital, deslocando ambos para um único prédio na zona leste da capital, a nova sede do TRT-22. A antiga sede do tribunal localizava-se no bairro Centro, em local, inclusive, bastante próximo da antiga sede da DPE-PI. Quanto ao fórum trabalhista, este funcionava na Avenida Miguel Rosa, também na região central da cidade. A nova sede, que unificou tribunal e fórum, passou a funcionar na Avenida João XXIII, no bairro Noivos, na zona leste da capital.

Sobre a mudança da localização do prédio, com a construção de um novo, e a unificação das instâncias em único lugar físico, os discursos operados, além da redução de custos, são a produção de imagem para a sociedade de uma “Justiça do Trabalho única”²⁵, renovada, e que pode proporcionar um melhor atendimento aos usuários. As imagens abaixo apresentam as localizações anterior e atual das sedes deslocadas:

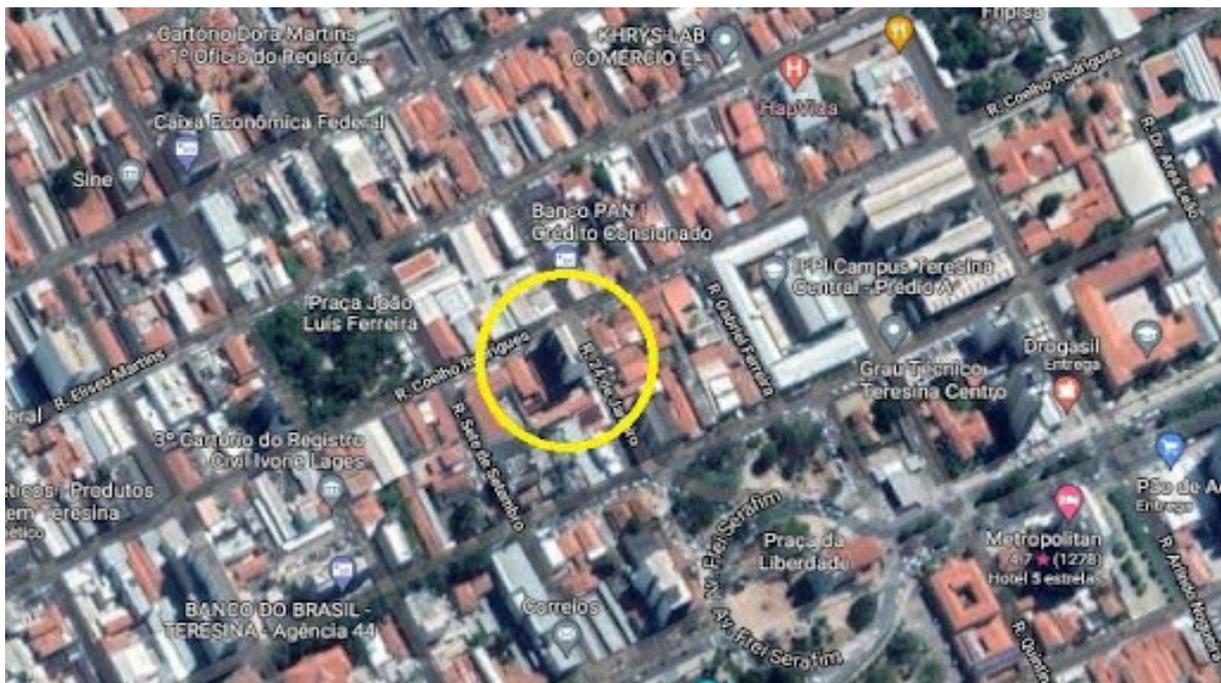


Imagem 5: Antiga sede do TRT-22 – a elipse amarela destaca o local.

24 A linha em referência faz a ligação entre o centro da cidade e o campus universitário da UFPI.

25 BRASIL. TRT-22. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. **Inaugurada nova sede do TRT/PI**. 2018. Disponível em: <<https://www.trt22.jus.br/portal/noticias/inaugurada-nova-sede-do-trt-pi/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

A antiga sede do TRT-22 possuía privilegiada localização no centro da cidade, sendo bastante próxima inclusive da Praça João Luís Ferreira, já mencionado importante ponto de desembarque de usuários de transporte coletivo na capital piauiense.

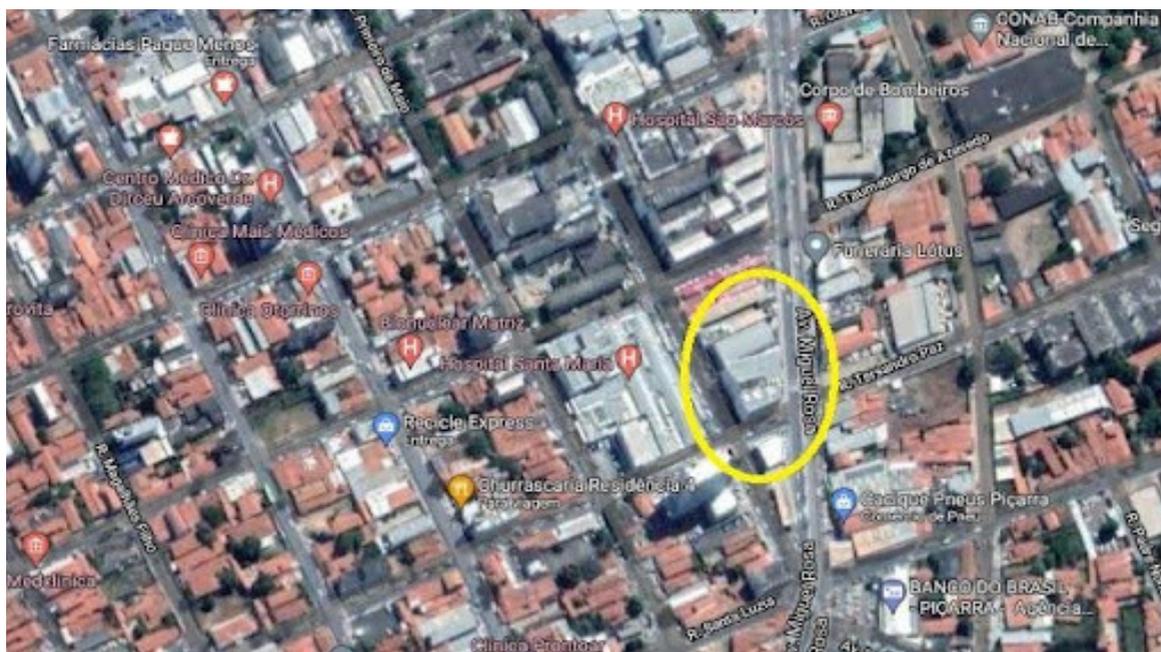


Imagem 6: Antiga sede do Fórum Trabalhista de Teresina – a elipse amarela destaca o local exato.

Em local menos acessível, mais ainda em região central, a antiga sede do Fórum Trabalhista de Teresina estava localizada nas imediações do chamado “Polo de Saúde” da capital, região do centro da cidade caracterizada pela presença massiva de hospitais e clínicas públicos e privados de diversas especialidades. O acesso por transporte coletivo na região é bastante intenso.

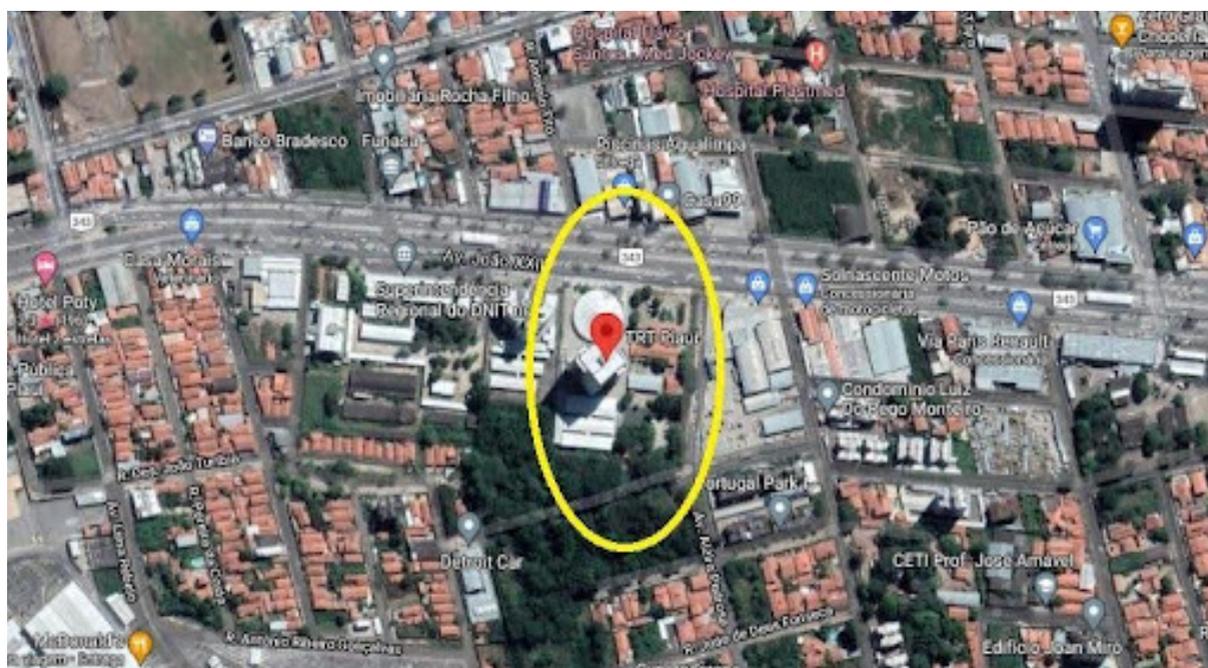


Imagem 7: Nova sede do TRT-22 – a elipse amarela destaca o local exato.

A nova sede do tribunal, localizada em bairro considerado nobre da capital, está situada em região marcada pela presença de expressiva atividade empresarial e significativo número de órgãos públicos²⁶. Entretanto, trata-se de região de acesso limitado pelos usuários dos transportes coletivos na capital, tendo em vista que só é percorrida por linhas de integração centro-bairro, com foco específicos nos bairros mais afastados da zona leste e bairros da zona sudeste.

A mais significativa alteração foi a sofrida/operada pelo TJPI. Desde a sua fundação, o TJPI possuiu diversas sedes (PIAUI, 2020), estando localizado, desde a década de 1970, no bairro Cabral, bem próximo da Avenida Frei Serafim, região central da cidade. A nova sede passou a ser encravada em região isolada no bairro São Raimundo, geograficamente situada no limite entre as zonas leste e sudeste. As imagens abaixo apresentam as localizações anterior e atual da sede deslocada:

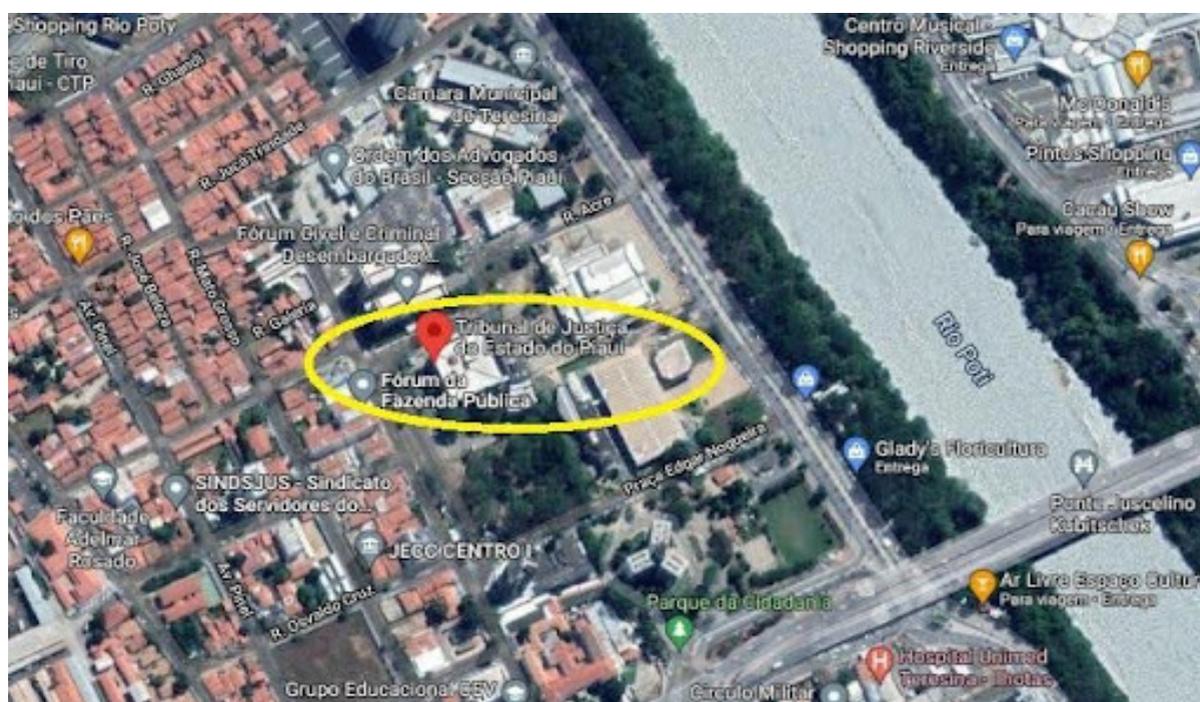


Imagem 8: Antiga sede do TJPI – a elipse amarela destaca o local exato.

A antiga localização estava situada a poucos quarteirões da mais importante e movimentada avenida central da capital piauiense, sendo, portanto, de fácil acesso aos usuários do transporte coletivo. A região, no entanto, intercala prédios públicos, estabelecimentos empresariais e domicílios familiares, o que a torna irregular na distribuição de fluxo de ruas e avenidas, proporcionando trânsito muitas vezes caótico.

26 LATUS, *Ibid.*



Imagem 9: Nova sede do TJPI – a elipse amarela destaca o local exato.

A nova sede, por sua vez, está situada numa região que se aproxima as zonas leste, sul e sudeste da cidade, no entanto em local inteiramente isolado. A imagem, inclusive, permite observar a distância relativa entre as avenidas mais próximas, tendo em vista que, na avenida em que está situado o tribunal, não há fluxo de transporte coletivo.

Entre os fatores institucionalmente divulgados como justificativa para a mudança de sede do TJPI estão, além de necessidade de ampliação do espaço, necessidades permanentes de modernização, dinamismo e eficiência²⁷. A operabilidade do discurso se manifesta na nova roupagem assumida pela instituição, inclusive em sua estrutura física.

No âmbito do MPT-22, a mudança de sede ainda não aconteceu, no entanto, documentos referentes aos procedimentos licitatórios da obra tendente à construção da nova sede indicam a localização, permitindo, dessa forma, tecer análises e considerações. A proposta de mudança pretende levar a sede do bairro Centro para o bairro Horto, situado na zona leste da capital. As imagens abaixo apresentam as localizações anterior e atual da sede futura:

27 PIAUÍ. TJPI. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Confira na íntegra o pronunciamento do desembargador Sebastião Ribeiro Martins durante inauguração da nova sede do TJ-PI**. 2020. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/confira-na-integra-o-pronunciamento-do-desembargador-sebastiao-ribeiro-martins-durante-inauguracao-da-nova-sede-do-tj-pi/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.



Imagem 10: sede atual do MPT-22 – a elipse amarela destaca o local exato.

A sede atual do MPT-22 está situada na região central da cidade, em local bem próximo da já mencionada Avenida Frei Serafim. É interessante observar, ademais, a relativa proximidade entre a sede atual do MPT-22 e as antigas sedes do MPE-PI e do TJPI.

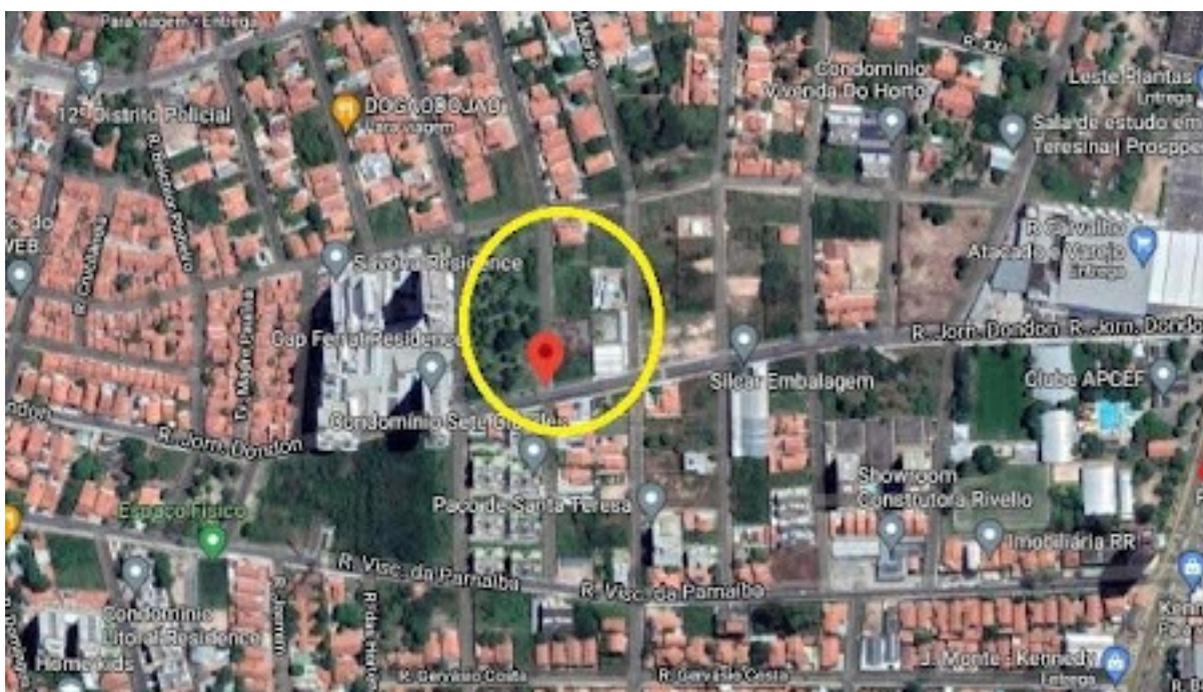


Imagem 11: Futura sede do MPT-22 – local estimado demarcado pela elipse amarela.

A futura sede do órgão, por sua vez, estará localizada em bairro de alta renda média por domicílio e de difícil acesso a usuários de transporte coletivo, tendo em vista que a via mais próxima com fluxo de ônibus coletivos é a da Avenida Presidente Kennedy, na imagem identificada por uma linha vermelha.

Institucionalmente, não há motivos declarados para a alteração de sede do MPT-22, no entanto é válida a hipótese que estende para si os mesmos motivos apontados para os casos dos demais órgãos, guiando-se, assim, pela lógica da modernização, ampliação, eficiência, entre outros.

Na seção seguinte, dedico-me a tecer considerações breves sobre a noção de acesso à justiça e os elementos jurídicos que a fundamentam, buscando tensionar a categoria jurídica com a apreensão concreta das possibilidades materiais de acesso à justiça numa forma mais imediata, isto é, de acesso aos serviços de justiça

3. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO A SER CONCRETAMENTE REALIZADO

A temática do acesso à justiça, enquanto inserida no campo dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, deve ser compreendida a partir de múltiplos pontos de vista. Os elementos constitucionais que o legitimam²⁸, como o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), as ações mandamentais (art. 5º LXVIII a LXXIII), a existência da Defensoria Pública (art. 134), por exemplo, não o definem por completo, nem podem ser interpretados como suficientes para garanti-lo quando efetivamente manejados ou presentes.

É importante pontuar que a existência de garantias enquanto meras previsões legais (ou mesmo constitucionais) não assegura o efetivo acesso a esses direitos. Aqui nem se fala sobre as normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, sobre as quais a doutrina constitucionalista tanto se debate, mas, precisamente, sobre a dimensão material do problema. Levou anos, desde a Constituição de 1988, para que medidas que proporcionem o acesso à justiça pela população fossem efetivamente implementadas, a exemplo da Emenda Constitucional nº 80/2014, a qual, vinte e seis anos após a promulgação do texto constitucional, tornou obrigatória a presença de defensores públicos em todas as comarcas do Brasil.

Como ressaltam Cerezzo e Moraes²⁹ “[o] acesso à justiça não se esgota na mera faculdade de se ajuizar e/ou contestar uma ação”. De fato, a literatura jurídica tem esmiuçado o tema sob diversas nuances, ressaltando desde sua sistemática multiportas, com foco essencial nos métodos consensuais de

28 Ressalto que, independentemente de referência própria, os dispositivos legais a seguir referenciados foram extraídos da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

29 CEREZZO, Benedito; MORAES, Daniela. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 33-56, jun. 2012. Fundação Edson Queiroz. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2012.v17n1p33>>. p. 35>.

solução de conflitos³⁰, até a complexa dinâmica sobre a duração razoável do processo³¹.

O que se propõe discutir aqui diz respeito a níveis mais concretos e ao mesmo tempo mais simples, no sentido de viabilização do acesso à justiça pelas formas de acesso aos órgãos de justiça propriamente ditos. Discute-se esta temática a partir do caso de Teresina para avaliar o eventual impacto das mudanças de sede dos órgãos jurídicos e jurisdicionais no acesso pela população.

A rigor, parece que o deslocamento dos prédios-sede de áreas centrais para áreas situadas em bairros “nobres” constitui obstáculo no acesso das populações mais carentes aos serviços ali fornecidos, em especial quando se confrontam os dados sobre mobilidade e acesso, notadamente a partir das linhas de transporte coletivo.

O deslocamento sofrido pela unidade da DPE-PI, em comparação com os demais, foi o de menor impacto, pois ainda que transferida para bairro nobre e com menor rede de transporte coletivo, ainda se trata de área relativamente próxima à região central da cidade. As mudanças de sede do MPE-PI, do TRT-22 e do MPT-22 (em vias de acontecer), por suas vezes, podem ter provocado impactos de medianos a acentuados, diante do difícil acesso e da escassez de linhas alimentadoras de transporte coletivo.

O caso do TJPI parece ser o mais grave. A opção por modificar a sede do tribunal, de uma área central da cidade para uma área “nova”, mas inacessível, parece, a priori, inviabilizar, por todo, o acesso da população aos serviços ali prestados. A inexistência de linhas de transporte coletivo com cobertura sobre a área é um indicativo forte disso.

Não parece ser suficiente a instituição de órgãos para prestação de serviços à população quando o acesso a estes órgãos é dificultado pela sua própria localização. A medida que busca atuar como mecanismo de acesso à justiça termina por subverter o direito, tornando-o inviável de usufruto. A expansão, a título de modernização, parece não ter efeitos tão significativos para os usuários, e mais, o processo de valorização diferencial do solo urbano, determinado pela intervenção do Estado sobre os usos e funções dos lugares da cidade, aprofunda as desigualdades no espaço urbano³².

O acesso à cidade, enquanto mecanismo de mobilidade urbana, funciona como elemento

30 FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães; MOTTA, Ana Bárbara Barbuda Ferreira. O sistema multiportas como propulsor do acesso à Justiça no âmbito do juizado de Fazenda Pública. **Revista Novatio**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 68-83, jan. 2020. Poder Judiciário do Estado da Bahia.

31 PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.L.], v. -, n. 76, p. 135-154, jan. 2020. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2020v76p135>>.

32 CARLOS, Ana Fani Alessandri. A reprodução do espaço urbano como momento da acumulação capitalista. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **Crise urbana**. São Paulo: Contexto, 2015.

essencial ao acesso à justiça e seus instrumentos. Discutir acesso à justiça sem pôr o foco sobre a dimensão material e concreta do acesso imediato aos direitos tende a esvaziar o conteúdo do problema e transmitir ideia de aparente preservação dos direitos, quando se identifica, na verdade, uma restrição.

4. CONCLUSÃO

Nesse artigo, analisaram-se os deslocamentos dos prédios-sede dos órgãos de prestação de serviços jurídicos e jurisdicionais, na cidade de Teresina, nos últimos cinco anos e sua inter-relação com possíveis impactos na garantia de acesso à justiça pelos usuários dos serviços públicos, com foco na população mais pobre e dependente de transporte coletivo.

Os achados evidenciam que os deslocamentos operados levaram os serviços de áreas centrais da cidade para regiões afastadas, por vezes de difícil acesso (quando não inacessível), e áreas situadas em bairros nobres, com elevada renda média de população. Parece haver um contrassenso, na medida em que a população que mais depende de tais serviços públicos (a população mais pobre) acaba ficando cada vez mais distante deles.

O acesso à justiça, enquanto garantia fundamental, não pode ser compreendido apenas como dispositivo constitucional que se viabiliza pela existência de direitos no plano abstrato. Faz-se importante que o acesso seja garantido de modo efetivo e concreto, inclusive por meio de políticas de acesso e integração urbana, sob pena de inviabilizar o usufruto de direito de envergadura constitucional.

O caso teresinense abre caminhos para agendas de pesquisa que, com metodologias empíricas, avaliem o nível de acesso direto aos serviços públicos jurídicos antes e depois dos deslocamentos, a fim de subsidiar as ações de planejamento urbano e a interação entre os espaços e os serviços públicos prestados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, D.O.U. 05.10.1988.

BRASIL. TRT-22. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. **Inaugurada nova sede do TRT/PI**.

2018. Disponível em: <<https://www.trt22.jus.br/portal/noticias/inaugurada-nova-sede-do-trt-pi/>>.

Acesso em: 26 abr. 2022.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**; tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro – 3ª ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. A reprodução do espaço urbano como momento da acumulação capitalista. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **Crise urbana**. São Paulo: Contexto, 2015.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. O espaço como condição da reprodução. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri. **A condição espacial**. São Paulo: Contexto, 2016.

CEREZZO, Benedito; MORAES, Daniela. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 33-56, jun. 2012. Fundação Edson Queiroz. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2012.v17n1p33>>.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães; MOTTA, Ana Bárbara Barbuda Ferreira. O sistema multiportas como propulsor do acesso à Justiça no âmbito do juizado de Fazenda Pública. **Revista Novatio**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 68-83, jan. 2020. Poder Judiciário do Estado da Bahia.

LATUS CONSULTORIA PESQUISA E ASSESSORIA DE PROJETOS LTDA. **Revisão e atualização do Plano Diretor do Município de Teresina – PI**: leitura técnica. Teresina, 2017. 128 p.

LIMA, Silvia Maria Santana Andrade; LOPES, Wilza Gomes Reis; FAÇANHA, Antônio Cardoso. Urbanização e crescimento populacional: reflexões sobre a cidade de Teresina, Piauí. **Gaia Scientia**, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 31-51, 31 mar. 2017.

MONTE, Catarina Nery da Cruz; MORAES, Maria Dione Carvalho de. Intervenção urbanística e direitos culturais: o Programa Lagoas do Norte no bairro Poti Velho, Teresina, Piauí. In: **Anais da VII Jornada Internacional de Políticas Públicas: para além da crise global: experiências e antecipações concretas**, São Luís, 25 a 28 de agosto de 2015. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, 2015

NASCIMENTO, Francisco Alcides do; MONTE, Regianne Lima. Olhares da periferia: os migrantes

na construção de Teresina na década de 1970. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 122-144, dez/2009.

NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. **Revista Tempo**, Niterói, v. 2, n. 3, p. 106-134, dez. 1997.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.L.], v. -, n. 76, p. 135-154, jan. 2020. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2020v76p135>>.

PIAUÍ. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ. **DPE-PI realiza adequação do antigo Espaço Cidadania para instalação de órgãos da Instituição**. 2016a. Disponível em: <<http://www.defensoria.pi.gov.br/noticias/dpe-pi-realiza-adequacao-do-antigo-espaco-cidadania-para-instalacao-de-orgaos-da-instituicao-40558>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

PIAUÍ. TJPI. **MPE-PI comunica mudança de endereço em Teresina**. 2016b. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/mpe-pi-comunica-mudanca-de-endereco-em-teresina/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

PIAUÍ. TJPI. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Confira na íntegra o pronunciamento do desembargador Sebastião Ribeiro Martins durante inauguração da nova sede do TJ-PI**. 2020. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/confira-na-integra-o-pronunciamento-do-desembargador-sebastiao-ribeiro-martins-durante-inauguracao-da-nova-sede-do-tj-pi/>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SÁNCHEZ, Fernanda. A reinvenção das cidades na virada do século: agentes, estratégias e escalas de ação política. **Rev. Socio. Polít.**, Curitiba, v. 1, n. 16, p. 31-49, jun. 2001.

SANTOS, César Ricardo Simoni. Dos negócios na cidade à cidade como negócio: uma nova sorte de acumulação primitiva do espaço. In: **Cidades**. v. 3. n. 5, 2006, p. 101-122.

TERESINA. SEMPLAN. Secretaria Municipal de Planejamento e Coordenação. **Teresina - Perfil dos Bairros: bairro jóquei. bairro Jóquei**. 2018a. Disponível em: <<http://semplan.teresina.pi.gov.br/wp-content/uploads/sites/39/2018/08/J%C3%93QUEI-2018.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

TERESINA. SEMPLAN. Secretaria Municipal de Planejamento e Coordenação. **Teresina - Perfil dos Bairros: bairro Fátima. Bairro Fátima**. 2018b. Disponível em: <<http://semplan.teresina.pi.gov.br/wp-content/uploads/sites/39/2018/08/F%C3%81TIMA-2018.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

**A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA-BASE NAS SENTENÇAS DO TJDF: UMA
ANÁLISE EMPÍRICA DA UTILIZAÇÃO DE SENTENÇAS ANTERIORES NA
VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

THE INDIVIDUALISATION OF THE BASE-PENALTY IN SENTENCES FROM THE
TJDF: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE USE OF PREVIOUS SENTENCES IN THE
VALUATION OF JUDICIAL CIRCUMSTANCES

Rebeca Brasil Moura Nunes

Data de Submissão: 16/9/2022

Data de Aceite: 29/1/2023

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar um estudo empírico de sentenças judiciais condenatórias proferidas, no ano de 2018, por juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em relação a crimes de roubo e de furto. Buscou-se compreender os discursos prolatados na fundamentação da primeira fase da dosimetria da pena, com foco em três das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal: antecedentes criminais, conduta social e personalidade do agente. Por se tratar de elementos de tipo aberto, sem conceitos precisos determinados na lei ou jurisprudência, objetivou-se investigar as definições utilizadas para estabelecer as penas-base aplicadas pelos juízes. Essencialmente, pretende-se focar nas relações entre as circunstâncias judiciais mencionadas e o instituto reincidência, na forma do art. 63 do mesmo diploma legal, bem como as consequências de imprecisões e confusões conceituais nas penas-bases dos sentenciados.

Palavras-chave: PDireito Penal. Circunstâncias judiciais. Antecedentes criminais. Personalidade do agente. Conduta social.

Abstract: *This research aims to present an empirical study of judicial rulings with guilty verdicts, issued in 2018 by the Court of Justice of the Federal District and Territories, in crimes of robbery and theft. It was sought to comprehend the speeches presented with focus in the judicial circumstances of criminal record, social conduct, agents personality, from art. 59 of the Brazilian Penal Code, in order to justify the first phase of the penalties dosimetry. As this are elements of an open criminal type, without precise concepts defined by law or jurisprudence, the paper focused on investigating the definitions used to set the base penalties enforced by the judges. Specially, it is intended to present the connections between these judicial circumstances and the concept of recidivism, as described in the art. 63 of the same statute, and the consequences of conceptual inaccuracies and confusions in the base-penalties of the convicts.*

Keywords: *Criminal Law. Judicial Circumstances. Criminal record. Agent's personality. Social conduct.*

1. INTRODUÇÃO

A principal forma de punição adotada pelo sistema penal brasileiro é a privação de liberdade¹. Ainda que a pena possa ser posteriormente substituída por outras formas de cumprimento, essa é a base para a determinação da sanção a ser cumprida pelo condenado criminalmente. Desse modo, o preceito secundário é, na maioria dos tipos penais, definido a partir do tempo de encarceramento a ser vivenciado pelo indivíduo, já que este é “o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito”².

Para a cominação das penas criminais individualizadas, o Código Penal³ estabelece os critérios a serem seguidos, que formam o método trifásico de aplicação da pena. Tais parâmetros objetivam conferir a quantidade de pena necessária e suficiente para o delito concreto⁴, na forma estipulada no art. 68 do Código Penal, sendo sua primeira fase a fixação da pena-base, cujos critérios são apresentados no art. 59 do referido diploma legal.

A pesquisa realizada tem por objetivo compreender os critérios utilizados pelos juízes na cominação da pena-base, considerando a ampla margem de discricionariedade do julgador. Justifica-se a escolha pelo fato de não haver, no ordenamento brasileiro, critérios qualitativos, que estabeleçam uma definição acerca das circunstâncias judiciais, bem como de seus limites, ou quantitativos, que determinem o aumento ou a diminuição de pena a serem perpetrados nessa primeira fase da dosimetria.

Para tanto, e a fim de delimitar a quantidade de material a ser analisado, foram selecionadas sentenças de primeiro grau, referentes a crimes de patrimônio (furto, furto qualificado, furto privilegiado, roubo e roubo qualificado), proferidas no ano de 2018, pelas varas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Motivou-se a escolha pelo uso constante das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal no sentenciamento por esses delitos, bem como por serem perpetrados por agentes, em geral, de classe mais baixa, mais propícios aos julgamentos estereotipados da sociedade e, assim, dos magistrados. Essa seleção limitou o universo de análise em cerca de 1.800 sentenças condenatórias.

Dentre essas, todavia, foram selecionados apenas aquelas com julgamento de mérito e condenação, parâmetros necessários para o foco da análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal. Também foram retiradas algumas que estavam duplicadas na lista ou que a condenação

1 SANTOS, J. C. dos. **Direito penal**: parte geral. 5ª Ed., Florianópolis: Conceito Ed, 2012, p. 472.

2 *Ibidem*, p. 455

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

4 SANTOS, J. C. dos., 2015, *Op. Cit.*, p. 512-514.

se referia a outros crimes que não das formas de roubo e de furto. Assim, finalizou-se o processo de escolha das sentenças que seriam avaliadas, totalizando 1.234 casos.

O estudo completo objetivou investigar esse primeiro momento da dosimetria das penas. Ocasão em que se estabelece, dentro dos parâmetros legais de pena mínima e máxima, aquela que deve ser inicialmente fixada, com base unicamente nas amplas circunstâncias judiciais apresentadas no art. 59, do Código Penal – culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Esse é o momento de maior potencial discricionário do juiz na condenação e a que possui maior peso, pois influencia todos os outros momentos, a saber: o cálculo dos agravantes e atenuantes, das minorantes e majorantes, o estabelecimento do regime de cumprimento da pena e a concessão de benefícios como livramento condicional, substituição por pena restritiva de direitos etc⁵.

Pretende-se apresentar neste artigo os resultados da pesquisa empírica acerca do elemento que mais gera aumento nas penas-base: a Folha de Antecedentes Penais (FAP). Trata-se de um documento utilizado em diversos momentos da formulação da pena definitiva dos réus. Deve-se explicar, porém, que não foram acessados os processos na íntegra e, portanto, nem as FAPs que são mencionadas nos argumentos dos magistrados que serão apresentados. Todavia, foi possível formular uma crítica ao discurso judicial sobre essas valorações que, a depender do juiz, apresentam-se mais ou menos detalhadas.

Em sua célebre obra “Vigiar e Punir”, Michel Foucault, ao fazer uma digressão histórica sobre penas e prisões, explicita que, apesar de ser antiga a utilização da reincidência para promover punições, este elemento passa, em meados do século XIX, a qualificar o indivíduo. Assim, “através da reincidência, não se visa o autor de um ato definido pela lei, mas o sujeito delincente, uma certa vontade que manifesta seu caráter intrinsecamente criminoso”⁶. Desse modo, aqueles que reiteradamente chegassem ao sistema criminal no banco dos réus já receberiam, de início, tratamento punitivo diferenciado, pois não eram apenas indivíduos movidos pelos ditos motivos “passionais”, que os levariam à loucura de um delito, mas criminosos habituais, a serem marcados como perigosos para a sociedade.

Desde então, o conceito e a função da reincidência nas legislações penais sofreram constantes alterações, sendo adaptados pelos contextos específicos de cada época e de cada país. No contexto

5 CARVALHO, S. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

6 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 99.

brasileiro, manteve-se sempre como configurador de recrudescimento da pena. Atualmente, a reincidência é definida como a prática de um novo crime cometido dentro do período de 5 (cinco) anos após o cumprimento ou a extinção de um delito anteriormente transitado em julgado, como ditam os artigos 63 e 64 do Código Penal⁷.

Essa definição de reincidência apresenta-se, na legislação penal brasileira, como um agravante da pena, a ser avaliada na segunda fase da dosimetria. Todavia, pretende-se aqui demonstrar que outras acepções desse instituto, que remetem a um conceito de reincidência mais abrangente, tal como percebido na digressão histórica de Foucault, não foram completamente abandonadas.

Notou-se que os juízes criminais confundem, em diversas sentenças, os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente⁸ com a reincidência, além de não considerarem, em sua aferição, os limites legais. Para a valoração dessas circunstâncias judiciais, utiliza-se a FAP, que, a princípio, deveria servir somente para avaliação de reincidência e dos antecedentes criminais, cada um com sua definição, o que veremos que não é o que ocorre. Assim, o indivíduo é constantemente marcado como criminoso, sendo seu passado indiscriminadamente valorado.

Se não bastasse, os elementos utilizados para valoração das circunstâncias judiciais avaliadas não são claramente definidos pelos juízes, que fazem constatações genéricas, sem firmarem conceitos precisos acerca dos diferentes elementos apresentados na legislação penal. As significações, apesar de profundamente relevantes para a formulação da pena em concreto, são, em geral, desconsideradas pelos juízes, que partem do falso pressuposto de estarem presentes na legislação todas as informações necessárias para sua análise. Com isso, abre-se um espaço não apenas de possibilidades infinitas, como de obscuridade absoluta acerca das razões que levam a formulação da pena, dando aos juízes poderes limitadamente (entre as penas mínima e máxima) ilimitados e abrindo margem para a insegurança jurídica.

Com a finalidade de compreender os discursos jurídicos hegemônicos, que influenciam na formação da pena-base a partir das opções dos julgadores ao definirem os conceitos legais, a presente pesquisa tem como eixo um estudo empírico da aplicação, pelos juízes da área penal, das circunstâncias judiciais determinadas no art. 59 do Código Penal que aferem, de alguma forma, um passado do agente (antecedentes criminais, personalidade e conduta social) no momento da atribuição da pena-base.

⁷ A partir do cotejo do universo de sentenças, procura-se realizar uma análise detalhada da BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁸ *Idem*.

qualificação, pontuando também a quantificação, da primeira fase da dosimetria das penas praticada pelos magistrados, com centralidade não apenas na valoração dada às circunstâncias judiciais no momento de aumento ou redução da pena, mas também, e principalmente, nos conceitos utilizados pelos juízes com a finalidade de concretizar tal valoração.

Serão apresentadas análises individuais da própria reincidência, bem como, e especialmente, de cada uma das circunstâncias citadas (antecedentes, personalidade do agente e conduta social). Para compor o estudo, serão feitos comparativos entre as lições dogmáticas acerca dos institutos referidos e os discursos judiciais, ou seja, entre a teoria e a prática. Far-se-á comparações sobre as aplicações penais destes institutos, realizando-se, ao fim, observações acerca do princípio do *ne bis in idem* e como as práticas judiciais atuam em relação a este. Com essa finalidade, foram selecionados importantes autores da literatura mais atualizada das ciências criminais, com centralidade no livro “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”, de Salo de Carvalho, que detalha o processo de formulação das penas concretas no sistema jurídico do Brasil, mas sem olvidar outras importantes referências no assunto.

2. REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES CRIMINAIS

Inicialmente, escrutina-se o mais objetivo dos critérios de valoração da pena acima mencionados, a reincidência. Isso porque tal critério explicitado e restringido pela própria lei penal, cujo artigo 63 dispõe: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”⁹. Por sua vez, o inciso I do dispositivo subsequente delimita o período de 5 (cinco) anos após a data de cumprimento ou extinção da pena como tempo máximo para que condenação anterior possa ser considerada como reincidência. Tal limitação temporal confere efetividade à Constituição Federal, que proíbe expressamente penas perpétuas¹⁰.

Assim, para fins da presente pesquisa empírica, há pouco o que se discutir em relação à aplicação do instituto da reincidência pelos juízes criminais. Com efeito, observou-se que há uma subsunção

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

10 Art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2022.

literal da norma penal aos casos concretos.

O mesmo não ocorre com as circunstâncias judiciais, por serem elas apenas elencadas de forma abrangente, aberta e imprecisa. Percebe-se, desse modo, da análise dos antecedentes penais, que permanece a mesma motivação punitiva que a reincidência, com algumas discrepâncias entre a doutrina penal e a aplicação do Código Penal.

Ainda assim, a circunstância referente aos “antecedentes criminais” é, dentre as demais, a que possui uma fundamentação mais precisa e aceita na doutrina e na jurisprudência, pois, mesmo que existam diversas controvérsias acerca de pontos específicos, seu entendimento é profundamente baseado no instituto da reincidência.

Os antecedentes são considerados, de forma mais genérica, como qualquer outro envolvimento do agente com o sistema criminal, antes da prática do novo crime¹¹. Sendo assim, os antecedentes criminais englobariam a reincidência, que seria uma espécie do gênero. Não obstante, para a definição de antecedentes criminais como circunstância judicial, capaz de influir negativamente na pena a ser aplicada, foram impostos limites necessários à adequação com o ordenamento jurídico brasileiro. Exemplo disso são as Súmulas 241¹² e 444¹³, ambas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que atuam na regulamentação deste instituto em conjunto com demais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que serão analisados.

Outra característica especial dessa circunstância, que limita o grau de disparidades entre os entendimentos jurisprudenciais, é que ela não comporta uma forma positiva, ou há antecedentes a serem avaliados, ou não, caso em que se torna neutra a circunstância. É normal que o juiz diga apenas que “o réu é primário, de bons antecedentes” ou “não possui antecedentes criminais” para que se compreenda o que está sob avaliação: não há anotações em sua Folha de Antecedentes Penais, único instrumento apto a gerar provas acerca desta circunstância.

Apesar de compartilharem esse meio probatório, soluciona-se doutrinariamente a questão, acerca da diferenciação entre a circunstância judicial e a reincidência, ao se considerarem “antecedentes para fins de análise judicial na aplicação da pena-base aquelas condenações criminais com trânsito em julgado que não constituem reincidência”¹⁴ – que seriam aquelas cujo trânsito em julgado ocorre em

11 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 356.

12 “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA 241, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2000, DJ 15/09/2000, p. 229)

13 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

14 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 360.

momento posterior ao cometimento de novo delito. Assim, o tempo dos fatos e o tempo do trânsito em julgado estabelece a possibilidade de aplicação da reincidência ou dos antecedentes criminais para recrudescimento da pena. Tem-se, então, que cada um destes institutos é determinado de forma específica, de forma a impedir confusões entre estes na aplicação penal, já que os antecedentes seriam aplicados somente nos casos em que não cabe a aplicação da reincidência.

Aqui começam as primeiras divergências importantes entre a dogmática penal e a prática judicial. Nota-se que, em sua maioria, os juízes não se dedicam a explicar o que consideram como antecedentes, meramente citando a Folha de Antecedentes Criminais (FAP). Cria-se uma divergência considerável entre essas decisões pouco elaboradas, que não apresentam o significado dado pelo juiz à circunstância analisada, e aquelas com explicações extensas que convergem exatamente com o entendimento dogmático, confira-se:

O acusado ostenta uma condenação criminal, definitivamente julgada, a qual, no entanto, não é dada à caracterização da reincidência, tendo em vista a data do trânsito em julgado. Assim, valho-me da condenação proferida nos autos do processo 1295-8, da Vara Criminal e Tribunal do Júri do Núcleo Bandeirante, referente a fato ocorrido em 11/03/2015 (anterior ao ora apreciado), e com trânsito em julgado em 24/10/2017 (data posterior ao fato aqui em apuração, porém anterior ao julgamento do feito). Dessa forma, o réu registra maus antecedentes criminais.¹⁵

Ou, de forma mais simplificada, mas seguindo o entendimento, com a simples relação de datas, como: “a ré possui maus antecedentes (Processo nº 2010.01.1.136137-7; data do fato: 29/07/2010; Data do trânsito em julgado: 16/02/2017 - fl. 220)”¹⁶.

Essas explicações acertadas contrastam com sentenças nas quais os institutos se confundem, a saber: quando o julgador considera apenas o fato de o réu possuir mais de um crime anterior transitado em julgado como suficiente para que seja considerado reincidente e possuidor de antecedentes criminais negativos. É apenas afirmado que o réu “possui maus antecedentes” ou indicada a página onde está a folha de antecedentes do réu. Em casos assim, impossível saber, de pronto, qual entendimento acerca dos antecedentes foi aplicado ou em que se baseou o juiz para afirmar os antecedentes, o que gera insegurança no processo, pois não fica claro como e por qual razão foi tomada a decisão de aumentar a pena.

Em diversas hipóteses, de forma explícita, não é feita qualquer diferenciação entre antecedentes e reincidência, sendo considerado unicamente o número de condenações que possui o réu. Assim, a

15 Processo nº. 20170110135168, TJDFI.

16 Processo nº. 20181610022673, TJDFI.

primeira condenação seria utilizada para configurar a reincidência, e, havendo outras condenações, o réu tem sua pena aumentada também com base na circunstância dos antecedentes. Os juízes criam, com essa forma de valoração, o instituto da multirreincidência, como autorizadora de uma valoração negativa localizada tanto na primeira quanto na segunda fase na dosimetria penal, ou seja, “a jurisprudência ampliou o conceito de reincidência para o de multirreincidência ou reincidência qualificada e criou a consequência legal para isso”¹⁷.

Ainda que a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça imponha que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, os julgadores utilizam a argumentação de que não estariam violando o ordenamento, por tratarem de condenações diferentes. Há, portanto, uma desvirtuação do próprio conceito de reincidência, que aparece vinculado a uma condenação penal transitada em julgado, estando outra condenação a mais excluída deste escopo e, portanto, passível de gerar a valoração negativa das circunstâncias judiciais.

Tal entendimento ocorre de forma reiterada nas motivações das sentenças proferidas. São realizadas divisões entre as sentenças anteriores de forma completamente arbitrária, sem qualquer explicação das razões que levariam uma condenação a configurar reincidência e outras a configurarem antecedentes, sendo feita uma separação simplista entre os dois institutos. Veja-se como:

No exame dos antecedentes, verifico que o acusado possui três condenações criminais transitadas em julgado (fls. 32/33, 35, 36), a primeira será considerada somente na segunda fase do cálculo da pena para fins de reincidência, ao passo que as demais serão utilizadas nesta etapa da dosimetria como maus antecedentes.¹⁸

O réu tem maus antecedentes, possuindo duas condenações com trânsito em julgado, de modo que utilizo o registro de fls. 25/26 para desvalorar essa circunstância judicial, deixando o outro para a análise da reincidência.¹⁹

As valorações aplicadas nesses casos subvertem todo o entendimento criado acerca do que seria o instituto dos antecedentes criminais. Confunde-se seu significado ao realizar apenas uma dupla aplicação da reincidência, ou seja, sendo julgado o mesmo elemento mais de uma vez, o que configura uma clara afronta ao princípio do *ne bis in idem*²⁰. Este princípio, que será melhor desenvolvido adiante, é

17 JACOB, Muriel Amaral *et al.* A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: CULTURA PUNITIVISTA E AS IMPLICAÇÕES NA DOSIMETRIA DA PENA. In: CAMPELLO, Lívia Gaigher Bosio; LANNES, Yuri Nathan da Costa. **Anais do V Congresso Nacional da FEPODI**. Florianópolis: FEPODI, 2017, p. 865.

18 Processo nº. 20170910134403, TJDFI.

19 Processo nº. 20180710022722, TJDFI.

20 Para uma definição do princípio do *ne bis in idem*, Cf: QUEIROZ, P. **Ne bis in idem**. “Não é possível punir-se, mais de uma vez, uma mesma conduta (ação ou omissão) por um mesmo fundamento jurídico, sob pena de violação ao princípio *ne bis in idem*, que tem tríplice dimensão: penal, processual e executória, a impedir que o réu ou indiciado possa ser investigado, processado, condenado ou punido pelo mesmo fato. O princípio está previsto no artigo 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: ‘Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país’. E no Pacto de São José da Costa Rica, cujo artigo 8º, 4, diz: ‘O acusado absolvido por sentença passada em julgado não

um dos pilares do funcionamento do direito penal no sistema democrático de direito, de acordo com o qual não se pode punir alguém mais de uma vez pelo mesmo fato. Ainda que não seja a mesma anotação na FAP, o fato em análise não poderia considerar o crime anterior em concreto, pois isso, por si só, já seria uma dupla punição. O que deveria ser considerado é o fato de possuir o réu condenação anterior com trânsito em julgado, podendo configurar reincidência ou antecedentes, cada um destes em sua esfera de significação, sendo institutos diversos, não intercambiáveis.

As críticas doutrinárias realizadas contra o instituto da reincidência também se agravam com essa pretensão de se realizar mais uma punição com base em condenações anteriores. Se “a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência”²¹, o critério caracteriza uma tripla punição, em que é acrescentado tempo de pena em cada um dos crimes cometidos anteriormente, utilizando-se de institutos distintos.

Aliás, mesmo quando o julgador busca diferenciar os antecedentes criminais da reincidência, o faz de forma a afastar-se ainda mais dos entendimentos apresentados pela doutrina penal. Utiliza-se a falta de determinação legal acerca da delimitação dos antecedentes criminais, tanto em relação ao seu conceito quanto ao seu limite temporal, para recrudescer a pena, seja desconsiderando o prazo limitador de 5 (cinco) anos que regulamenta a reincidência, seja contraditando a Súmula 444 do STJ, com base em conceitos completamente alheios ao sistema penal vigente, como a ideia de “plausibilidade na manutenção da condenação”. Vê-se que a “omissão legislativa é a responsável pelo desarrazoado entendimento de o antecedente criminal sempre ser considerado na fixação da pena-base na primeira fase do processo trifásico”²².

Essa imputação indiscriminada de maus antecedentes gera um estigma eterno para o apenado. Sobre o tema, Boschi afirma que, “por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, que, segundo o art. 64 do CP, gera o fenômeno da prescrição da reincidência, deveria também arredar aos maus antecedentes”²³, considerando que “carece de sentido que o decurso do tempo produza

o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos da causa poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos’. Trata-se de proibição que resulta diretamente dos princípios da proporcionalidade e legalidade, a evitar múltipla valoração e punição do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico. Consequentemente, é vedada a multiplicidade de penas para o mesmo sujeito, por uma mesma ação ou omissão, se tiverem um mesmo fundamento”.

21 SANTOS, 2005, *Op. Cit.*, p. 121.

22 PÊCEGO, Antônio José F. de S.; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Antecedentes e Reincidência Criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do Direito Penal. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, nº 9, p. 183-198, jul./dez. 2013, p. 195.

23 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes”²⁴. Nota-se que, em ambos os institutos, são consideradas as mesmas fundamentações de existência e idênticos valores²⁵, conduzindo a uma incoerência na utilização de um deles para determinar que o “autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo”²⁶.

3. PERSONALIDADE DO AGENTE E CONDUTA SOCIAL

Em análise à circunstância judicial pertinente à conduta social do agente, percebe-se que a grande maioria dos casos de valoração negativa ancora-se, e aqui também, exclusivamente em condenações anteriores, sendo apenas citada a Folha de Antecedentes Penais de forma vaga, como se fosse fato consumado que mais condenações seriam logicamente percebidas como conduta social adversa que ensejaria maior punição. Ilustra esse entendimento, o seguinte excerto de uma das sentenças analisadas:

O agente, além de reincidente e cuja implicação será analisada na fase própria da estipulação da pena, ostenta anotações em sua folha penal que autorizam identificar seus antecedentes desabonadores, bem como sua personalidade voltada para o crime e sua conduta social é inadequada. Assim, as anotações certificadas às fls. 55, 57 e 58 serão utilizadas na segunda fase de fixação da pena, para fins de consideração da reincidência, enquanto os registros certificados às fls. 54, 56 e 59 serão valorados negativamente para consideração desfavorável dos antecedentes, conduta social e personalidade.²⁷

Nas oportunidades que delimitam o conceito dessa circunstância judicial, os julgadores tendem a apresentar noções que a diferencie das demais circunstâncias aqui tratadas, em consonância com delimitações doutrinárias. Têm-se fundamentos como:

o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, da escola, do trabalho, da vizinhança;
a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos);
o modo como o denunciado comporta-se nos círculos sociais em que transita (família, ambiente de trabalho, vizinhança, etc.).

Todavia, em uma verificação quantitativa, observa-se uma aproximação entre os elementos para

24 *Idem.*

25 PÊCEGO; SILVEIRA, 2013, *Op. Cit.*, p. 188.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 786.

27 Processo nº 20180310042276, TJDFI.

valoração da conduta social e da personalidade do agente, bem como desses com os antecedentes criminais. Na amostra analisada, a conduta social foi valorada negativamente em 6,5% das sentenças, enquanto a personalidade foi considerada para efeitos de aumento de pena em quase 12% dos casos. Ainda que não sejam as circunstâncias de maior expressividade, o fator mais alarmante a ser considerado é que, nessas avaliações, foram considerados elementos da folha de antecedentes criminais do réu em 85% das vezes, na personalidade, e 75%, na conduta social. Torna-se aqui clara não só a utilização das mesmas motivações, como a aproximação com a reincidência e os elementos dos antecedentes criminais.

Há uma clara problemática em relação à valoração da conduta social, principalmente quando avaliada de forma negativa, sendo muito difícil compreender esse instituto dentro de uma perspectiva de direito penal do fato. Em teoria, é a ideologia aplicada ao Direito Penal no Estado brasileiro, em oposição ao direito penal do autor, que se caracteriza pelo julgamento não da conduta praticada de forma objetiva, mas sim do indivíduo que comete algum delito. Sob essa perspectiva, fica evidente que “esta espécie de julgamento densifica, pois, uma lógica ou um padrão inquisitório, situação que, em última análise, potencializa o arbítrio judicial”²⁸, sendo essa circunstância analisada pelos dados mais facilmente alcançados pelo magistrado, ou seja, a Folha de Antecedentes.

Nesse sentido, “a adaptabilidade ou o desajuste social do réu, seu estilo de vida junto à comunidade”²⁹, bem como o complexo e controverso conceito de personalidade³⁰, são, na grande maioria das vezes, utilizados como pano de fundo para um aumento de pena reiterado com referência à reincidência. Entretanto, a fim de burlar a dupla incriminação, utilizam de valorações morais como pretexto para justificar o recrudesimento, como em:

A personalidade do réu se mostra *desajustada*, pois voltada para a prática de infrações penais, pois além da condenação utilizada a título de antecedentes (fl. 22) e das condenações que serão utilizadas para configurar reincidência (fls. 26 e 27), verifico que o acusado apresenta outra condenação definitiva (fls. 24-25), o que denota *sua propensão à prática reiterada de infrações penais*;³¹ Possui a personalidade *desajustada e tendente à criminalidade*, tendo em vista a prática reiterada de infrações penais;³²

Ante a condenação de fl. 121, mostra-se admissível valoração negativa da personalidade do réu, demonstrando *mente vocacionada à conduta de crimes contra o patrimônio*;³³

Utilizo a condenação definitiva descrita a fl. 56 para considerar o réu portador de má conduta social. Tal anotação é demonstrativo de que o mesmo é *indiferente ao cumprimento das regras de convívio social*, sendo certo que a prática de crime, atestada em condenação definitiva, constitui-se uma mácula do indivíduo na sociedade em que vive;

28 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 367.

29 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 364.

30 SANTOS, 2012, *Op. Cit.*, p. 113.

31 Processo nº 20180110223794, TJDFT

32 Processo nº 20150111156622, TJDFT.

33 Processo nº 20170410079164, TJDFT.

Ainda com fundamento histórico delitivo, utilizo as condenações de f. 104, 107 e 110, para valorar negativamente sua conduta social, haja vista seu contumaz comportamento voltado à prática de delitos patrimoniais, o que revela *sua aversão ao trabalho e menosprezo ao patrimônio alheio*; (grifos acrescentados)

É completamente ignorado pelo juiz o fato de que já existe uma circunstância judicial e uma agravante voltadas justamente para compreender o passado criminal do agente, fazendo com que seja reiteradamente avaliado e julgado, com a pífia “defesa” de que tal análise não seria causa de *bis in idem*, pois utiliza sentenças condenatórias diferentes para cada valoração negativa. Confira-se:

Com relação aos antecedentes, verifico que o condenado contém seis anotações em sua folha penal. Dessa forma, utilizo uma anotação para valoração negativa dos antecedentes (fl. 19), outra anotação para valoração negativa da conduta social (fl. 17), e outras anotação para valoração negativa da personalidade (fl. 13, 14 e 16). A anotação de fl. 30/31 será utilizada para caracterização da reincidência, na segunda fase da dosimetria.³⁴

Assim, de alguma forma, os julgadores compreendem que quem possui apenas uma condenação anterior transitada em julgado é reincidente, com duas torna-se também portador de maus antecedentes, a partir de três, sem explicações, ou a personalidade aparece como um fator determinante, ou a conduta social mostra-se negativa. No auge desse pensamento, temos os casos em que, a partir de quatro condenações anteriores, os quatro elementos citados são valorados negativamente e aumentam a pena simultaneamente.

Flexibiliza-se, em excesso, o conceito e a finalidade das circunstâncias da primeira fase de cálculo da pena, de forma que o único elemento a ser valorado se torna a FAP, sendo eleitas aleatoriamente quais condenações anteriores devem ser utilizadas para cada circunstância, de forma a recrudescer a pena o máximo possível, sem qualquer justificativa do que se entende por estes elementos de formulação da pena-base. Caso o réu possua mais de uma anotação em sua folha, em vez de um entendimento qualitativo, de significado de cada circunstância e de sua aplicação prática ao caso específico, é feita uma avaliação quantitativa, na qual a medida da pena se dá pela quantidade de condenações anteriores:

Com relação aos antecedentes, verifico que o acusado contém quatro anotações em sua folha penal, motivo pelo qual utilizarei uma para valoração negativa dos antecedentes (fl. 63), outra para valoração negativa da personalidade do réu (fl. 62) e outra para valoração negativa de sua conduta social (fl. 64). A quarta anotação será utilizada na segunda fase, para caracterização da reincidência.³⁵

34 Processo nº 20181110010480, TJDFT

35 Processo nº 20181110014732, TJDFT.

A personalidade do agente é objeto de múltiplos estudos na área da Criminologia Crítica, já que “os problemas centrais oferecidos pela circunstância *personalidade do réu* são os da *ausência de precisão conceitual* e da *carência de uma metodologia de análise*”³⁶. Falta aos juízes “formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo e conceito”³⁷ da personalidade, que é construído a partir dos atributos considerados aceitáveis pelos julgadores, baseando-se em si mesmos³⁸, bem como de uma vinculação entre o direito e a moral, em contrariedade ao princípio da secularização³⁹. Para além, é fundamentado a partir de análises morais extremamente vagas, que criam a ideia de um indivíduo criminoso, que estaria em constante conflito com o ordenamento jurídico, praticando ações delituosas, não pela sua condição de vida ou pela ausência de opções abertas pelo Estado após o encarceramento, mas por uma personalidade que seria inclinada a realizar crimes, ainda que nada digam as ciências da Psicologia sobre essa determinação.

Boschi acertadamente percebe que:

a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’, ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.⁴⁰

A partir desta rotulação, foram encontrados casos sintomáticos, em que a personalidade é vinculada a um juízo de valor futuro do julgador, que projeta, no passado condenatório do réu, um porvir predeterminado:

O réu possui diversas reincidências. Retirando-se o evento mais antigo (IP 267, fls 84 e 149), as demais condenações moldam a sua personalidade, que justifica o recrudesimento da pena ante as informações do IP [...], indicando que o réu é um criminoso habitual e, enquanto estiver solto, *continuará delinquindo e ameaçando a paz social*,⁴¹

É, sem dúvida, um *criminoso habitual*, com uma *personalidade incomum*, porque *depois com tranquilidade*, apesar da vasta ficha criminosa.⁴²

Sem qualquer aprofundamento sobre o conceito de personalidade a ser utilizado para valoração, os magistrados se valem unicamente das FAPs. Criam uma ideia de desajuste da personalidade, quantificado conforme a tendência do indivíduo ao crime, percebido, sem bases teóricas apresentadas, como um desvio social. Nessa perspectiva, o crime seria realizado por pessoas de personalidade

36 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 370.

37 SANTOS, 2012, *Op. Cit.*, p. 113.

38 BOSCHI, 2011, *Op. Cit.*, p. 171

39 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 372.

40 BOSCHI, *Op. Cit.*, p. 211.

41 Processo nº 20150111157150, TJDFI

42 Processo nº 20170110241438, TJDFI, grifos acrescentados.

específica, com uma moral duvidosa:

A personalidade do réu se mostra *desajustada, pois voltada para a prática reiterada de infrações penais*, conforme se verifica das várias condenações definitivas pela prática de fatos semelhantes anteriores e posteriores a este fato (fls. 231, 235, 236, 245, 246 e 250), que denota sua propensão à prática reiterada de infrações penais.⁴³

Com essas ideias genéricas acerca do conceito de personalidade e de conduta social, o juiz atua de forma a restringir as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ora, como seria possível uma contraposição objetiva à opinião pessoal do julgador acerca da noção criada por ele sobre o que seria personalidade e como ela pode ser socialmente ajustada ou não? Ou, ainda, acerca do modo de vida do indivíduo, de suas aspirações e sua inclusão social?

Dentro da subjetividade absoluta, não há espaço para contestações. Assim, são utilizados conceitos abrangentes e indefinidos a fim de, novamente, possibilitar a recriação exacerbada com base em sentenças condenatórias anteriores. Nesse sentido, define-se que quanto mais crimes anteriores, maior pode ser a pena-base:

O réu ostenta condenações por fatos anteriores ao ora julgado, definitivamente julgadas e que ainda não alcançaram o prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal. De tais anotações, utilizo as descritas às fls. 131, 132 e 133 para valorar negativamente os maus antecedentes, personalidade e conduta social do réu.⁴⁴

A personalidade do agente é voltada para a prática de crimes, fato que se comprova pela extensa folha de antecedentes penais, especialmente pela certidão de fls. 51, não utilizada como maus antecedentes ou reincidência e, portanto, não configurando *bis in idem*.⁴⁵

Tem-se, sobre a forma de entendimento acerca da personalidade do agente, acertada visão de Paulo Queiroz:

No particular, não é raro assinalar que ‘o réu tem personalidade agressiva’, ‘personalidade voltada para o crime’ etc., esquecendo-se, primeiro, que nada disso autoriza a condenação de quem quer que seja, razão pela qual tampouco pode justificar a majoração da pena, castigando-se pela via indireta o que não o é pela via direta; segundo, porque, a permitir que o Estado possa coagir os cidadãos a não serem agressivos, malvados etc., estar-se-ia a confundir direito e moral, punindo o autor não exatamente pelo que fez, mas pelo que é.⁴⁶

Essa ideia é seguida em diversas das decisões estudadas, chegando ao ponto em que se confundem completamente os conceitos de personalidade do agente, reincidência, antecedentes criminais e conduta social com uma análise moral do passado do agente, sem sequer diferenciar cada

43 Processo nº 20140110103132, TJDFT, grifos acrescentados.

44 Processo nº 20180310000396, TJDFT.

45 Processo nº 20180710042564, TJDFT.

46 QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. 2018.

um destes elementos. Gera-se, então, uma situação de constante insegurança jurídica, retirando do réu seu direito de compreensão dos institutos utilizados para produzir um aumento indiscriminado de sua pena.

A fim de elevar a pena, o magistrado se satisfaz em citar registros criminais anteriores, sem qualquer cuidado em dar explicações de como estes eventos poderiam ser elementos cruciais para afetar a personalidade do agente (ou as outras circunstâncias judiciais aqui mencionadas). Tais afirmações foram encontradas na grande maioria das varas penais analisadas, demonstrando que os juízes não se atentam ao fato de que “os registros criminais somente podem ser valorados na qualidade de antecedentes. Do contrário, estar-se-ia legitimando a proliferação dos mesmos dados como conteúdo de duas ou mais circunstâncias, o que implicaria igualmente *bis in idem*”⁴⁷.

Concretiza-se um padrão de valoração baseado nas antigas teorias inquisitoriais do direito penal do autor, em que a punição se voltava para a pessoa criminoso, em detrimento do ato, em oposição aos parâmetros constitucionais. E coaduna-se ao entendimento de Salo de Carvalho de que essas circunstâncias judiciais:

em decorrência da centralidade na história de vida dos acusados, reforçam modelos de direito penal do autor, pois voltadas à censura do modo de ser do acusado, e não da sua conduta e do dano concreto produzido ao bem jurídico. Esta espécie de julgamento densifica, pois, uma lógica ou um padrão inquisitório, situação que, em última análise, potencializa o arbítrio judicial⁴⁸

Explica-se:

Este direito penal [do autor] supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico, para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso” [...] “essa situação de pecado penal é censurada, e a pena deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que sua condução de vida tenha alcançado”⁴⁹

Há uma conexão dos institutos aqui selecionados pelo descumprimento institucionalizado do princípio do *ne bis in idem*, com o uso dos mesmos motivadores para o aumento da pena nestes momentos de sua formação. Este princípio, da proibição da dupla valoração, encontra sentido no Estado Democrático de Direito, ao impossibilitar que um mesmo fato possa ensejar mais de uma punição ao indivíduo.

47 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 368-369.

48 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 365.

49 ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131-132.

Mesmo que esse princípio esteja indicado no Código Penal apenas em sua relação entre as agravantes e os elementos constituintes ou qualificadores do crime, no caput do art. 61⁵⁰, deve-se entendê-lo de forma mais abrangente, considerando todas as situações em que existe mais de uma valoração para um mesmo fato. Essa amplitude é o que eleva a proibição ao patamar de princípio, pois permeia todos os momentos da aplicação da lei penal.

Nesse caso, ainda que os magistrados indiquem explicitamente não estarem realizando dupla valoração, afirmando que fazem uso de diferentes sentenças condenatórias para recrudescer a pena em diferentes momentos, deve-se perceber aqui que tal entendimento não é acertado. Tanto a reincidência, com definição precisa no Código Penal, quanto os antecedentes, aqui definidos doutrinariamente, não se baseiam em uma ideia quantitativa, em que apenas uma condenação anterior deveria ser considerada para valorá-los, abrindo possibilidade para que, caso houvesse outras, fossem utilizadas em outras circunstâncias. Trata-se de uma significação qualitativa. Deve-se compreender, portanto, não a condenação como elemento, mas a existência de condenação anterior, seja com trânsito em julgado anterior ao crime avaliado, no caso da reincidência, ou posterior, no caso dos antecedentes.

Ao explicitar, no artigo 63, que “verifica-se reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”⁵¹, se entende a reincidência como um elemento uno, que pode estar presente ou não, a partir da existência de crime anterior com trânsito em julgado, não dependendo da quantidade de crimes anteriores realizados.

Da mesma maneira, deve-se valer de tal noção para os antecedentes criminais, considerando que são circunstâncias judiciais com definições próprias, não podendo ser aplicada de forma indiscriminada, caso haja múltipla reincidência. A não diferenciação destes institutos implica em violação clara do princípio do *ne bis in idem*, pois se utiliza um só elemento, a existência de sentenças condenatórias anteriores, para valoração em mais de um aspecto.

Nesse viés, a lição de Salo de Carvalho:

Apenas na hipótese de haver múltiplas condenações, anteriores e posteriores à data do novo ilícito, é que o réu será considerado reincidente e com maus antecedentes. Importante perceber, portanto, que, diferentemente das noções do senso comum, a relação que configura os antecedentes e a reincidência não ocorre entre fatos, a partir da simples constatação da prática de novo delito. Esta relação se estabelece entre o fato em julgamento e a condenação com trânsito em julgado derivada de outro delito.⁵²

50 “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime” (BRASIL, 1940).

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

52 CARVALHO, 2015, *Op. Cit.*, p. 360.

Seguindo esse mesmo entendimento, utilizar-se da falta de determinação legal para as circunstâncias judiciais relacionadas ao agente para que seja ainda mais valorada a existência de outras anotações na FAP do réu implica, novamente, *bis in idem*. É subvertido tanto o conceito doutrinário dado a essas circunstâncias, quanto o conceito jurídico da reincidência, valorando esta diversas vezes, a depender do número de condenações anteriores.

Tem-se, em muitos casos analisados, o ferimento ao princípio da proibição da dupla incriminação, chegando até, como demonstrado, a incidência de três casos de *bis in idem* em uma única dosimetria, ao utilizarem as mesmas motivações para avaliar reincidência, antecedentes criminais, conduta social e personalidade, quando, em uma aplicação correta, seria aplicável apenas a reincidência ou acrescida, se couber, da valoração negativa dos antecedentes criminais, pois utilizam unicamente as anotações na FAP.

Para além, por se tratar de uma “análise de condutas não tipificadas pelo legislador”⁵³, fere-se o princípio da legalidade, pela falta de critérios para compreensão e julgamento desses elementos, faltando-lhes também legitimidade para proporcionar o aumento da pena⁵⁴. Ainda, o juízo sobre as circunstâncias judiciais sempre levará a julgamentos morais⁵⁵, de forma a punir o “ser” em detrimento da ação⁵⁶. O fato é que essas circunstâncias não cabem no ordenamento brasileiro:

Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez.⁵⁷

4. VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS

Constata-se, ainda, que há jurisprudências utilizadas pelos magistrados de primeira instância,

53 MATTOS, Geovana; VIANNA, Túlio. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

54 STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 187.

55 PASCHOAL, Luana. **Conduta social e personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 93.

56 CARVALHO, A.; CARVALHO, S. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 98.

57 TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo, prescrição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 105-106.

de forma a justificar o aumento da pena com base na folha de antecedentes penais do réu em diversos momentos, como nota-se em:

O agente, além de reincidente e cuja implicação será analisada na fase própria da estipulação da pena, ostenta anotações em sua folha penal que autorizam identificar seus antecedentes desabonadores, bem como sua personalidade voltada para o crime e sua conduta social é inadequada. Assim, as anotações certificadas às fls. 66/67, 73 e 74 serão utilizadas na segunda fase de fixação da pena, para fins de consideração da reincidência, enquanto os registros certificados às fls. 68, 69, 71, 72, 75 e 81 serão valorados para consideração desfavorável dos antecedentes, conduta social e personalidade, o que não configura bis in idem (dupla imputação pelo mesmo fato), conforme reiterada a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Nesse sentido, confira-se:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. DUAS VÍTIMAS. DOIS CRIMES. MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. REGISTROS CRIMINAIS DESABONADORES. ANTECEDENTES CRIMINAIS. PERSONALIDADE E REINCIDÊNCIA. (...) III - A existência de várias condenações criminais transitadas em julgado por fatos anteriores ao delito em apreço pode ser considerada para efeito de se reconhecer a agravante da reincidência e, ainda, para valorar negativamente circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria, de que são exemplos os antecedentes criminais e a personalidade do agente. IV - Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n. 964392, 20150810084267APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/08/2016, Publicado no DJE: 08/09/2016. Pág.: 242/248)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE ARMA. TENTATIVA. TEORIA DA AMOTIO. DUPLA MAJORAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO QUE TRANSITOU EM JULGADO ANTES DA SENTENÇA. PERSONALIDADE. VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRANSITO EM JULGADO. (...) 4) Se o acusado ostenta várias condenações transitadas em julgado, é possível que cada uma delas seja considerada para valoração desfavorável de antecedentes penais, conduta social e personalidade, sem que isso implique em bis in idem. (...) 7) Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n. 987100, 20160710000165APR, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/12/2016, Publicado no DJE: 15/12/2016. Pág.: 142/151)⁵⁸

Demonstra-se, de forma manifesta, a situação de desconsideração generalizada aos princípios da proibição da dupla punição e da legalidade. Não são, como se pode ver, casos isolados ou locais, mas práticas jurídicas habituais que ferem constantemente os direitos dos acusados a um julgamento justo e imparcial.

Sobre o assunto, importante salientar os ensinamentos de Paulo Queiroz, sobre a existência de dupla valoração inerente ao próprio instituto da reincidência:

Discute-se se a circunstância agravante da reincidência ofende o princípio em questão. Parece-nos que sim, uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito anterior, está-se, em verdade, a valorar e castigar, por mais uma vez, a infração anteriormente praticada, em relação à qual o autor já foi sentenciado, chegando-se, por vezes, a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em vinte anos de prisão por latrocínio, aumentá-la de metade em razão da reincidência (mais dez anos). Nota: o

crime anterior (um furto) fora apenado em dois anos de prisão. A rigor, portanto, o condenado estará a cumprir a mesma pena por mais cinco vezes.⁵⁹

Nota-se o caráter inquisitório do próprio instituto da reincidência, enfatizando a problemática do contexto apresentado de valoração múltipla com base em infrações anteriormente praticadas. Os juízes parecem reproduzir conceitos difundidos entre eles, sem ampla consideração de sua aplicação, sem entender que tratam de vidas humanas, da dignidade de indivíduos, do tempo que passarão em prisões superlotadas e com péssimos índices de reinserção social posterior, agravando a caótica situação em que se encontra o sistema penal brasileiro

6. CONCLUSÃO

A grave tendência, explicitada nas sentenças dos juízes analisadas, à utilização do passado criminal do agente, para a intensificação da punição penal, determina um afastamento do direito penal do fato, com aproximação ao direito penal do autor, no qual as características pessoais do indivíduo são julgadas no processo penal, ao invés das ações que ensejaram a repressão, evidenciando um processo inquisitorial. As garantias de defesa do réu, entre elas o contraditório e a ampla defesa, encontram-se limitadas, vez que o julgador age como acusador ao avaliar o caráter e a moral do acusado a partir de noções pessoais subjetivas, que não possuem qualquer base sólida para garantir a possibilidade de contestação.

Nesses julgamentos não somente é feito o aumento com base nos antecedentes penais do réu, como subverte-se o princípio do *ne bis in idem*, fulcral à seara penal no contexto democrático, com a conseqüente violação deste, levando a um estado tanto de insegurança jurídica como de redução de direitos do indivíduo a ser punido, que se vê atrelado intrinsecamente ao seu passado, reduzindo-se possibilidades de mudança de seu futuro.

Na primeira parte deste artigo, buscou-se fazer um paralelo entre o instituto da reincidência e a circunstância judicial dos antecedentes criminais. A partir de uma comparação entre a pesquisa empírica realizada e os ensinamentos doutrinários, foram demonstradas violações a direitos básicos dos sentenciados, notadamente a possibilidade de um processo justo, que é substituído por um julgamento

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. 2018.

do passado do agente, de forma estigmatizante. Apresentou-se a forma como essa circunstância judicial, em razão da ausência de uma definição precisa, é valorada de forma irrefletida e negligente, de forma a buscar sempre um aumento na pena dos sentenciados.

Já na segunda parte, aponta-se como o quadro apresentado é agravado ao compreender-se que condenações anteriores, muitas vezes definidas como reincidência ou antecedentes criminais, são utilizadas para valorar negativamente tanto a circunstância judicial da personalidade do agente, como de sua conduta social. Percebe-se uma realidade de verdadeiro moralismo penal, com rotulação do indivíduo como criminoso e, portanto, não merecedor de um julgamento justo, com base em seus atos, mas tão somente em seu passado e o que são considerados seus atributos pessoais.

Por fim, evidenciou-se brevemente como as práticas referidas ao longo do texto não ficam restritas aos juízes de primeiro grau, que utilizam de jurisprudências diversas para ratificar suas crenças e julgamentos brutais baseados unicamente na extensão da Folha de Antecedentes dos réus. Trata-se de uma realidade iniciada no Código Penal pátrio, que possibilita o julgamento do passado condenatório do sentenciado com a definição de reincidência e a exigência de valoração dos antecedentes penais na pena-base, mas que não é somente utilizada de forma leviana pelos julgadores, como também é expandida ao seu máximo. Para tanto, as circunstâncias judiciais de personalidade e conduta social do agente são esvaziadas de qualquer significado próprio e simplesmente valoradas como se representassem mais formas de definir o “criminoso habitual”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAGIA, A., *et. al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BATISTA, N. **Cem anos de reprovação. Passagens**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 1, n. 1, 2009.
- BOSCHI, J. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- CARVALHO, A.; CARVALHO, S. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, A. **Garantismo Penal Aplicado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, S. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, S. *et. al.* **Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Série Pensando o Direito-Pena Mínima, n. 02, 2009.
- CARVALHO, S. **Reincidência e Antecedentes Criminais**: Abordagem Crítica desde o marco garantista. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76.
- ESTEFAM, A. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FAIRCLOUGH, N. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora UnB, 2001.
- FLORENCIO, A. *et. al.* **Análise do discurso**: fundamentos e práticas. Maceió: EDUFAL, 2009.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão; tradução Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

- FRAGOSO, C.; GLIOCHE, P. **Crimes de furto e de roubo**. São Paulo: Revan, 2017.
- GENEROSO, C. L. **A análise da culpabilidade como circunstância judicial**. Revista Amagis Jurídica, n. 2, p. 9–19, 14 ago. 2019.
- MAGALHÃES, I.; MARTINS, A.; RESENDE, V. **Análise de Discurso Crítica: um método de pesquisa qualitativa**. Brasília: Editora UnB, 2019.
- MATOS, G.; VIANNA, T. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- NUCCI, G. **Individualização da pena**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PASCHOAL, L. **Conduta social e personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- PÊCEGO, A.; SILVEIRA, S. **Antecedentes e Reincidência Criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do Direito Penal**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.
- PRANDO, C. **O saber dos juristas e o controle penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- QUEIROZ, P. **Ne bis in idem**. 2018. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem/>. Acesso em: 17/04/2020.
- QUEIROZ, P., **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.
- SANTOS, J. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Ed, 2012.
- SANTOS, J. **Teoria da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHMITT, R. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- SOARES, R. **Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.
- STOCO, T. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal. Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- STOCO, T. **A pena na medida da culpabilidade**. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, n. 1, p. 115–138, maio de 2020.

TANGERINO, D. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011;

TAVARES, J. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, N. **Direito penal**: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

XAVIER DE SOUZA, P. **Individualização da pena no estado democrático de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1998.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

A LEI 13.718/18 E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

LAW 13.718/18 AND THE CHANGES PROMOTED IN CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Luíza Teixeira Licks Flores¹

Rebecca Cardoso Silva Santos²

Data de Submissão: 7/5/2023

Data de Aceite: 23/11/2023

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar e analisar a Lei 13.718/18, cujas disposições trouxeram mudanças significativas ao Código Penal (Decreto-Lei 2848 de 1940). Promulgada em 25 de setembro de 2018, essa lei tipificou os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, além de ter tornado a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual em pública incondicionada, de alterar os crimes sexuais contra vulnerável e de definir como majorante da pena o estupro coletivo e o estupro corretivo. Essa importante lei alterou o capítulo dos Crimes Contra a Dignidade Sexual e trouxe os doutrinadores a contribuírem com suas análises de cada mudança, principalmente àquelas que eventualmente causam controvérsia para a doutrina, jurisprudência e própria legislação brasileira, no que diz respeito à aplicação penal no caso da vulnerabilidade absoluta para menores de 14 anos e da incapacidade e discernimento da pessoa com enfermidade ou deficiência. Este artigo demonstra a maior proteção da tutela do direito sexual pelo Estado, uma vez que a Lei 13.718/18 delimita situações antes sem respaldo adequado em lei. Para realizar o presente estudo, utilizamos o método de pesquisa exploratória, definindo os limites da dignidade sexual e como a mesma foi inserida no Código Penal, além de buscar mais informações acerca de cada alteração promovida pela mencionada Lei. Após a exposição detalhada, buscamos uma reflexão comparativa entre a relevância da existência e da eficácia dessa nova legislação.

Palavras-chave: Alteração. Liberdade sexual. Dignidade sexual. Vulnerável. Controvérsia.

Abstract: This article aims to present and analyze Law 13.718/18 and the changes it made to the Penal Code. Enacted on September 25, 2018, this law typified the crimes of sexual harassment and disclosure of rape scenes, in addition to making criminal actions for crimes against sexual freedom unconditionally public, changing sexual crimes against the vulnerable and define collective rape and corrective rape as an increased penalty. This important law changed the chapter on Crimes Against Sexual Dignity and brought scholars to contribute with their analyzes of each change, especially those that eventually cause controversy for doctrine, jurisprudence and Brazilian legislation itself, especially with regard to legal application in the in the case of absolute vulnerability for children under 14 years of age and in the case of incapacity and discernment of the person with illness or disability. In addition, this article demonstrates the greater protection of people's sexual dignity by the State, since Law 13.718/18 delimits situations previously without adequate support by law.

1 Luíza Teixeira Licks Flores, graduanda do 8º período em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo campus Goiabeiras, na cidade de Vitória, Brasil. E-mail: luiza.flores@edu.ufes.br. ID Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-8064-8694>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5532384350058164>.

2 Rebecca Cardoso Silva Santos, graduanda do 8º período em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo campus Goiabeiras, na cidade de Vitória, Brasil. E-mail: rebecca.santos@edu.ufes.br. ID Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-3214-1754>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5967003282708856>.

Keywords: *Amendment. Sexual freedom. Sexual dignity. Vulnerable. Controversy.*

1. INTRODUÇÃO

Em 25 de setembro de 2018 foi promulgada, pelo poder executivo, a Lei 13.718/2018³, de vigência imediata, a qual promoveu relevantes modificações no Título VI do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 1940⁴), cuja tutela se dá para a dignidade sexual.

A Lei fora proposta diante da necessidade de reanálise legislativa quanto aos tipos penais elencados no Título VI, eis que determinadas condutas ilícitas não possuíam pleno entendimento acerca de qual tipo penal deveriam ser atribuídas.

Essa situação gerava aplicações diversas para condutas criminosas semelhantes, resultando na inconsistência da aplicação legislativa para casos recorrentes na realidade brasileira que, assim, não recebiam a devida atenção no Código Penal. Além disso, trouxe relevância para os recorrentes debates acerca da impunidade dos indivíduos que reproduzem condutas que ferem a dignidade sexual.

Em síntese, propala-se que as alterações ampliaram a rede de proteção a mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, aumentando as penas para os crimes de estupro coletivo, importunação sexual e divulgação de fotos e vídeos sem autorização, além de tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

Ante o exposto, o presente artigo visa apresentar uma breve análise das modificações trazidas pela Lei 13.718/18 através, inicial e necessariamente, da definição de dignidade sexual no âmbito do Código Penal.

Ademais, as alterações impostas pela nova legislação serão descritas de modo detalhado adiante sua vinculação com o apelo social que vigorava no país devido à lacuna legislativa e consequente impunidade dos agentes, sendo o conjunto de tais fatores o principal impulsionador para elaboração da referida lei. Para estabelecer isso, far-se-á notório o desenvolvimento de uma pesquisa explicativa que permitirá, portanto, a formação do raciocínio crítico acerca da relevância e eficiência da norma a ser explorada.

3 BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 1 dez. 2022.

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

2. A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes de natureza sexual estão previstos no Título VI do Código Penal, denominado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009⁵, antes intitulado de “Crimes contra os Costumes”.

A partir da referida lei, foi reformulada toda a matéria referente aos tipos penais previstos no Título VI, atendendo, assim, às pertinentes críticas doutrinárias.

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.⁶

Protege-se agora a dignidade sexual da vítima e não os costumes da sociedade, expressão pautada em ideais conservadores que afastavam a devida proteção que deveria ser conferida à mulher, garantindo os direitos sexuais apenas daquelas tidas como honestas pela sociedade⁷. Com o passar do tempo e as lutas das mulheres pela igualdade, esse termo foi afastado para deixar claro o papel da lei de proteger a dignidade sexual da vítima e não apenas um estigma cultural⁸.

Portanto, desde 2009 é a dignidade sexual que tem a proteção do Código Penal, sendo a sua violação punida com penas rigorosas, eis que derivada da dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual goza da mesma proteção legal dada a esse fundamento do ordenamento jurídico:

3. A INSERÇÃO DO DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

A Lei 13.718/18 introduz no Código Penal o artigo 215-A para tornar crime a importunação

5 BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 17 dez. 2022.

6 GRECO, R.. **Código Penal: comentado**. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 1.120.

7 VELCIKOVA, K.. **Violenza contro le donne e accesso alla giustizia**. *Questione giustizia*, 2012. Disponível em: <https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/violenza-contro-le-donne-e-accesso-alla-giustizia_87.php>. Acesso em: 24 nov. 2022.

8 MASSON, C.. **Direito penal esquematizado**, v.3: parte especial, arts. 213 a 359-H. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1.

sexual. Antes deste dispositivo legal, as condutas relativas à importunação sexual eram inseridas, a depender do caso, no artigo 61 ou no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais. O artigo 61 consistia em importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. Tal dispositivo fora revogado expressamente pela Lei 13.718/18. Já o artigo 65, revogado pela Lei 14.132/21⁹ que tipificou o crime de perseguição previsto no artigo 147-A do Código Penal, punia a conduta de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

Mesmo destes dispositivos da Lei 3.688/41¹⁰, constantes eram as discussões quanto à lacuna legal relativa a condutas sexuais praticadas sem violência física ou grave ameaça, eis que era evidente o aumento do número de casos de violação à dignidade sexual, o que denota a necessidade de resposta social e jurídica para a situação.

Nesse sentido, destaca-se o debate sobre o índice de casos de importunação em transportes públicos ser crescente, sobretudo, o frotteurismo, que consiste em tocar e esfregar-se em uma pessoa sem seu consentimento. Além disso, vale ressaltar dentre os referidos debates o fato da impunidade do agente ser uma realidade em razão das sanções brandas previstas na Lei de Contravenções¹¹. Sabe-se que a penalização da conduta como crime e não apenas contravenção penal é um avanço substancial na busca pela penalização de atos de importunação.

Ante todo o exposto, originou-se o artigo 215-A¹² do Código Penal, tipificando a importunação sexual, conduta que consiste em realizar ato libidinoso, isto é, ação atentatória ao pudor, com finalidade lasciva ou luxuriosa em relação a si próprio ou a terceiro.

O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, pressupondo pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de auto satisfação do agente, o que diferencia o crime em análise do crime de ato obsceno. Há importunação sexual, por exemplo, quando alguém se masturba em frente a determinada pessoa, porque ela lhe desperta um impulso sexual. O ato obsceno, por sua vez, ocorreria se a masturbação fosse em praça pública, sem visar alguém específico.

Quanto aos sujeitos do crime do artigo 215-A, trata-se de crime comum, não exigindo nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, tampouco do passivo. Na voluntariedade, evidencia-se o dolo,

9 BRASIL. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021.** Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm>. Acesso em: 22 dez. 2022.

10 BRASIL. **Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 22 dez. 2022.

11 *Ibidem.*

12 Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

agindo o agente com a vontade consciente de praticar ato libidinoso contra alguém. No que se refere à consumação e tentativa, a importunação sexual é consumada com a efetiva prática do ato libidinoso e, na prática, difícil se faz a caracterização do conatus, eis que uma vez iniciada a execução do ato libidinoso, já reconhece-se a consumação. Porém, parte da doutrina reconhece, pelo menos em tese, a tentativa, eis que trata-se de delito plurissubsistente:

O crime consuma-se com a prática, contra pessoa determinada, de ato libidinoso cuja finalidade seja a satisfação da lascívia e que não envolva os órgãos genitais. Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se, ao menos em tese, a tentativa, quando o agente, pretendendo praticar o ato libidinoso, é impedido do seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.¹³

Quanto à pena cominada ao delito analisado, esta é de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave, de modo que nota-se o médio potencial ofensivo da infração.

O fator essencial para a distinção da importunação sexual em relação aos demais delitos contra a dignidade sexual é a gravidade da conduta. O crime em análise é considerado pela doutrina um tipo penal subsidiário, sendo configurado quando a conduta do autor não for abrangida por um crime de maior gravidade.

(...) um critério seguro e apto para distinguir o estupro da importunação sexual é a intensidade do ato de natureza libidinoso praticado. Essa intensidade não pode ser medida subjetivamente, deve ser apurada de forma objetiva. Desse modo, a solução é que o estupro deve restringir-se às condutas mais graves, e, em crimes sexuais, o mais grave há de ser, obrigatoriamente, o que envolva, além do necessário toque físico, o contato de órgãos genitais, que são os capazes de produzir a satisfação sexual.¹⁴

Após os apontamentos doutrinários e legais que classificam e caracterizam a conduta ilícita analisada, cabe tecer, por fim, um breve questionamento acerca da eficácia de sua tipificação no Código Penal para a sociedade brasileira, isto é, os efeitos após a criminalização da conduta de importunação sexual.

Sabe-se que a criminalização isolada, sem outras medidas alternativas, não soluciona sintomas mais graves e agudos. Ou seja, a penalização da conduta como crime e não apenas contravenção penal é um avanço substancial na busca pela penalização de atos de importunação, contudo a simples previsão legal não é suficiente¹⁵.

Além da punição do agente, é necessário prevenir a ocorrência de tais atos, o que se dá por meio

13 GRECO FILHO, V.; JALIL, M. S. (coordenadores). **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência**. – 4. ed. rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021, p. 649.

14 GRECO FILHO, V.; JALIL, M. S. (coord.). **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência**. – 4. ed. rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021, p. 648.

15 SANTOS, C. M. L.. **A lei de importunação sexual e sua eficácia na sociedade**. Conteúdo Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57853/a-lei-de-importunao-sexual-e-sua-eficacia-na-sociedade>>. Acesso em: 03 mar. 2023, p. 5-6.

da conscientização da população sobre a ilicitude de condutas desta natureza e das questões de fundo que proporcionam a continuidade da cultura de estupro no país.

Ter o amparo legal é importante, no sentido de coibir essa prática, mas também precisamos falar de educação sexual e comportamental, para homens se conscientizarem da prática machista que é achar que o corpo da mulher está à sua disposição. Temos que trabalhar nos dois campos: na legislação, para que haja a lei que proíba, mas também na educação, no sentido de conscientizar.¹⁶

Sendo assim, existem críticas e melhorias a serem implantadas e, apesar disso, não se pode negar o avanço trazido pela criminalização da importunação sexual

4. INSERÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E DA POSSÍVEL EXPERIÊNCIA SEXUAL PRÉVIA

Antes da entrada em vigor do artigo 217-A, caput e §5º, inserido pela Lei 13.718/18¹⁷, haviam dúvidas quanto a relativização da vulnerabilidade, de modo que a presunção da mesma não seria absoluta e dependeria de cada caso concreto¹⁸. Essa tese não era muito aceita e em 2017 surgiu a Súmula 593 do STJ que se tornou precedente nessa discussão, considerando a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos¹⁹. É possível considerar que a Lei de 2018 veio para confirmar a Súmula, além de estendê-la às pessoas que por enfermidade ou deficiência mental não possuem discernimento, ou, ainda, que por outra causa não possa oferecer resistência para a prática do ato.

A novação é clara e objetiva, proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos²⁰. Nesse sentido, confere maior proteção à pessoa vulnerável, cessando qualquer discussão acerca da relevância do consentimento ou da experiência sexual anterior da pessoa vulnerável para a relação sexual, o que,

quando aplicado genericamente, entra em conflito real de normas com o artigo 6º da Lei 13.146/15²¹,
16 OLIVEIRA apud FERREIRA, L.; MARTINS, F. B. **Lei de Importunação Sexual faz disparar registros no Carnaval do Rio, mas a subnotificação ainda preocupa**. Gênero e Número, 2020. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/importunacao-sexual-carnaval-rio/>>. Acesso em: 04 dez. 2022, p. 1.

17 Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: [...] §5º As penas previstas no caput e nos §§1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

18 HC, nº 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 20/09/1996.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, [2017]. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=593.num>>. Acesso em: 18 dez. 2022.

20 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022, p. 1327. ISBN 9786556809564, p. 521-543.

21 BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/

uma vez que legisla que o deficiente é plenamente capaz para “exercer direitos sexuais e reprodutivos”.

Esse conflito instiga os doutrinadores a realizarem estudos contendo tal discussão. Nucci²² conclui que a vulnerabilidade absoluta só pode ser aplicada aos casos do caput, ou seja, em pessoa menor de 14 anos, de modo que ainda existe relativização quanto à figura dos enfermos ou portadores de deficiência, justamente por serem capazes de exercer direitos sexuais e reprodutivos. Na mesma linha, Prado acredita que o §5º do artigo 217-A merece análise sistemática juntamente ao artigo 26 do mesmo Código, que trata dos inimputáveis, relacionando a capacidade de compreensão da vítima - enferma ou deficiente - para discernir sobre o ato sexual pautado na incapacidade de compreensão por parte da vítima de discernir sobre o ato atentatório contra sua liberdade sexual²³. Além desses autores, Sanches pauta-se na Teoria do Diálogo das Fontes:

[...] nada mais é do que a aplicação da teoria do diálogo das fontes, segundo a qual, diante de eventuais conflitos normativos, ao invés de simplesmente excluir-se uma norma pela outra se deve buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada.²⁴

Dessa maneira, resta à jurisprudência averiguar sistematicamente, evitando possíveis contradições, cada caso concreto, a partir de perícia, para verificar a capacidade da pessoa deficiente de compreender o ato de natureza sexual conscientemente. Isso pois, Prado²⁵ acredita que determinados indivíduos, capazes de exercerem seus desejos, são anuídos por alguma deficiência ou enfermidade.

Além disso, quando se trata da criança é necessário diferenciar tal conceito, delimitado até os 12 anos de idade, e de adolescente, até 18 anos, do de menor previsto no Código Penal, que elenca com idade igual ou inferior a 14 anos em relação a crimes de natureza sexual e menor de 18 anos em relação à prossecução penal.

Cezar Roberto Bitencourt²⁶ vê tal questão como incompatível com a presunção de vulnerabilidade absoluta, visto que atos insignificantes que ocorrem entre adolescentes levariam a aplicação de medidas socioeducativas indevidas. Paulo Queiroz, após estudo da matéria, segue na mesma linha teórica que Bitencourt, em suas palavras:

L13146.htm>. Acesso em 23 dez. 2022.

22 NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Arts. 213 a 361 do Código Penal. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643752. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643752/>>. Acesso em: 29 nov. 2022, p. 54.

23 PRADO, L. R.. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial (arts 129 a 249C.P). Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019, p. 500-521.

24 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. ISBN 9786556809564, p. 610.

25 PRADO, L. R.. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial (arts 129 a 249C.P). Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019, p. 465-521.

26 BITENCOURT, C. R.. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4, p. 169-171.

[...] Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de 12 anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato²⁷.

De encontro com o exposto, utiliza-se a ideia relativa aos 14 anos, uma vez que essas pessoas são consideradas vulneráveis e, por isso, recebem maior proteção estatal. Porém, ainda há controvérsia sobre a caracterização do delito, onde a vítima tem entre 14 e 18 anos; não sendo considerada vulnerável, logo, trata-se do delito de estupro e não do delito de estupro de vulnerável.

5. INSERÇÃO DO DELITO DE DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO

Infelizmente, cada vez se tornam mais comuns casos em que uma pessoa é surpreendida pela divulgação da sua intimidade em meios virtuais, de acordo com Rogério Sanches Cunha, isso ocorre:

[...] em decorrência de colaboração involuntária da própria pessoa, que se deixa fotografar ou filmar, ou ainda envia imagens íntimas a alguém próximo, em caráter confidencial, e acaba surpreendida pela deslealdade, seja por violação da intimidade sem o conhecimento do interessado, são muitos os casos envolvendo anônimos e famosos que, repentinamente, veem-se envolvidos na constrangedora situação de ter sua intimidade exposta virtualmente a bilhões de pessoas. Há ainda os casos de estupros registrados pelos próprios autores e depois divulgados, o que certamente acentua a já gravíssima ofensa à dignidade sexual da vítima.[...].²⁸

Um caso exemplo que culminou na aprovação da Lei 12.737/12²⁹ (Lei Carolina Dieckmann, informalmente), inserindo o artigo 154-A do CP brasileiro, de modo a punir a invasão de dispositivo informático. A atriz, vítima cujo nome foi “homenageado” pela Lei, teve seu computador violado, o que desencadeou na subtração e divulgação de fotos íntimas.

Mesmo com a Lei Carolina Dieckmann, a multiplicidade de condutas do mesmo gênero era desconumal, o que fez transparecer a carência do Código Penal que não considerava situações em que a intimidade da pessoa é violada por outros meios, principalmente quando se fala de dignidade sexual.

Por essa razão, a Lei 13.718/18 se preocupou em adicionar ao Código Penal a redação do artigo 218-C, cuja pena cominada no caput representa médio potencial ofensivo, sendo admitida a suspensão

27 QUEIROZ, P. **Do estupro**. Paulo Queiroz, 2011. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/>>. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 8.

28 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. ISBN 9786556809564, p. 625.

29 BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências, Brasília, DF, 3 dez.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm> Acesso em: 15 dez. 2022.

condicional do processo, levando ao acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP) ainda que incida majorante.

Essa outra tipificação criada no Código Penal pela Lei 13.718/18 foi a divulgação de cena de estupro, cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. O delito está presente no artigo 218-C do mesmo código³⁰.

Antes desse “novo” crime, por não haver previsão legal expressa, existia uma lacuna na tipificação da prática, restando, por isso, a não aplicação de sanção adequada ao autor do fato. Nas situações em que estava presente a conduta de divulgar cena de sexo, nudez ou de pornografia, independente de seu contexto, era imputado ao autor o crime de difamação ou até em processo na esfera cível para reparação de danos morais à vítima. Ademais, pontua-se a análise do artigo 154-A do CP, que poderia concorrer em concurso material com o crime em questão.

A partir do surgimento do mencionado tipo incriminou-se, expressamente, as condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual, dentre outros, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

No mesmo sentido, se o autor do delito invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, estará configurado o crime do art. 154-A do Código Penal.

É importante mencionar que o “simples” acesso ou armazenamento a estes registros não configuram o delito. Ainda, outro ponto a se atentar é que caso as cenas de estupro que fala o artigo 218-C seja envolvendo criança, será aplicado o artigo 241 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente³¹ e não o artigo deste tópico, seguindo a recomendação do artigo quando redige que será

30 Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

31 BRASIL. **Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 dez. 2022.

aplicada a pena do mesmo apenas caso o fato não constitua crime mais grave, como nesse caso. Isso pois, os artigos do ECA possuem pena maior que o artigo 218-C do CP para casos de cena de estupro que envolvem criança³².

O crime é formal e de ação múltipla alternativa, pois, além de não haver necessidade de um resultado naturalístico, a prática de qualquer uma das condutas elencadas tipifica o delito, de modo que se ocorrerem mais de uma conduta, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, não estará configurada a pluralidade de delitos, mas sim de um crime único.

Essa nova tipificação tem como objeto material as fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais que contenham cena de estupro ou de estupro de vulnerável, façam apologia ou induzam a suas práticas e/ou consistam em registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.

Desdobrando melhor cada tipo de conteúdo, respectivamente, vemos que: trata-se de violência sexual real registrada e difundida por qualquer meio, valendo ressaltar que as cenas de estupro de vulnerável são referentes apenas àqueles que possuem enfermidade ou deficiência mental e, por isso, não possuem discernimento para a prática do ato, ou que, não consiga ter resistência, isso pois, como vimos, quando se trata de menor de quatorze anos, o crime caracterizado será o do art. 241 ou 241-A do ECA; pune-se a divulgação objeto material que faça apologia ou induza a prática de estupro, independentemente das imagens propagarem *ipsis litteris* cenas de sexo; esse conteúdo se resume a cena de sexo, nudez ou pornografia sem que o sujeito passivo tenha consentido para sua divulgação e não cena de violência sexual³³.

Ainda na análise técnica do artigo, podemos observar que se trata de um crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode configurar o polo ativo e passivo. Vê-se que, caso o polo passivo seja um sujeito que mantém ou manteve relação íntima de afeto com o autor, aumenta-se a pena de um a dois terços, conforme o §1º, assim como, nos casos em que se tratar de criança o caso concreto será tratado nos moldes do ECA. Outra exceção comentada por Sanches³⁴ é a presente no artigo 226, inciso II: “Se o agente é descendente, ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, a

32 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. ISBN 9786556809564, p. 625.

33 ROMANO, R. T. **Divulgação de cenas de sexo ou pornografia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5737, 17 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72572>. Acesso em: 1 dez. 2022. p. 1-4.

34 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1327 p. ISBN 9786556809564, p. 519-539.

pena será majorada na metade.”.

A voluntariedade desse delito é o dolo de praticar uma das ações nucleares do tipo, de modo que não se exige elemento subjetivo consistente em praticar uma das ações nucleares típicas, não sendo necessário qualquer elemento subjetivo específico, sequer ser o lucro a finalidade. Como dito, o crime é de qualidade formal, logo, se consuma com a prática da ação típica.

Abrange a coautoria e parte dos núcleos pode ocorrer de maneira continuada, como a exposição à venda, a disponibilização e a divulgação. Para o doutrinador Sanches³⁵, a tentativa é possível, já que o agente pode ser interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade em quase todas as ações típicas, exceto o núcleo de oferecer.

O parágrafo primeiro do artigo 218-C prevê duas hipóteses para majorar a pena de um a dois terços, sejam elas: se o delito for cometido por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou se ocorrer com a finalidade de vingança ou humilhação (revenge porn³⁶). A conjunção “ou” deixa explícita a ideia de que basta ocorrer uma das duas situações para que a majorante seja aplicada.

O legislador entendeu por majorar a pena nesses casos por considerar a conduta mais grave frente à confiança presumida entre pessoas com relação íntima de afeto, devendo a pena ser estabelecida nos termos da proporcionalidade do ocorrido com o afeto. Não obstante, a segunda parte do parágrafo exige a finalidade específica de obter vingança ou a humilhação da vítima, sendo que, da mesma maneira, a elevação da pena deve estar de acordo com o grau de relação entre sujeito ativo e passivo, em cada caso concreto. O autor Guilherme de Souza Nucci exemplifica a conformidade dos fatos com a majorante:

[...] Ilustrando, quem assim age após a primeira noite de sexo com alguém que conheceu há pouco tempo merece uma elevação de 1/3; quem já é noivo ou casado com a vítima merece um aumento de 2/3. [...] quanto mais próximos, mais grave a conduta; quanto mais distantes, menos grave. Pode-se, ainda, indicar o aumento de 2/3 para o agente que, mantendo relação íntima de afeto com a vítima, divulga sua nudez para humilhá-la.³⁷

Em tratamento do artigo 218-C, a exclusão de ilicitude ocorre nos casos em que pessoa maior de dezoito anos utiliza da mídia para fins jornalísticos, científicos, culturais e acadêmicos, desde que tenham recursos que impossibilitem a identificação da possível vítima, pessoa maior de dezoito anos que tenha autorizado previamente.

Isso quer dizer que, nas hipóteses elencadas no § 2º deste artigo, inexistente afronta ao ordenamento

35 *Ibidem*.

36 Pornografia de vingança.

37 NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Arts. 213 a 361 do Código Penal. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643752. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643752/>>. Acesso em: 29 nov. 2022, p. 80

jurídico, uma vez que a expressão desse tipo de atividade está ao encontro da Constituição Federal³⁸ e demais leis ordinárias, além da liberdade de informação jornalística estar expressa no art. 220, § 1.º, CF.

6. A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O artigo 225 do Código Penal trata da ação penal na qual são procedidos os crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal. Este dispositivo já passou por diferentes alterações, de modo que vale traçar uma breve evolução das ações penais que já foram destinadas aos crimes contra a dignidade sexual.

Antes da Lei 12.015/2009³⁹, os crimes sexuais eram procedidos mediante ação penal privada, de acordo com o que estabelecia o caput do artigo 225. Contudo, existiam quatro exceções, quais sejam, nas situações em que a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem serem privados de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, o que estabelecia a ação penal pública condicionada à representação, além de quando o crime era cometido com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, curador ou tutor, ou a violência resultava na vítima lesão grave ou morte, ou, ainda, quando, de acordo com a súmula 608 do STF⁴⁰, o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real, valendo-se o mesmo ao atentado violento ao pudor, sendo para tais situações estabelecida a ação penal incondicionada.

Após o advento da Lei 12.015/2009, a regra definida foi a ação penal pública condicionada e, quando a vítima fosse menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, incondicionada. Posteriormente, mais uma nova alteração à sistemática da ação penal foi concebida com a Lei 13.718/18, de modo que passa a ser sempre pública incondicionada.

38 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

39 BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 23 dez. 2022.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada, [1984]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2694>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

7. O ESTABELECIMENTO DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

As causas de aumento de pena, bem como as qualificadoras, são circunstâncias previstas na lei penal que ocasionam a majoração da pena do réu. Ante a súplica da sociedade para ser inibida a impunidade dos agentes e incluídas penas mais severas e exemplares, a Lei 13.718/18 definiu como novas causas de aumento de pena aquelas situações consideradas mais graves e que geram traumas mais severos à vítima.

Destaca-se o fato do agente ser ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, situação prevista no artigo 226, inciso II, do CP que enseja o aumento de metade da pena.

Ademais, a nova legislação determinou como causa de majoração da pena o estupro cometido por dois ou mais agentes (estupro coletivo) e o estupro cometido para controlar o comportamento social ou sexual da vítima (estupro corretivo), previstos, respectivamente, nas alíneas “a” e “b”, do inciso IV, no artigo 226 do CP, ensejando o aumento de um a dois terços da pena.

Por último, a gravidez como resultado dos crimes e a transmissão, do agente para a vítima, de doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou o fato da vítima ser idosa ou pessoa com deficiência também são situações majorantes de pena, elencadas nos incisos III e IV, artigo 234-A, do CP que aumentam a pena, respectivamente, em dois terços e de um a dois terços.

7.1. ESTUPRO COLETIVO E ESTUPRO CORRETIVO

O artigo 226 do Código Penal prevê as majorantes relativas aos crimes contra a liberdade sexual, de exposição da intimidade sexual e aos crimes sexuais contra vulnerável. Através da Lei 13.718/18, fora inserido no dispositivo o inciso IV, o qual determina o aumento de um a dois terços da pena nas formas coletiva e corretiva do estupro.

A forma coletiva caracteriza-se pelo concurso de dois ou mais agentes. Nota-se que é uma forma de concurso de pessoas, que já existe no inciso I do mesmo dispositivo, cuja única diferença é a fração de aumento. Conforme entende Rogério Sanches, é plenamente possível compatibilizar ambos os dispositivos.

O inciso I, com efeito, nunca se restringiu ao crime de estupro, aplicando-se a quaisquer das figuras tipificadas nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual. O inciso IV, por sua vez, é específico para os crimes de estupro (inclusive de vulnerável). Logo, a partir da Lei 13.718/18, o concurso de pessoas pode ensejar causas de aumento diversas a depender da natureza do crime praticado; se estupro, aumenta-se a pena de um a dois terços segundo o inciso IV; nos demais casos, o aumento é de um quarto, conforme determina o inciso I.⁴¹

Quanto ao estupro corretivo, este é cometido com o propósito de controlar o comportamento social ou sexual da vítima, sendo motivado por ódio e preconceito. Esta majorante abrange, em regra, crimes contra mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, nos quais o abusador age com crueldade face a orientação sexual ou o gênero da vítima, buscando uma espécie doentia de “cura” por meio do ato sexual à força.

7.2. GRAVIDEZ, DOENÇA SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEL E VÍTIMA IDOSA OU DEFICIENTE

Além das alterações realizadas nos crimes dos capítulos I e II pelo artigo 226 do CP, o art. 234-A do mesmo código prevê aumento de pena de acordo com resultados específicos ou com agente passivo próprio. Nesse sentido, o art. 234-A, em seu inciso III, conferiu a majorante de metade a 2/3 de pena cominada se o crime crime contra a dignidade sexual resultar em gravidez e, ainda, em seu inciso IV, atribui majorante de 1/3 a 2/3 caso o sujeito ativo transmitir doença sexualmente transmissível à vítima, ou nos casos em que a mesma for pessoa idosa ou com deficiência.

Para fins de melhor delimitação dos termos pessoa idosa e pessoa com deficiência é necessário analisar as Leis 10.741/03⁴² e 13.146/15. De acordo com a primeira, a pessoa idosa é aquela com idade igual ou superior a 70 anos. Enquanto a pessoa com deficiência é definida pelo artigo 2 do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência⁴³.

No inciso III do art. 234-A, o legislador buscou uma forma de punição mais severa ao agente ativo consoante à consequência do delito ora cometido. Quanto ao inciso IV, antes da Lei 13.718/18, já

41 CUNHA, R. S.. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1327 p. ISBN 9786556809564, p. 640

42 BRASIL. **Lei nº 1074, de 2003**. Estatuto do Idoso. Brasília: DF, outubro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 19 dez. 2022.

43 Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação

era majorada a pena em casos que o agente transmitisse doença sexual que sabia (dolo direto) ou devia saber (dolo eventual) ser portador, nos termos do crime sexual em concurso formal impróprio com o crime do artigo 130 do CP.

Após a vigência da mencionada, além da majorante se estender à condição da vítima idosa ou deficiente, se ocorrer a transmissão, o crime de perigo de contágio de moléstia venérea fica absolvido, servindo apenas a majorante, e, ainda, se durante o estupro a vítima é “apenas” exposta ao contágio, há concurso formal entre o crime contra a dignidade sexual e o perigo de contágio venéreo.

É importante frisar que, nos casos em que houver transmissão à vítima do vírus HIV durante o crime sexual, a presente majorante não será aplicada, uma vez que o STJ entende que esse fato constitui lesão corporal de natureza gravíssima⁴⁴. Diante disso, nas palavras de Sanches:

[...] nos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, que são qualificados no caso de lesão corporal grave (o que abrange a gravíssima), há duas situações possíveis: 1) se o agente transmite o vírus culposamente, há o crime sexual qualificado pela lesão grave; 2) se transmite o vírus dolosamente, há o crime sexual simples em concurso formal impróprio com o crime de lesão corporal de natureza gravíssima, pois a qualificadora da lesão grave é preterdolosa. Nos demais crimes sexuais dos quais pode decorrer a transmissão de HIV, como na violação sexual mediante fraude ou na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de dezoito e maior de catorze anos em situação de exploração sexual, temos o seguinte: 1) se o agente transmite o vírus dolosamente, há concurso formal impróprio entre o crime sexual e a lesão corporal de natureza gravíssima; 2) se transmite o vírus culposamente, há concurso formal próprio entre o crime sexual e o crime de lesão corporal culposa, aplicando-se o sistema da exasperação ou o cúmulo material benéfico, contorne o caso.⁴⁵

Não obstante, quando se trata das pessoas vulneráveis em razão de enfermidade ou deficiência, observa-se a probabilidade de ocorrer *bis in idem*⁴⁶ na conjectura do estupro de vulnerável - artigo 217-A §1º, CP - e o inciso IV do artigo 234-A. Por isso, pode ser considerada a elementar do tipo do artigo 217-A, já que, por possuir previsão própria, demonstra pena proporcional ao grau de reprovabilidade.

8. A REVOGAÇÃO DO DISPOSITIVO DO DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIIS)

Conforme indica o inciso II, do artigo 3º da Lei 13.718/18, resta revogado o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Isso porque a conduta ilícita

44 HC 160.982/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 28/05/2012.

45 CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1327 p. ISBN 9786556809564, p. 668.

46 Dupla imputação penal, por uma única conduta delituosa. (ALVISI, M. M.; RAVNJAK, L. L. S.; DIAS, L. A.. **Crimes contra a dignidade sexual e as alterações da Lei 13.718/18**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.4, p. 42534-42552 apr. 2021)

a qual punia passou a integrar o artigo 215-A do Código Penal, constituindo crime, qual seja, o da importunação sexual.

Importante se faz destacar que a revogação do dispositivo indicado não gerou abolitio criminis - transformação de um fato típico para atípico - haja vista que a conduta que por ele era punida, continuou sendo ilícita e passou a ser considerada crime pelo Código Penal, incidindo, assim, o princípio da continuidade normativa típica. Percebe-se que a infração penal continuou tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente e normativamente diverso do originário.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto mundial, o Direito se dispõe como intermediador da organização social, exigindo que as leis sejam remodeladas respeitando a conjuntura social e jurídica, de modo que haja equilíbrio entre as condutas ilícitas e suas punições. É dever do Estado versar acerca da liberdade, segurança e proteção de seus governados, evitando a violação dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que diz respeito à dignidade humana.

É inaceitável e contraditório que haja lacunas legais, tendo em vista a função punitiva e disciplinadora do Direito Penal, sendo este o último recurso, já que a sociedade confia em sua justiça para garantir segurança e bem-estar social.

É possível concluir que as alterações da Lei 13.718/18 surgiram na tentativa de harmonizar o Direito Penal à realidade social, se consubstanciando em tornar novas condutas ilícitas, alterar o tipo de ação penal em determinados crimes e estabelecer causas de aumento de pena para certos tipos penais⁴⁷.

Tais modificações foram uma resposta ao apelo social face à lacuna legislativa para as condutas ilícitas que não possuíam o emprego de violência ou grave ameaça para se caracterizarem como estupro, não sendo possível o enquadramento em outros tipos penais, o que gerava impunidade dos agentes, exigindo medida urgente e eficaz para a resolução da questão.

Com o devido equilíbrio e em simultânea proteção às liberdades individuais, as mudanças trazidas pela nova lei fortalecem a proteção aos direitos humanos, sobretudo aos dos grupos mais fragilizados pelo passado histórico marcado pelo preconceito e desigualdade de direitos, como as mulheres e os

⁴⁷ ALVISI, M. M.; RAVNJAK, L. L. S.; DIAS, L. A.. **Crimes contra a dignidade sexual e as alterações da Lei 13.718/18**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.4, p. 42534-42552 apr. 2021.

LGBTs, e também aqueles que naturalmente exigem maior cuidado e atenção, como as crianças e os idosos.

Pela análise das alterações traçadas no presente artigo, observa-se que a nova lei, em diversos aspectos, é mais gravosa que o sistema vigente anteriormente a ela. Essa é uma característica de grande relevância, que se deu frente à necessidade de assim o ser. Sendo assim, representou, também, um avanço para dirimir o sentimento de impunidade da população frente aos constantes atos sexuais ilícitos e que geram revolta social.

Por outro lado, nesse ponto, é essencial se lembrar da justificativa do projeto dada pela deputada Laura Carneiro⁴⁸, na qual a mesma reconheceu que elevar o estupro a crime hediondo não causou diminuição expressiva no número de casos desse crime, ou seja, somente tipificar condutas e majorar penas não resulta no fim de delitos, sobretudo se considerarmos o atraso dos efeitos do Direito Penal em relação a prática do ilícito culpável.

É preciso ter cautela ao olhar para o estabelecimento de deliberações puramente penais sem reflexo em outros âmbitos do direito. Considerando a maior retaliação ao agente do que o resguardo à vítima promovido pelo Direito Penal, é inegável a relevância do mesmo na tutela dos bens jurídicos mais importantes à sociedade, mas o apropriado amparo desses não pode ocorrer apenas pela via repressiva. A advogada e integrante da Rede Feminista de Juristas discerta sobre o assunto:

A criminalização isolada sem outras medidas alternativas não soluciona sintomas mais graves e agudos. Questões de fundo que proporcionam a continuidade da cultura de estupro no país não foram trabalhadas [...] Há uma construção social que leva os homens a se sentirem autorizados a violar o corpo das mulheres e isso precisa ser repensado.⁴⁹

Em suma, para além da punição, é indispensável a prevenção da ocorrência de tais delitos, o que é alcançado através da sensibilização da população sobre a ilegalidade de comportamentos dessa natureza. Para a advogada Jéssica Silva de Oliveira:

Ter o amparo legal é importante, no sentido de coibir essa prática, mas também precisamos falar de educação sexual e comportamental, para homens se conscientizarem da prática machista que é achar que o corpo da mulher está à sua disposição. Temos que trabalhar nos dois campos: na legislação, para que haja a lei que proíba, mas também na educação, no sentido de conscientizar.⁵⁰

48 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Relatório e voto da Deputada Laura Carneiro**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 24 de agosto de 2017, p. 5. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

49 PINHEIRO apud G1 TOCANTINS. **Estado registra quase 100 casos de importunação sexual em 2021**. G1 Tocantins e TV Anhanguera, 2012. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2021/09/28/estado-registra-quase-100-casos-de-importunacao-sexual-em-2021.ghtml>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

50 OLIVEIRA apud FERREIRA, L.; MARTINS, F. B. **Lei de Importunação Sexual faz disparar registros no Carnaval do Rio, mas a subnotificação ainda preocupa**. Gênero e Número, 2020. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/importunacao-sexual-carnaval-rio/>>. Acesso em: 04 dez. 2022, p. 1.

Embora haja críticas quanto à efetividade da Lei 13.718/18, há o aumento no registro e apuração de casos versados por essa Lei, principalmente quanto à importunação sexual. Isso é fruto do debate em torno desse tema e da repercussão que esses casos geram no Brasil. No entanto. Desse modo, o avanço trazido pela nova legislação é inegável, sendo esperado que os relatos de crimes sexuais diminuam e, quando ocorrerem, que sejam devidamente punidos pelo Estado nos termos da Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVISI, M. M.; RAVNJAK, L. L. S.; DIAS, L. A. **Crimes contra a dignidade sexual e as alterações da Lei 13.718/18**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.4, p. 42534-42552, ISSN 2525-8761, abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Relatório e voto da Deputada Laura Carneiro**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 24 de agosto de 2017, p. 5. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. **Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 1074, de 2003**. Estatuto do Idoso. Brasília: DF, outubro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências, Brasília, DF. 3 dez.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm> Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, [2017]. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=593.num>>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BITENCOURT, C. R.. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezarbitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada, 1984. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2694>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

CUNHA, R. S.. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)** : v. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1327 p. ISBN 9786556809564.

**POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A RESTRIÇÃO DA
PUBLICIDADE DOS DADOS RELACIONADOS A PANDEMIA COVID-19: UMA
ANÁLISE DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADPF**

690¹

*PUBLIC POLICY ON ACCESS TO INFORMATION AND RESTRICTION OF
PUBLICITY OF DATA RELATED TO THE COVID-19 PANDEMIC: AN ANALYSIS OF
THE OBJECTIVE DIMENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN ADPF 690*

Caroline Müller Bitencourt²

Tiago de Sousa Moraes³

Data de Submissão: 27/11/2022

Data de Aceite: 27/1/2023

Resumo: O presente trabalho pretende investigar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 690 e seus desdobramentos em relação a política pública de acesso à informação no contexto da restrição da publicidade dos dados relacionados a pandemia Covid-19, bem como analisar como a realização do objetivo geral da política pública, em alguma medida, se conecta com a dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à informação. O problema de pesquisa que conduz essa investigação é: É possível identificar na ADPF 690 a implementação da política pública de acesso à informação como instrumento de concretização da dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à informação? Os objetivos deste ensaio são modestos e se resumem a estabelecer uma relação

1 Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior –Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

2 Caroline Müller Bitencourt: Estágio pós-Doutoral pela PUC Paraná. Doutora e Mestre em Direito. Especialista em Direito Público. Atualmente é professora permanente do PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC, onde ministra a Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas. Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul, e coordenadora de curso de especialização em direito constitucional e administrativo. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Processo Constitucional e Direito Administrativo. Subchefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Autora de diversas obras de direito constitucional e políticas públicas. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Membro da Rede de Direito e Políticas Públicas. Membro da Rede internacional de Direito Administrativo. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Advogada.

3 Tiago de Sousa Moraes: Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PRO-SUC/CAPES modalidade I (2021-2023), Professor do curso de Direito na Faculdade Morgana Potrich - FAMP - Minas-GO, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2011-2016) com bolsa de Iniciação Científica pelo PIBIC-CNPq (2014/2016) e período de mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais (2012/2013), Pós-Graduado lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016-2018), Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA (2017-2019), Pós-Graduado lato sensu em Direito Público pela FACULDADE EDUCAMAIS/UNIMAIS sob gestão de GG EDUCACIONAL LTDA (2021-2022), Pós-graduando lato sensu em Direito Constitucional Contemporâneo pelo INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA IDCC (março/2023-atual), integrante do Grupo de pesquisa “Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público”, vinculado ao CNPQ coordenado pela prof. Dr.^a Caroline Müller Bitencourt, integrante do grupo de pesquisa Teoria do Direito: da academia à prática coordenado pelo professor Francisco José Borges Motta (FMP), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS, com bolsa de Iniciação Científica pelo PIBIC-CNPq (2014/2016). Advogado.

político-jurídica entre Direitos fundamentais e políticas públicas a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como analisar a ADPF 690 com suporte nessas construções teóricas. Nas considerações finais, pretende-se confirmar a hipótese no sentido de que existe o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na implementação de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da perspectiva que associa a existência de uma política pública necessariamente conectada a um direito fundamental.

Palavra-chave: Políticas Públicas. Acesso à informação. Supremo Tribunal Federal. ADPF 690.

Abstract: *The present work intends to investigate the role of the Federal Supreme Court in the judgment of ADPF 690 and its consequences in relation to the public policy of access to information in the context of restricting the publicity of data related to the Covid-19 pandemic, as well as analyzing how the implementation of the The general objective of public policy, to some extent, connects with the objective dimension of the fundamental right of access to information. The research problem that drives this investigation is: Is it possible to identify in ADPF 690 the implementation of the public policy on access to information as an instrument for implementing the objective dimension of the fundamental right of access to information? The objectives of this essay are modest and boil down to establishing a political-legal relationship between Fundamental Rights and public policies based on the objective dimension of fundamental rights, as well as analyzing ADPF 690 based on these theoretical constructions. In the final considerations, we intend to confirm the hypothesis in the sense that there is recognition of the objective dimension of fundamental rights in the implementation of public policies by the Federal Supreme Court, mainly from the perspective that associates the existence of a public policy necessarily connected to a fundamental right.*

Keywords: *Public policy. Access to information. Federal Court of Justice. ADPF 690.*

1. INTRODUÇÃO

No atual cenário jurídico, a atuação do Poder Judiciário, mais particularmente a do Supremo Tribunal Federal, tem sido objeto de muitas críticas por parte da sociedade acusando-o de ser protagonista em ações contra o Governo Federal no contexto da pandemia Covid-19.

Com isso, tem-se que, agregado as discussões sobre separação dos poderes e diálogos institucionais – temas recorrentes no debate público quando nossa corte constitucional atua frente aos outros poderes –, o Poder Judiciário tem sido um ator relevante na defesa dos direitos fundamentais. Esse tipo de atuação, em alguma medida, pode ser considerado como um aspecto relevante na implementação das políticas públicas.

A pesquisa terá como foco propor reflexões sobre a relação entre Direitos fundamentais e políticas públicas no âmbito da jurisdição constitucional, em uma análise teórica e prática, bem como buscar compreender como isso repercute na relação entre o Direito e a Política.

Nesse sentido, o problema que conduz essa investigação é: É possível identificar na ADPF 690 a implementação da política pública de acesso à informação como instrumento de concretização da dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à informação?

Assim, pode-se afirmar o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na implementação de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da perspectiva que associa a existência de uma política pública necessariamente conectada a um direito fundamental.

Portanto, analisando-se os direitos fundamentais destacados pela ADPF em sua dimensão objetiva, tem-se que a realização do objetivo geral da política pública, em alguma medida, se conecta com a dimensão objetiva do direito fundamental a ser concretizado.

Sob essas condições, a proposta do trabalho é estabelecer uma relação direta entre a política pública de acesso à informação e o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, XIV, da CRFB/1988), no contexto da publicidade de dados do governo brasileiro referentes a pandemia da Covid-19. A análise da proposta de estudo, mais especificamente, será feita a partir da análise do julgamento da ADPF 690 de competência do Supremo Tribunal Federal.

Os objetivos deste ensaio são modestos e se resumem a estabelecer uma relação político-jurídica entre Direitos fundamentais e políticas públicas a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais,

bem como analisar a ADPF 690 com suporte nessas construções teóricas.

Orienta o desenvolvimento da pesquisa o método de abordagem dialético, de cunho analítico-dogmático, valendo-se de leituras e interpretações dos escritos de Bitencourt e Reck (2021), Leal e Maas (2020) e de outros autores relevantes para o desenvolvimento da temática.

As técnicas de pesquisas estão resumidas em pesquisa bibliográfica feitas a partir de livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros.

As políticas públicas, em sua dimensão de concretização dos direitos fundamentais, necessitam de uma construção teórico-normativa mais preocupada com a eficácia de seus instrumentos e menos ortodoxa com relação à legitimidade de quem a implementa.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RELAÇÃO CONFUSA ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A política pública é um fenômeno jurídico complexo. E, nesse sentido, além de ser interdisciplinar, o seu estudo se torna mais adequado a partir do uso estratégico de formas jurídicas convencionais. Como por exemplo, a utilização do regime jurídico dos serviços públicos como fundamento de base para a estruturação do estudo das políticas públicas. Lembrando que, como categoria jurídica que é, o Direito é modelador das políticas públicas e, indo além, “a política pública é o elemento de materialização das decisões vinculantes para toda uma coletividade”⁴.

Nesse sentido, compreende-se o Direito como um sistema coordenado de ações, ou seja, o conjunto de leis existentes na sociedade indicam as ações que devem ser tomadas por determinados indivíduos em determinadas situações. Decisões essas que, por serem jurídicas, coordenam a ação/decisão a realizar essa ou aquela conduta. Dessa forma, o Direito é um grande protagonista do agir social, pois é adequado conceituá-lo como “uma grande forma de coordenar decisões, de ligar uma decisão querida/desejada à outra”⁵.

O Direito está associado a um complexo sistema de conhecimento e um complexo sistema normativo de orientação do agir social: “(...) ele pode ser entendido tanto como um texto repleto de

proposições e interpretações normativas quanto como uma instituição, isto é, como um complexo de
4 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas. – Curitiba: Íthala, 2021, p. 33.

5 *Ibid.*, p. 41.

regulamentações da ação”⁶.

Por dizer respeito ao agir social, o direito especula uma formulação direcionada e conectada em que uma ação se liga à outra através das normas jurídicas: “(...) o Direito, como sistema de ação, precisamente consegue, por meio de conquistas evolutivas, coordenar ações. Para que a política pública possa coordenar ações – decisões –, ela deve se expressar na forma jurídica”⁷.

Nesse sentido, é possível visualizar uma relação estreita entre Direito e Política. A relação entre Direito e Política na forma atual é construída a partir do que foi legitimamente reconhecido como direito por uma autoridade competente do Estado e de como o sistema jurídico faz sua aplicação no caso concreto. A positivação do Direito foi um processo histórico no qual os valores já amplamente reconhecidos numa sociedade, fundamentado na tradição ou mesmo no aspecto transcendental, passaram a ser reconhecidos por uma decisão política do Estado. Portanto, se em sociedades menos complexas os direitos não eram frutos de uma autoridade estatal, mas sim muito mais afincos a dogmas religiosos amplamente difundidos ou práticas humanas tradicionais definidoras de seu caráter obrigatório, mais tarde, com a positivação do direito, passaram a ter validade em razão de uma legislação proveniente da razão humana e consciente, resultante do âmbito da decisão política⁸.

Diante disso, a relação entre Direito e Política fica ainda mais nítida, pois o que vale juridicamente é definido pelo sistema político. Assim, aquilo que é condição de possibilidade para o sistema jurídico resolver os problemas típicos da sua atuação como Poder integrante do Estado é determinado através da criação da legislação no âmbito do sistema político.⁹

Portanto, se antes o direito era identificado como forma de conhecimento na qual autoridades divinas ou tradições definiam como o melhor para a sociedade, em sua forma atual é resultado de uma decisão política do Estado. Decisão esta que todos os cidadãos estão fadados a cumprir, concordem ou não com o seu conteúdo¹⁰.

A conceituação da política pública escolhida para análise neste trabalho, parte da ideia de que o direito fundamental, constitucionalmente assegurado, é um elemento fundamental na construção da própria política pública. E isso acaba se materializando quando a política pública está integrada a um nível mais geral do direito fundamental, ou seja, “a melhor saída é relacionar o todo com o objetivo e

6 HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 163.

7 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *op. cit.*, p. 41.

8 *Ibid.*, p. 3-17.

9 *Ibid.*, p. 3-17.

10 *Ibid.*, p. 3-17.

com o direito fundamental”¹¹.

Ocorre que, em um aspecto mais político e sociológico, a compreensão do que é uma política pública deve iniciar pela assimilação daquilo que lhe é fundamental: as necessidades da sociedade associadas a questões políticas. Portanto, “a política pública é uma resposta a um problema político”¹².

Uma política compõe um conjunto de ações. Ações únicas não são suficientes para formar uma política. Não é possível solucionar um problema político por meio de uma ação isolada ou por um grupo menor de ações desmembradas:

Uma campanha de vacinação contra a gripe não constitui uma política de saúde; uma intervenção policial para apreensão de drogas não conforma uma política de segurança pública. Uma política compreende um conjunto de ações e iniciativas tendencialmente coerentes entre si, que geralmente envolvem várias áreas. Uma política de geração de emprego, por exemplo, envolve geralmente diversas medidas econômicas como: atração e fomento de empresas, estímulos fiscais, compras governamentais, investimentos públicos em setores que demandam mão de obra (habitacional, automobilístico, energético), garantias de segurança jurídica aos investidores.¹³

Há, desse modo, uma proposta inicial para definir política pública. Desse modo, política pública é um agrupamento de decisões e ações empregado por órgãos estatais e organizações da sociedade, propositalmente harmônicos entre si, que, coordenados pelo Estado, são direcionados para combater problemas políticos¹⁴.

Esse conceito reúne alguns elementos centrais na discussão sobre a definição de política pública, a conhecer: 1) Ações isoladas, mesmo que consideradas como relevantes, não são suficientes para caracterizar uma política, pois será sempre um conjunto de ações e decisões; 2) Um conjunto de decisões e ações apenas fazem parte de uma política quando refletem a vontade de solucionar um problema político; no momento da execução a sintonia entre as ações pode ser fraca ou mesmo não existir, mas é necessário que se identifique uma pretensão anterior ao reuni-las; 3) As ações podem ser realizadas diretamente pelo Estado ou transferidas, de acordo com as leis vigentes, a organizações da sociedade civil ou privadas; 4) Ações praticadas pela sociedade civil apenas integram uma política pública quando estão contidas em um rol de ações comandadas pelo Estado; não é essencial que o Estado realize as ações, mas em um sistema democrático compete-lhe a tarefa de organizar e legitimar

11 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas. – Curitiba: Íthala, 2021, p. 32.

12 SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018, p. 122.

13 *Ibid.*, p. 126.

14 *Ibid.*, p. 127.

o processo político¹⁵.

No âmbito dessa discussão, é necessário compreender que: “O objetivo geral de uma política geralmente será a realização de um ou mais direitos fundamentais”¹⁶. Portanto, o objetivo geral de uma política pública está associado, quase sempre, à concretização de um direito fundamental.

Por outro lado, os objetivos específicos se orientam para alcançar a realização do objetivo geral, pois em sua gênese se comprometem em estabelecer uma finalidade, visam alcançar um determinado ponto específico. E por isso:

Se o objetivo geral é a realização do direito fundamental – por exemplo saúde –, ter-se-ão múltiplos objetivos específicos em uma dada janela de tempo: distribuir remédios, evitar crimes etc.). Esses múltiplos objetivos, unidos em interação, têm por finalidade realizar o objetivo geral.¹⁷

E mais especificamente relacionado ao propósito do trabalho, é valioso observar que se o objetivo geral é a realização de um direito fundamental, os objetivos específicos são dimensões deste objetivo mais geral. Por exemplo: no caso do direito à informação, é objetivo do Estado que todos os cidadãos tenham acesso amplo às informações públicas relacionadas à atuação estatal, e também pode ser um objetivo de governo.

Sob essas condições, a proposta do trabalho é estabelecer uma relação direta entre a política pública de acesso à informação e o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, XIV, da CRFB/1988), no contexto da publicidade de dados do governo brasileiro referentes a pandemia da Covid-19. A análise da proposta de estudo, mais especificamente, será feita a partir do resultado do julgamento da ADPF 690 de competência do Supremo Tribunal Federal.

Antes, contudo, é necessário estabelecer algumas premissas fundamentais para melhor compreensão do conceito de política pública.

Apesar de serem institutos jurídicos diferentes, o regime jurídico do serviço público vai ser aqui utilizado como regime jurídico aplicado à política pública, pois o uso estratégico de modelos jurídicos convencionais, facilita e muito, a compreensão mais adequada de como realizar determinadas políticas públicas. Políticas públicas e serviços públicos são sistemas que propõem coordenar ações cujo a forma de interação comunicacional entre os indivíduos é mais adequada quando o regime jurídico escolhido

é o de Direito Público.

15 *Ibid.*, p. 127.

16 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas. – Curitiba: Íthala, 2021, pp. 33-34.

17 *Ibid.*, p. 34.

Desse modo, afirma-se que a política pública tem como uma das premissas fundamentais para sua compreensão mais adequada a utilização do regime jurídico do serviço público.

Nessa perspectiva, conceitua-se serviço público como um:

[...] complexo de contínuas decisões organizadas em favor de algum destinatário, seja o indivíduo ou grupo. Muito embora o serviço público possa ser acompanhado da entrega de algum bem, com ou sem transferência de propriedade, o núcleo do serviço público é efetivamente o complexo de decisões materiais em relação ao destinatário. O serviço público é um dos principais instrumentos das políticas públicas – uma vez que a política pública tem como objetivo a realização de um direito fundamental, e, assim, é certo que decisões organizadas em favor de um usuário irão preencher a maior parte do referido objetivo. Os serviços públicos não se realizam de uma vez por todas. Obviamente, os serviços podem mudar, mas eles se caracterizam por uma certa estabilidade, continuidade e repetição. Por exemplo, o serviço público de educação repete-se sempre como disponibilidade de escola e professor conforme determinados padrões; o ônibus, como bem empregado no serviço público de transporte urbano, sempre passará no mesmo horário, a rua sempre será limpa e assim continuamente.¹⁸

Há de se retomar que, em um determinado sistema, como é o caso das políticas públicas, se torna necessário pressupor que o Direito vigente é capaz de coordenar ações, já que a política pública realizada é uma teia de decisões coordenadas com a pretensão de alcançar uma determinada finalidade. Portanto, é possível afirmar a existência de um Direito adequado para reger o regime jurídico das políticas públicas, mas, em âmbito doutrinário, esse tipo de teorização ainda é pouco difundido. E, nesse sentido, essa recondução estratégica do regime jurídico deve ser explicitada e linguisticamente reconstruída:

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE DOS DADOS RELACIONADOS A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ADPF 690

Dessa forma, estabelecidas algumas premissas teóricas, convém agora analisar a política pública de acesso à informação através de uma perspectiva jurídica, pois o aparecimento da política pública, além de ocorrer em razão de construções normativas e doutrinárias, também se materializa por decisões judiciais. Dito isso, cabe agora analisar a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal sobre restrição da publicidade dos dados relacionados à pandemia da Covid-19.

18 *Ibid.*, pp. 37-38.

Trata-se de acórdão proferido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no dia 15/03/2021, de relatoria o Ministro Alexandre de Moraes, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690 – Distrito Federal, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil – PCdoB e Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, tendo por objeto atos do Poder executivo que teriam restringido a publicidade de dados relacionados à pandemia de Covid-19.

Em 8/06/2020, o Ministro Alexandre de Moraes deferiu medida cautelar determinando ao Ministro da Saúde a manutenção, em sua integralidade, da divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à Pandemia Covid-19, mantendo o padrão de publicação dos dados exatamente conforme realizado até o dia 04/07/2020.

Sendo assim, seguindo o que determina o Regimento Interno do STF, a análise do caso pelo plenário ocorreu após outras duas decisões no mesmo Tribunal, uma do dia 8/06/2020 (já citada acima), na qual o ministro Alexandre de Moraes concedeu parcialmente medida cautelar e outra no dia 23/11/2020, tendo por objeto o referendo do plenário sobre a concessão da cautelar.

Em síntese, os peticionantes informam que no mês de junho de 2020, o Ministério da Saúde, sem qualquer justificativa coerente, alterou a prática comumente adotada no que se refere à divulgação dos dados relacionados à pandemia decorrente do novo coronavírus. Essa mudança repentina inviabilizou o acompanhamento do avanço da Covid-19 no Brasil, bem como tem o potencial de impactar negativamente na implementação correta de políticas públicas sanitárias de prevenção e contenção do vírus. Assim, os atos do poder público questionados na ADPF, ofendem os direitos à vida e saúde do povo e impedem a manutenção do dever de transparência da administração pública e do interesse público.

Ocorre que, no dia 04/11/2020, o ministro relator determinou o apensamento à ADPF 690 de outras duas ADPFs (691 e 692), entendendo que as circunstâncias fáticas e o objeto dessas ADPFs dialogam com violações semelhantes aos preceitos fundamentais identificados na ADPF 690, determinando-se que sobrevenha julgamento conjunto.

Tem-se, portanto, até aqui, uma compreensão geral dos preceitos fundamentais objetos das discussões geradas com o ajuizamento das ADPFs. Em suma, há discussões normativas a serem destacadas: 1) Acesso à informação (CF, arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 220, caput); 2) Princípios da publicidade/transparência, moralidade e eficiência (CF, art. 37, caput, § 1º e § 3º, inciso II) e; 3) Direito à saúde (CF, arts. 6º e 196).

Para facilitar a compreensão do tema e realizar a finalidade pretendida com a análise da decisão, é necessário antes fixar algumas premissas conceituais sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para depois apresentar as particularidades da decisão na perspectiva dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores.

A compreensão inicial tem seu ponto de partida no marco histórico do pós 2ª Guerra Mundial, a partir de uma nova percepção, desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemã, das finalidades que integram as justificativas de criação e de atuação do Estado na manutenção de uma mínima estabilidade nas relações entre os cidadãos.

Em razão disso, atrelada a uma concepção subjetiva dos direitos fundamentais, foi desenvolvida a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tornando a percepção clássica de que o Estado somente existe para garantir os direitos dos indivíduos, recusando-se de atuar nas relações interpessoais, uma postura estatal presa ao passado.

Nesse contexto, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é possível observar uma atuação estatal mais sensível aos problemas que podem ser identificados quando os direitos fundamentais são desrespeitados nas relações entre particulares. Portanto, desenvolve-se a compreensão de uma atuação estatal na garantia de direitos fundamentais no plano vertical, reconhecida na clássica relação do Estado com os indivíduos, bem como no plano horizontal, característica principal da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (indivíduo – indivíduo)¹⁹.

A concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais formula-se através de uma compreensão distinta da que era estabelecida no Estado Liberal Clássico. Se antes os direitos eram definidos para garantir mecanismos de defesa do cidadão frente ao Estado, com a dimensão objetiva, os direitos fundamentais passam a impor um dever de proteção através do Estado, compreendendo o indivíduo como integrante de uma comunidade e reconhecendo as individualidades dos integrantes dessa comunidade na efetivação dos direitos fundamentais²⁰.

Com isso, agrega-se a dimensão objetiva a noção de dever de proteção estatal, o que irá revelar um ganho não apenas quantitativo, mas qualitativo na efetivação dos direitos fundamentais. O dever de proteção estatal é uma imposição dirigida ao Estado, a partir do reconhecimento de uma ordem de valores objetiva, para garantir o respeito dos direitos fundamentais nas relações dos indivíduos com os

órgãos estatais e também nas relações entre particulares, onde tradicionalmente prevalecia a autonomia

19 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 49-74.

20 *Ibid.*, pp. 49-74.

da vontade²¹.

Para melhor compreender o tema é necessário realizar um estudo mais aprofundado sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva está atrelada, num primeiro momento, a construção teórica e jurisprudencial de que os direitos fundamentais conformam uma ordem objetiva de valores, ou seja, os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional orientam a criação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico, possibilitando que regras contrárias aos ditames constitucionais sejam extirpadas do sistema normativo²².

Nota-se no estudo uma preocupação em apresentar um conceito que determine a norma de direito fundamental como uma norma que pretende indicar os valores, vinculados ao seu conteúdo normativo, que devem fazer parte das ações estatais que são condicionantes para a efetivação do próprio direito fundamental²³.

Neste contexto decorre uma nova perspectiva na atuação dos Poderes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), consagrando a noção de que os direitos fundamentais orientam e impulsionam o Estado na proteção e garantia desses direitos²⁴.

Como se pode observar a partir do que foi constatado até aqui, a dimensão objetiva e a própria teoria dos direitos fundamentais tiveram ganhos qualitativos a partir da sedimentação da ordem objetiva de valores, de modo que a doutrina passa a identificar essa nova fase como “hipertrofia dos direitos fundamentais”. A ordem objetiva de valores deve ser encarada como um princípio fundante do Direito, tornando-se elemento estrutural para o desenvolvimento da comunidade, designando os Direitos fundamentais como ponto de partida e de chegada na produção do sentido normativo de todos os ramos do Direito.²⁵

É importante ressaltar que a Constituição Alemã não indica em suas normas a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que faz com que alguns doutrinadores desenvolvam a ideia de que a dimensão objetiva é uma teoria que não pode ser extraída diretamente dos dispositivos constitucionais, mas sim do aprimoramento da Lei Fundamental a partir da busca do intérprete pelo melhor sentido do texto²⁶.

21 *Ibid.*, pp. 49-74

22 *Ibid.*, pp. 49-74

23 *Ibid.*, pp. 49-74

24 *Ibid.*, pp. 49-74

25 *Ibid.*, pp. 49-74

26 *Ibid.*, pp. 49-74

Parece razoável supor que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais busca impulsionar a sociedade alemã, pressupondo uma ordem objetiva de valores, a se reconstruir a partir de uma estrutura conceitual fincada na valorização do indivíduo, enquanto sujeito de direitos, como componente vital de uma comunidade²⁷.

É por essa razão que a dimensão objetiva revela a ideia de que qualquer interpretação dos direitos fundamentais deve pressupor a existência de determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, incorporados e expressos nas normas constitucionais, desgarrando-se de uma visão clássica que estabelecia uma relação unidirecional entre Estado-indivíduo, o que agora é entendido como uma relação multidimensional entre cidadão-Estado-comunidade²⁸.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como direitos pertencentes aos indivíduos utilizados como mecanismo de defesa contra a força excessiva do Estado, há uma reformulação qualificada pelo aspecto social. O indivíduo é considerado como sujeito de direitos pertencente a uma comunidade, portanto o Estado deve garantir direitos individuais partindo da ideia de que a comunidade é formada por indivíduos e todos merecem igual respeito e consideração.

Além disso, o Estado tem o dever de garantir direitos individuais levando em conta a individualidade específica de cada sujeito e sua pretensão particular formulada a partir de situações fáticas específicas²⁹.

Sendo assim, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais remonta a dois núcleos principais. O primeiro está relacionado com o dever do Estado de criar pressupostos fáticos para o desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, possibilitando que os indivíduos exerçam seus direitos. Já o segundo consagra a ideia da eficácia contra terceiros, ou seja, o objetivo do Estado não fica atrelado apenas a um dever de não abstenção quando for necessário agir para a proteção dos direitos, mas também deve intervir nas relações entre particulares no intuito de garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados por todos, mesmo numa relação cotidiana em que sempre prevaleceu a autonomia da vontade³⁰.

Nessa perspectiva, vale salientar que a dimensão objetiva carrega consigo um dever de justificação do Estado, pois toda e qualquer atuação estatal, seja no âmbito de restrições aos direitos subjetivos individuais, fundamentado no aspecto relevante e prevalente da comunidade frente aos indivíduos ou

27 *Ibid.*, pp. 49-74

28 *Ibid.*, pp. 49-74

29 *Ibid.*, pp. 49-74

30 *Ibid.*, pp. 49-74

na pretensão de avançar em aspectos ainda não desenvolvidos na prática atual de concretização dos direitos fundamentais, deve ser justificada e esclarecida para a comunidade, o que possibilita constatar uma apriorística prevalência do interesse público sobre o privado³¹.

Por fim, vale destacar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que tem como núcleo central a ideia desenvolvida no Estado liberal clássico de que os direitos negativos são condição de possibilidade para o desenvolvimento da sociedade. Num primeiro momento, a dimensão subjetiva é encarada como direitos de defesa, exigindo uma postura negativa do Estado, possibilitando o mais puro e genuíno exercício da liberdade e da igualdade.

Nesse sentido, o acordo formalizado a partir de uma perspectiva liberal clássica era exigir do Estado sua permanente atuação no âmbito de organização e manutenção dos órgãos públicos, os quais exclusivamente servem para criar condições para os indivíduos exercerem na máxima medida possível³² os direitos de liberdade e igualdade.

Nessa toada, outro aspecto relevante da dimensão subjetiva, está atrelado ao reconhecimento de uma pretensão qualificada do indivíduo perante o Estado, em razão da exigência precípua de um dever que caracteriza a existência do Estado, ou seja, o Estado é visto como um garante de Direitos fundamentais. Assim, essa pretensão se materializa através do exercício do direito de ação, manifestando o caráter subjetivo a partir da exigência do indivíduo de uma prestação ou mesmo de uma abstenção, característica marcante dos direitos de defesa³³.

A dimensão objetiva se constituiu com a percepção de que os direitos fundamentais expressos no texto constitucional revelam princípios objetivos que pautam a vida em comum, orientando o Estado e a comunidade na aplicação e interpretação de todo o sistema jurídico³⁴.

Dito isso, uma vez apresentada a sucinta conceituação da dimensão objetiva, empreende-se a utilização do aporte teórico na identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na ADPF 690.

Deste modo, basicamente a controvérsia se instaurou em aferir se os atos do Ministério da

31 *Ibid.*, pp. 49-74

32 “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

33 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. op. cit., pp. 49-74.

34 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 65-66.

Saúde referentes à publicidade dos dados da Covid-19 são capazes de violar os preceitos fundamentais da Constituição Federal. O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, entendeu que o Direito à vida e à saúde devem ser encarados como consequência imediata na efetivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, III). O Ministro continua sua fundamentação trazendo para a discussão os artigos 196 e 197 da CRFB/1988, de modo que sustenta o dever constitucional do Estado em promover aos cidadãos o direito à saúde, possibilitando uma prestação universal e a igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

Nesta perspectiva, a decisão destaca que em diversos dispositivos do texto constitucional há previsão de princípios informadores e regras definidoras de competência relacionados à proteção da saúde pública, sendo relevante considerar que o preâmbulo da Constituição indica a necessidade de o Estado Democrático de Direito assegurar o bem-estar da sociedade. Portanto, o enfrentamento de uma crise sanitária se dá, em um primeiro momento, a partir do dever de proteção estatal dos direitos fundamentais à saúde e à vida.

Estes direitos fundamentais, por sua vez, impõem ao Estado a efetivação de políticas públicas destinadas à saúde, inclusive na realização de ações de vigilância epidemiológica. Isso significa que para o Estado alcançar tal finalidade é necessário fornecer todas as informações necessárias para o planejamento de combate à Pandemia da Covid-19.

Nesse sentido, segue um trecho da decisão que correlaciona a gravidade da emergência sanitária com as medidas adequadas que o Estado deve realizar no enfrentamento da pandemia:

A gravidade da emergência causada pela pandemia da Covid-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.³⁵

Desse modo, o ministro relator concebe a ideia de que o planejamento do poder público para a tomada de decisões e o efetivo conhecimento dos cidadãos sobre a grave situação sanitária na qual o país se encontrava, só podiam ser implementados caso as medidas de efetividade internacionalmente reconhecidas fossem adotadas, entre elas, coleta, análise, armazenamento e divulgação de relevantes dados epidemiológicos.

Nestes termos, o texto constitucional consagra, no art. 37 da CF/1988, os princípios da

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 690. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 15 mar. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.

publicidade e transparência como vetores imprescindíveis para o reconhecimento de uma Administração Pública que atue em favor da coletividade e de seus indivíduos, conferindo-lhes absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações necessárias para garantir uma gestão pública transparente.

O dever de obediência do gestor público aos princípios da publicidade e transparência traz consigo as medidas estatais que consubstanciam as exigências materiais dos cumprimentos desses princípios. Portanto, um dever normativo constitucional exige, muitas vezes, medidas concretas para dar ensejo ao exercício de direitos fundamentais agregados ao âmbito normativo dos princípios da publicidade e transparência da Administração Pública.

Sendo assim, de acordo com a decisão analisada, o acesso da sociedade as informações referentes ao Estado, conjuga duas formas de exercícios de direitos: 1) É instrumento através do qual todo cidadão garante o exercício pleno do princípio democrático, a partir do pleno conhecimento das ações estatais, criando-se condições ideais de ampla participação no debate público e; 2) É condição de possibilidade para implementar medidas necessárias que promovem a correta fiscalização dos órgãos governamentais.

Em resumo, o STF reconhece o dever do Estado perante a sociedade no fornecimento e publicidade dos dados epidemiológicos a serem divulgados diariamente de forma padronizada. Desta feita, viabiliza-se às autoridades sanitárias a oportunidade de tomar decisões baseadas nas projeções comparativas feitas a partir das análises dos dados, bem como fornece à população em geral o pleno acesso às informações que diagnosticam a situação da pandemia vivenciada no Brasil.

Por fim, vale ressaltar que o STF julgou parcialmente procedente os pedidos realizados nas ADPFs, determinando na parte dispositiva do acórdão que:

- a) O Ministério da Saúde continue informando os dados epidemiológicos relativos à Pandemia Covid-19, diariamente, além de manter em sua integralidade o padrão estabelecido conforme realizado até o dia 04 de junho de 2020; b) O Governo do Distrito Federal está impedido de utilizar nova metodologia de contagem do número de casos e óbitos diários, mantendo a divulgação dos dados seguindo o mesmo padrão veiculado até o dia 18 de agosto de 2020.³⁶

Portanto, analisando-se os direitos fundamentais destacados pela ADPF em sua dimensão objetiva, tem-se que a realização do objetivo geral da política pública, em alguma medida, se conecta com a dimensão objetiva do direito fundamental. Noutra perspectiva, também é necessário dar destaque

36 *Ibidem.*

a dupla dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, estes direitos são reconhecidos tanto como direitos subjetivos a serem tutelados juridicamente, bem como configuram as estruturas fundamentais de todo o ordenamento jurídico sobre o qual se expandem. O reconhecimento da dimensão objetiva destes direitos enriquece a proteção destinada ao “legado humanitário”, entendendo-se, assim, que, aos Poderes Públicos, cabe não somente a não violação dos direitos fundamentais, mas também sua salvaguarda. As normas constitucionais passaram a ser entendidas não somente como diretivas, mas também como referenciais valorativos.

Nessa perspectiva, calha observar também o conceito de direito fundamental à boa administração pública, desenvolvido por Juarez Freitas em obra homônima. É considerado como direito fundamental à administração pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”³⁷.

Assim: “[...] as decisões políticas demandam informações claras e objetivas, voltadas à elucidação dos fins e valores almejados, tendo em vista instrumentalizar a definição dos objetivos de cada política pública e reforçar seu aspecto de legitimidade”³⁸.

Essas informações, claras e objetivas, devem ser produzidas pelo governo e estarem acessíveis aos órgãos de controle e à sociedade em geral, para que possam se desincumbir de seu múnus constitucional e do exercício da cidadania plena e, assim, investigar com a profundidade necessária se as políticas públicas estão sendo realmente efetivas ou apenas tendo sua efetividade camuflada e espetacularizada³⁹.

É bem verdade que vivemos em um regime de informação, no qual ser detentor dos meios de produção não é o fator decisivo para a obtenção de poder, “mas o acesso a dados utilizados para a vigilância, controle e prognóstico de comportamento psicopolíticos”⁴⁰. Contudo, como afirma Han: “Não são as pessoas que são realmente livres, mas as informações. O paradoxo da sociedade de informação é: as pessoas estão aprisionadas nas informações”⁴¹. Por isso, a informação adequada, ampla e acessível, deve ser um direito de todos.

37 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

38 SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e Administração Democrática. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, no 64, p. 57-84, jul. 2012, p. 68.

39 BITENCOURT, Caroline Müller; LOLLI, Eduardo Henrique; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo crítico: sistematizações para subsidiar análises em direito e políticas públicas. SEQUÊNCIA (FLORIANÓPOLIS), VOL. 43, n° 90, 2022, p. 34.

40 HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e a crise da democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 7.

41 *Ibid.*, p. 14.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, conclui-se que a implementação e o controle de uma política pública, além de serem deveres estatais emanados de princípios e regras estabelecidos no texto constitucional, também são importantes para o seu desenvolvimento, pois auxiliam no refinamento de metas e diretrizes estabelecidas para alcançar a finalidade da realização do direito fundamental ao qual está associada a política pública. Assim, por exemplo, dentro da política pública de acesso à informação, a publicidade dos dados relacionados a pandemia Covid-19 se mostra relevante para o exercício do direito fundamental de acesso à informação, pois a publicidade dos dados são instrumentos que formam determinados aspectos dessa política pública, como por exemplo a definição de: quais são os medicamentos mais eficazes para conter a disseminação do vírus, quais campanhas são mais eficazes para conscientizar a população sobre as medidas preventivas que devem ser executadas, em quais Estados/Municípios a propagação do vírus está mais alta na proporção do número de habitantes e em quais bairros o aumento da circulação do vírus tem aumentado, quantos hospitais devem ser criados para o sistema de saúde ter capacidade de receber os pacientes com sintomas graves e etc. Todas essas ações governamentais, que apesar de estarem resguardadas pela discricionariedade dos administradores, são instrumentos que devem ser divulgados para a população em geral, em respeito ao direito fundamental do acesso à informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 690**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 15 mar. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas**. – Curitiba: Íthala, 2021.
- BITENCOURT, Caroline Müller; LOLLI, Eduardo Henrique; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo crítico: sistematizações para subsidiar análises em direito e políticas públicas. **SEQÜÊNCIA (FLORIANÓPOLIS)**, VOL. 43, nº 90, 2022.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista de Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.
- SILVA, Rogerio Luiz Nery da. Políticas públicas e Administração Democrática. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, no 64, p. 57-84, jul. 2012.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, conclui-se que a implementação e o controle de uma política pública, além de serem deveres estatais emanados de princípios e regras estabelecidos no texto constitucional, também são importantes para o seu desenvolvimento, pois auxiliam no refinamento de metas e diretrizes estabelecidas para alcançar a finalidade da realização do direito fundamental ao qual está associada a política pública. Assim, por exemplo, dentro da política pública de acesso à informação, a publicidade dos dados relacionados a pandemia Covid-19 se mostra relevante para o exercício do direito fundamental de acesso à informação, pois a publicidade dos dados são instrumentos que formam determinados aspectos dessa política pública, como por exemplo a definição de: quais são os medicamentos mais eficazes para conter a disseminação do vírus, quais campanhas são mais eficazes para conscientizar a população sobre as medidas preventivas que devem ser executadas, em quais Estados/Municípios a propagação do vírus está mais alta na proporção do número de habitantes e em quais bairros o aumento da circulação do vírus tem aumentado, quantos hospitais devem ser criados para o sistema de saúde ter capacidade de receber os pacientes com sintomas graves e etc. Todas essas ações governamentais, que apesar de estarem resguardadas pela discricionariedade dos administradores, são instrumentos que devem ser divulgados para a população em geral, em respeito ao direito fundamental do acesso à informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 690**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 15 mar. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas**. – Curitiba: Íthala, 2021.
- BITENCOURT, Caroline Müller; LOLLI, Eduardo Henrique; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo crítico: sistematizações para subsidiar análises em direito e políticas públicas. **SEQÜÊNCIA (FLORIANÓPOLIS)**, VOL. 43, nº 90, 2022.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista de Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.
- SILVA, Rogerio Luiz Nery da. Políticas públicas e Administração Democrática. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, no 64, p. 57-84, jul. 2012.



ISSN: 1981-9684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)