

Ano 15 | v. 1 | n. 34
Janeiro – Junho 2024

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 15 | v. 1 | n. 34 | 2024

Porto Alegre/RS
2024

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria
Pública do Estado do Rio Grande do Sul – CECADep

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveria – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADep/RS

Normalização

Greison Jacobi – CRB-10/2634

A REVISTA NÃO SE RESPONSABILIZA PELAS OPINIÕES, IDEIAS E
CONCEITOS EMITIDOS NOS TEXTOS, POR SEREM DE INTEIRA
RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
[online] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul –
Ano 15, v. 1, n. 34 – Porto Alegre: DPE, 2024.

Semestral.

Modo de acesso: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1.Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Marcelo Turela de Almeida

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Melissa Torres Silveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Marcelo Candiago

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPTAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA
DEFENSORIA PÚBLICA - CECADep**

Regina Célia Rizzon Borges De Medeiros

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Regina Célia Rizzon Borges De Medeiros

EDITORES-CHEFES

Andrey Régis de Melo

Lizana Dallazen

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Membros Nacionais

Alberto Milnickel Ruttke
Alexandre Brandão Rodrigues
Alisson de Lara Romani
Ana Maria Marchesan
Angelita Maria Maders
Christiane Russomano Freire
Clara Moura Masiero
Daniel Kessler de Oliveira
Domingos Barroso da Costa
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Francis Moraes de Almeida
Giovana Buonicore
João Batista Oliveira De Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Juliano Viali dos Santos
Leonardo Sagrillo Santiago
Luciano de Faria Brasil
Mônica Medeiros Kother Macedo
Paulo César Carbonari
Renata Costa Farias Simeão
Rodrigo dos Santos Ribeiro
Sandra Beatris Morais Da Silveira
Simone Schroeder
Tássia Aparecida Gervasoni
Veyzon Campos Muniz

Membros internacionais

Helena Moura Fietz
Roberta Silveira Pamplona

PARECERISTAS AD HOC QUE ATUARAM NA EDIÇÃO N. 34

Adriano da Silva Ribeiro
Álerton Poletto
Alexsandra Ramos Fantinel
Ana Carolina Mezzalira
Dani Rudnicki
Débora Bós e Silva
Douglas Garbe
Eduardo Aleixo Monteiro
Felipe Lazzari da Silveira
Fransuelen Geremias Silva
Geresa Colombo
Guilherme Vieira
João Fernando De Moraes Trois
José Luiz Ribas
Karine Nontanari Migliavacca
Laerte Radtke Karnopp
Leon Mclouis Borges de Lucas
Marcelo Luiz Bezerra Da Silva
Mariana Goulart
Marina Nogueira de Almeida
Paulo Rodrigues
Roana Funke Goularte
Rodrigo da Silva Brandalise
Rogério Borba
Sabrina Staats
Sofia Temer
Suzana Maria Fernandes Mendonça
Tháisy Perotto Fernandes
Vinícius Laner

SUMÁRIO

EDITORIAL

Mulheres em suas melhores versões?

Lizana Dallazen

i-iv

Artigos da edição

O pacto antenupcial e o contrato de convivência

Isabella Poglia Freitas Souza

01-22

A valoração do testemunho do policial nos crimes de tráfico de drogas

Bruna Moro da Rocha, Letícia Sinatora das Neves

23-56

Obsessão Punitiva

Luisa Pinto da Silva

57-77

A mulher negra, o mercado de trabalho e o acesso à direitos

Josany Keise de Souza David, Laíze Aires Alencar Ferreira, Tarciana Moreira Alexandrino

78-96

E-carceration à brasileira

Gabriela Gomes Casarin

97-117

A promessa do ADO Nº 26/DF e do MI Nº 4.733/DF enquanto omissão se mantém

Solon Flores Bessony de Sousa

118-138

O acordo de não persecução penal e seus reflexos no sistema judiciário brasileiro

Amanda Pereira Neves, Alexandre Jacob

139-161

A responsabilidade dos influenciadores digitais por produtos indicados em suas redes sociais

Julia Alves de Andre

162-181

Ronald Dworkin: Princípios e Integridade

Alexandre Brandão Rodrigues

182-198

Expansão do objeto da criminologia

Rafaela Bogado Melchioris, Vitória Battisti da Silva

199-222

A violência política contra as mulheres no cenário brasileiro

Caroline Dimuro Bender D'Avila, Rozinaldo Victor do Nascimento

223-243

A necessidade da judicialização da execução penal

Giovanni Diniz Machado da Silva

244-266

A magistratura e sua seletividade

Nélia Mara Fleury

267-285

Uma análise crítica acerca do regime de responsabilidade civil dos agentes de tratamento da lei geral de proteção de dados

Jéssica Suris Carvalho, Ádamo Brasil Dias

286-305

Direito e ensino jurídico como instrumentos de manutenção do poder

Felipe Rodolfo de Carvalho, Plínio Gevezier Podolan

306-327

Descalços e despossuídos

Vinicius Nahan, Hector Cury Soares

328-345

A resolução de conflitos da saúde suplementar através da notificação de intermediação preliminar da agência nacional de saúde

Roberta Kelly Silva Souza

346-364

Convidados

A indeterminação do prazo máximo de duração da prisão preventiva: uma via aberta para o arbítrio no processo penal

Pedro Postal Felipe, Lazzari da Silveira

365-386

MULHERES EM SUAS MELHORES VERSÕES?

Desde o século XVIII, início das reivindicações dos direitos das mulheres com o Iluminismo e com a Revolução Francesa, até o ano de 2024, ocorreram conquistas hercúleas no que diz respeito aos direitos das mulheres. Em perspectiva, elas passaram a ocupar lugares onde mostram suas melhores versões: tornaram-se profissionais bem sucedidas e pessoas com autonomia de pensamento e decisões, usufruindo dos seus desejos, construindo suas famílias de forma diversificada e respeitosa, conquistando lugares políticos de relevância que lhes permite intervir nas decisões legislativas, e por aí afora. Essa realidade é resultado direto da luta duríssima que travam diariamente a favor de ideais singulares, sonhos e satisfações.

Porém, não sejamos ingênuos. A verdade nunca é feita de versão única. Outra faceta do universo feminino, quiçá a grande maioria dele, ainda habita os modos de estar do século XX, em que a mulher era vista como procriadora, objeto que servia sexualmente aos homens, um ser fraco, por vezes incapaz, que deve ficar trancado em casa ou apanhar porque “mereceu”, entre tantas outras atrocidades capazes de levar ao brutal assassinato da vida – o feminicídio. Quando ocupam esta posição subjetiva em relação a si próprias e diante do Outro (homens, filhos, outras mulheres, sociedade), quem são, afinal, estas mulheres? Qual versão delas se faz presente?

Tornar-se homem ou mulher, e não falo aqui no sentido de identidade sexual e gênero, mas de se tornar um sujeito adulto, é um processo a ser vivenciado. Não é dado por natureza ou transmitido geneticamente. É uma conquista resultante do intenso trabalho psíquico do sujeito em busca de desalienação emocional dos estigmas sociais, dos preconceitos da cultura em que está inserido e da transgressão de mandatos maternos e paternos sobre o o nosso futuro, caminhando sempre na direção de conquistarmos autonomia e responsabilidade em relação aos nossos próprios desejos. Esse trabalho permite ao sujeito erigir uma conduta adequada ao seu tempo, condições de usufruir de

suas capacidades e, assim, criar um *modus operandi* em que considere a alteridade e o crescimento constante o norte de sua travessia na vida. O fato é que isso muda o lugar do sujeito/mulher dentro de si e conseqüentemente no mundo.

Com certeza este não é um caminho fácil: ele requer educação, investimento em condições de saúde básica e um Estado que deseje que seus cidadãos tenham tal amadurecimento a ponto de tecerem reflexões críticas e realizar escolhas conscientes, algo que, no nosso contexto, ainda estamos muito longe de alcançar. Portanto, sim e não! As mulheres estão em suas melhores versões e, apesar disso, continuam na sua condição mais triste e dura, de seres subjugados, humilhados, maltratados, agredidos e alienados emocionalmente às ideias patriarcais do século passado. Basta passar uma semana no atendimento às vítimas da Violência Doméstica que encontramos a miséria do ser humano na sua forma mais nua e cruel.

A Defensoria Pública verifica essas versões nas duas perspectivas destacadas acima, em especial as mulheres que trabalham de maneira árdua para transformar algo no “mundinho” das mulheres vítimas de violência doméstica. Claro, há muitos homens também trabalhando para transformar o mundo das assistidas da Defensoria, mas tomei a liberdade de centrar esse editorial em torno das mulheres para sublinhar as conquistas da Defensoria Pública nos últimos anos em torno da matéria da Violência Doméstica, o que resultou em dois projetos pensados para avançarmos no tema de defender a vida das mulheres, circunstância refletida diretamente nos artigos submetidos à nossa revista.

Em 2022, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul concorreu a um edital do Ministério da Justiça com o projeto CUIDE-SE: Assistência Integral à Mulher, pensado pelo Núcleo da Defesa da Mulher em conjunto com a Administração superior e com a equipe psicossocial da instituição, o qual visa implantar um serviço inédito de atendimento integral às mulheres vítimas de violência doméstica. Paralelo a esse projeto, as Defensoras Públicas e a Administração superior trabalharam intensamente em outro projeto de fundamental relevância para a sociedade gaúcha feminina, que foi aprovado pela

Assembleia Legislativa e sancionado pelo Governador Eduardo Leite em 2023, o Projeto de Lei (PL) 492/2023, que dispõe sobre a criação de 14 Defensorias Públicas Especializadas no Atendimento à Vítima de Violência Doméstica e Femicídio nas comarcas de Porto Alegre e interior do Estado. Essa valiosa conquista certamente influenciará a vida de inúmeras mulheres que desejam o desenvolvimento de seus potenciais.

Voltando para a revista, ao longo das edições do biênio 2022/2024, o tema da violência contra a mulher ocupou espaço significativo nas publicações. No presente número, contamos com artigos que versam sobre “A Mulher Negra, O Mercado de Trabalho e o Acesso aos Direitos” e “A Violência Política Contra as Mulheres no Cenário Brasileiro”, entre outros temas do Direito da Família e do Direito digital que tocam indiretamente na violência dos mais vulneráveis, como “A Responsabilidade Dos Influenciadores Digitais por produtos indicados em suas redes sociais” e “O Pacto Antenupcial e o Contrato de Convivência”.

A diversidade de artigos é instigante e, na minha opinião, demonstra o avanço resultante do nosso forte investimento de trabalho na busca pela autonomia da revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul entre os anos de 2020 à 2024. A pesquisa e a cientificidade, por vezes, ocupam este lugar subjugado e maltratado pelas instituições operadoras do direito. Os manuscritos que aqui publicamos abordam temas de extrema relevância humana e social, como se percebe pelos artigos “A valoração do testemunho do policial no crime de tráfico de drogas”, “A resolução de conflitos da saúde suplementar através da notificação de intermediação preliminar da agência nacional de saúde” e “A Magistratura e sua seletividade”. Além disso, alguns textos tratam de outros assuntos de suma importância, como o Direito e o ensino jurídico como manutenção do poder e a responsabilidade civil dos Agentes de tratamento da Lei Geral de Proteção de Dados. Certamente, as matérias de excelência do Direito, Direito Penal, Criminologia e Processo Penal sempre estão em destaque, assim como a Filosofia do Direito, para o deleite dos estudiosos desse campo.

Essa é a última edição da Gestão 2022/2024, do Defensor Público-Geral, Dr. Antonio Flávio de Oliveira, que me convidou para assumir a desafiante tarefa de revigorar a Revista da Instituição, desafio este aceito e realizado com imensa

honra e alegria. Foram 4 anos de aprendizados, novas amizades e muitas parcerias. É preciso convicção da administração superior na importância da produção científica para o avanço da práxis. Sem apoio e investimento da gestão não teria sido possível chegarmos onde estamos. Novas gestões virão., e outras versões da revista surgirão, mas, em todas elas, o nosso espírito e desejo de desenvolvimento pessoal e profissional prosseguirão. Confiante na longevidade e na força de nossa Revista, gostaria de encerrar esse editorial deixando meu profundo agradecimento ao Dr. Antonio Flávio de Oliveria pela aposta na cientificidade.

Afetuosos abraços e boa leitura.

Lizana Dallazen
Editora-chefe

O PACTO ANTENUPCIAL E O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA: QUAIS SÃO OS LIMITES PARA AS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS?

PRENUPTIAL AGREEMENT AND COHABITATION AGREEMENT: WHICH ARE THE LIMITS FOR THE EXISTENTIAL CLAUSES?

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y EL CONTRATO DE CONVIVENCIA: ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LAS CLÁUSULAS EXISTENCIALES?

Isabella Poglia Freitas Souza ¹

RESUMO

Como é de notório conhecimento, o acordo antenupcial e o contrato de convivência podem incluir conteúdo extrapatrimonial. Diante disso, o presente artigo busca pesquisar quais são os limites que devem ser observados pelos nubentes ou companheiros ao estabelecer cláusulas de caráter existencial nesses negócios jurídicos. Para tanto, será feita uma revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, além de uma análise de pactos sobre questões existenciais em específico. Com isso, concluiu-se que a autonomia privada fundamenta a criação de disposições que atendam as necessidades da entidade familiar, enquanto as garantias fundamentais e as questões de ordem pública irão cercear a liberdade contratual.

Palavras-chave: pacto antenupcial; contrato de convivência; direitos existenciais; autonomia privada; limites; garantias fundamentais.

ABSTRACT

As it is well known, the prenuptial agreement and the cohabitation agreement may include extrapatrimonial provisions. In view of this, this article seeks to research the limits that must be observed by the spouses or cohabitants when establishing existential clauses in these legal arrangements. To this end, a literature and legislative review will be made on the subject, in addition to an analysis of prenuptial agreements on specific existential issues. As a result, it was concluded that private autonomy grounds the creation of provisions that meet the needs of the family unit, while the fundamental guarantees and issues of public order will restrict contractual freedom.

Keywords: prenuptial agreement; cohabitation agreement; existential rights; private autonomy; limits; fundamental guarantees.

¹ Analista Jurídica com lotação na Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; e-mail: isabellapoglia97@gmail.com.

RESUMEN

Como es bien sabido, las capitulaciones matrimoniales y el acuerdo de convivencia pueden incluir contenido fuera de balance. Ante ello, el presente artículo busca investigar cuáles son los límites que deben observar los cónyuges o convivientes al establecer cláusulas de carácter existencial en estos negocios jurídicos. Para ello, se hará una revisión bibliográfica y legislativa sobre el tema, así como un análisis de pactos sobre cuestiones existenciales en particular. Con ello, se concluyó que la autonomía privada es la base para la creación de disposiciones que satisfagan las necesidades de la entidad familiar, mientras que las garantías fundamentales y las cuestiones de orden público restringirán la libertad contractual.

Palabras clave: capitulaciones matrimoniales; contrato de convivencia; derechos existenciales; autonomía privada; límites; garantías fundamentales.

Data de submissão: 04/02/2023

Data de aceite: 10/07/2023

1 INTRODUÇÃO

Usualmente, o casamento e a união estável são relacionamentos que se projetam para o futuro. Embora os vínculos conjugais possam perdurar por breve período, as relações costumam ser pensadas para se prolongar no tempo. Afinal, ninguém constitui casamento pensando em se divorciar, tampouco mantém convivência pública, contínua e duradoura, visando dissolver a união.

Durante a comunhão de vida, muitos casais enfrentam os desafios da convivência diária e das conexões humanas. Em uma relação afetiva, cada um dos componentes traz consigo as suas experiências, hábitos e convicções. De igual modo, os integrantes criam expectativas de como será compartilhar a existência com outra pessoa, desejando que elas sejam atendidas durante a convivência.

Nessa conjuntura de estreitamento de vínculos, acordos prévios entre os nubentes e companheiros podem evitar desgastes provenientes do cotidiano. Persistindo um alinhamento de ideais, há menor chance de que desavenças prosperem. Antes da celebração de um casamento ou na vigência da união estável, é comum que o casal se reúna para decidir sobre o regime de bens que regulamentará o patrimônio comum. No entanto, as partes podem ir além das

questões econômicas que permeiam o relacionamento e também incluir cláusulas com conteúdo extrapatrimonial na discussão prévia ao casamento ou concomitante à união estável.

À vista disso, este artigo tem como objetivo averiguar quais são os limites para as cláusulas existenciais no pacto antenupcial, assim como no contrato de convivência. Observando o princípio da autonomia privada e do livre planejamento familiar, pesquisa-se as fronteiras que não podem ser ultrapassadas pelos casais quando celebram esses acordos no âmbito familiar. Para tanto, esta análise será feita a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema, além de um estudo legislativo e de leitura de notícias. Busca-se, sempre que possível, fazer uma comparação entre o que é proposto pela doutrina e a realidade prática.

Quanto à estrutura, o presente artigo está dividido em duas grandes partes. A primeira delas fará um panorama geral sobre a celebração de contratos no âmbito do Direito de Família, trazendo conceitos básicos e noções gerais. Em seguida, o estudo discutirá o conteúdo de pactos sobre direitos existenciais em específico, a partir de exemplos.

2 CONTRATOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Cada grupo familiar é peculiar e complexo. Diante da pluralidade de entidades familiares existentes, os contratos permitem que os indivíduos possam pensar as regras que regularão as suas relações particulares, uma vez que o texto legal não consegue contemplar todas as possibilidades de agrupamentos parentais. Com isso, é cada vez mais frequente pensar em contratos no Direito de Família, assim como em outras áreas do Direito.

2.1 CONTRATUALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Com a evolução da sociedade, as relações pessoais mudaram, sendo o núcleo familiar tradicional substituído pelas relações marcadas pelo afeto. Atualmente, a entidade familiar contemporânea afigura-se múltipla e não é mais formada pelo casamento, exclusivamente. Isso significa que a atuação estatal

no âmbito da família é limitada, pois cabe aos indivíduos decidir como irão reger seus relacionamentos, desde que tais disposições não afetem a ordem pública. Melhor dizendo, o Estado não pode invadir a intimidade dos indivíduos, que têm direito à privacidade, mas também não deve permitir abusos, como distinções relacionadas ao gênero, orientação sexual, raça ou religião, tampouco tolerar violências de qualquer tipo.

A legislação infraconstitucional, mais especificamente o art. 1.513, diz que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O art. 226, § 7º, da Carta Magna, por sua vez, corrobora que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Nessa lógica, defende-se que cada grupo familiar possa pensar as regras que regularão as suas relações privadas. Afinal, dificilmente o legislador, ao exercer sua função típica, consegue pensar em normas que irão contemplar as peculiaridades de cada núcleo doméstico, especialmente quando a família contemporânea é plural e democrática (Paulino da Rosa, 2014).

Diante disso, ganha relevância a conexão entre a Teoria Geral dos Contratos e os Direitos de Família e das Sucessões, a fim de que as partes possam estipular o acordo de vontades no que diz respeito às relações afetivas. A celebração de contratos escritos, por conseguinte, traz segurança jurídica aos pactos que até então poderiam permanecer tão somente na seara verbal. Com a diminuição da regulação estatal no âmbito das famílias, cresce a liberdade das partes para autodeterminar suas relações, para além das questões patrimoniais. Tal possibilidade de criação é decorrência do princípio da autonomia privada, que permite formalização de negócios jurídicos no âmbito das famílias.

Já foram suscitados questionamentos quanto à viabilidade da contratualização da família, diante das diferenças sociais decorrentes de gênero (Tartuce, 2014). E, essa posição contrária à incidência da autonomia privada nas relações familiares justifica-se, porque a celebração de negócios jurídicos para

tratar de questões inerentes ao convívio doméstico poderia afastar a intervenção do Estado, permitindo violações nas relações entre particulares.

Ocorre que é preferível associar um viés positivo à criação de contratos em matéria de Direito de Família, como o pacto antenupcial, negócios intramatrimoniais ou pré-divórcio, pois essas resoluções trazem previsibilidade para os signatários. Com o estabelecimento de convenções válidas, já que a liberdade das partes não é ilimitada, o casal planejará as diretrizes que irão balizar a relação familiar:

Mas um alerta é preciso: os contratos familiares não são a ausência do Direito. Há regras e limites que devem ser obedecidos para que a liberdade não se confunda com arbitrariedade. Não pode haver tratamento discriminatório entre homens e mulheres, é preciso respeitar a dignidade humana dos envolvidos, as vulnerabilidades devem ser tuteladas, não pode haver desrespeito aos direitos das crianças, adolescentes e idosos. Famílias homoafetivas precisam ser protegidas. As pessoas portadoras de deficiência devem ser amparadas e jamais será tolerada a violência doméstica. Afastadas essas situações inaceitáveis, o que resta, e importa, é o amplo espaço de construção de regras intrafamiliares (Carvalho, 2022, p. 3).

Desse modo, há regras que não podem ser afastadas por meio de contrato no âmbito familiar. Porém, superadas as proibições decorrentes da lei, as partes poderão alinhar as expectativas acerca do que enfrentarão nas situações desencadeadas pela assunção de relacionamento afetivo.

2.2 PACTO ANTENUPCIAL: CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Como ensina a literatura jurídica, “a existência de algum regime matrimonial de bens é uma consequência inafastável do estabelecimento de um relacionamento afetivo” (Madaleno, 2022, p. 813). O conjunto de regras que diz respeito aos interesses patrimoniais ou econômicos da entidade familiar (Tartuce, 2019) é resultado do contexto social e cultural em que as pessoas vivem. Com a maior participação da mulher na sociedade e sua inserção no mercado de trabalho, percebeu-se reflexo direto na mudança dos regimes matrimoniais, que devem atender o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, previsto no art. 226, § 5.º, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

De acordo com a legislação vigente no país, há variedade de regimes patrimoniais para disposição dos bens de um casal. No Brasil, o Código Civil de 2002 (Brasil, 2002) prevê quatro diferentes regimes matrimoniais, quais sejam: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens. Tais regras alteram-se de acordo com a liberdade que o casal possui para fruir do patrimônio durante o relacionamento e com a dissolução deste.

As disposições patrimoniais, por sua vez, podem ser adotadas por imposição legal ou por convenção das partes. Consoante orienta o art. 1.641 do CC, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. Lado outro, caso superadas as condições restritivas, as partes podem acordar acerca do regime de bens que será mais proveitoso às particularidades do casal. Em verdade, é possível a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, justamente em virtude do princípio da autonomia privada. O ordenamento jurídico somente não permite o fracionamento do regime em relação a um dos cônjuges, a fim de não autorizar injustiças e discriminações.

Nesse cenário, o pacto antenupcial é um contrato celebrado pelos nubentes com objetivo principal de estabelecer o regime de bens e as relações patrimoniais que serão aplicáveis ao casamento. Melhor dizendo, “é um negócio jurídico de direito de família” (Gozzo, 1992, p. 34), por meio do qual se estabelece o conjunto de regras aplicáveis ao matrimônio e “as condições ou adendos que resolvem acrescentar” (Rizzardo, 2018, p. 576).

Assim sendo, a liberdade de escolha precisa ser exercida no casamento através de um pacto antenupcial. Não obstante, o pacto antenupcial somente se faz necessário se os nubentes optarem por um regime de bens diferente do regime legal, que é o regime da comunhão parcial de bens ou, nas hipóteses já referidas, o regime da separação obrigatória de bens. Em outras palavras, o pacto antenupcial é um negócio facultativo, que se faz necessário para a escolha de determinados regimes patrimoniais (Farias; Rosenvald, 2016).

Frisa-se, ademais, que o pacto antenupcial caracteriza-se por ser um negócio solene, razão pela qual deve ser feito por escritura pública no Cartório de Notas. Posteriormente, deve ser levado ao Cartório de Registro Civil em que será realizado o casamento. Não há um prazo previsto na lei entre a celebração do pacto e o casamento, sendo que as próprias partes podem estipular período. Todavia, o regime de bens começa a vigorar a partir da data da solenidade, de modo que o contrato afigura-se condicional (Gonçalves, 2021), porque só terá eficácia se o casamento se realizar.

Quanto à mutabilidade, o pacto antenupcial somente poderá ser alterado mediante autorização judicial. Muitas pessoas sentem-se constrangidas em discutir as regras de cunho patrimonial antes do casamento e, por isso, acabam aceitando a previsão legal acerca da comunhão. Contudo, se as partes concluírem que o regime de bens adotado inicialmente não faz mais sentido, elas podem modificá-lo, diante da faculdade ofertada pelo art. 1.639, § 2º do Código Civil, que consagra o princípio da mutabilidade justificada (Madaleno, 2022).

Por fim, no que tange ao conteúdo, o pacto antenupcial possui natureza contratual, com liberdade limitada. Nos termos do art. 1.655 do Código Civil, é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

2.3 CONTRATO DE CONVIVÊNCIA: CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA

Diferentemente do casamento, a união estável não reclama formalidade, tampouco solenidade. A convivência com *affectio maritalis*, portanto, não exige um procedimento próprio, porque decorre de um fato da vida. Melhor dizendo, a união estável concretiza-se no plano fático, pressupondo tão somente uma convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família, nos termos do que estabelece o art. 1723 do Código Civil.

Não obstante, se os conviventes desejarem, eles podem formalizar um contrato, a fim de trazer maior segurança jurídica ao período de relacionamento. Por meio do documento, é possível reconhecer a existência da união estável, o regime de bens vigente entre as partes, assim como as regras que irão valer durante a constância da entidade familiar.

Com efeito, o contrato de convivência é um negócio jurídico informal (Farias; Rosenvald, 2016), que deve corresponder à realidade dos companheiros, giza-se, não impedidos ao casamento. O documento, por sua vez, é útil como instrumento de prova da união estável, mas não conta com valor probatório absoluto. À vista disso, para fins de reconhecimento judicial da entidade familiar, o contrato deve estar alicerçado nos demais elementos constantes dos autos.

Ainda, o contrato de convivência serve para adoção do regime de bens aplicável à união estável, caso os conviventes optem por afastar a comunhão parcial do patrimônio, conforme indica o art. 1.725 do CC. Ou seja, o contrato de convivência pode ser caracterizado como um acordo bilateral de vontades para estabelecer as questões econômicas pertinentes ao casamento fático. E, por ser um negócio jurídico, a transação requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em virtude da informalidade, exige-se apenas que o contrato de convivência seja escrito e não apenas verbal. Inclusive, ele pode ser formalizado por instrumento particular ou por meio de escritura pública. Embora o contrato possa ser particular, tem-se que a confecção de escritura pública traz maior segurança na hipótese de discussão judicial acerca da eficácia do negócio jurídico.

Ao contrário do pacto antenupcial, o contrato de convivência pode ser celebrado a qualquer tempo. De igual modo, é cabível modificação do seu conteúdo a todo o momento pela vontade de ambas as partes, não se autorizando que somente um dos conviventes realize alterações contratuais.

Por outro lado, assim como o pacto antenupcial, o contrato de convivência da união estável está sujeito à decretação judicial de nulidade de qualquer cláusula ou convenção que contravenha disposição absoluta de lei, de acordo com o art. 1.655 do CC. Em outras palavras, descabe acrescentar ao negócio jurídico cláusulas que afastem ou suprimam direito e garantias estabelecidos em lei em favor dos companheiros.

2.4 CLÁUSULAS EXISTENCIAIS: NOÇÕES GERAIS

Feita tal diferenciação entre o pacto antenupcial e o contrato de convivência, percebe-se que ambos os negócios jurídicos visam questões patrimoniais essencialmente. Apesar disso, não se deve afastar a possibilidade de inclusão de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial nesses contratos de Direito de Família, isto é, disposições de natureza existencial sobre as partes.

Inicialmente, pensava-se que o pacto antenupcial era um negócio jurídico que somente poderia ter conteúdo patrimonial e, com isso, excluía-se as estipulações relativas às relações pessoais dos nubentes. Contudo, com a evolução do estudo jurídico, passou-se a aceitar no pacto antenupcial e, também, no contrato de convivência, regras de caráter imaterial, por meio de estipulações variadas sobre a rotina, inclinações e preferências do casal. Não é por acaso, aliás, que o enunciado nº 635 da Jornada de Direito Civil encerrou controvérsias a respeito do tema, permitindo que noivos e conviventes acordem sobre interesses inerentes à vivência pessoal comum, para além do critério econômico, do seguinte modo: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

Com efeito, as cláusulas existenciais são aquelas que versam “sobre assuntos estranhos ao patrimônio, porém relevantes à organização familiar e à vida do casal” (Cardoso, 2009, p. 196). Atualmente, há possibilidade de que os noivos ou companheiros disciplinem diretrizes que não ostentem conteúdo patrimonial ou econômico (Carvalho, 2020) acerca do relacionamento afetivo, em decorrência do princípio da autonomia privada. E, para que a pactuação seja válida e eficaz, a liberdade deve ser exercida conforme os limites da ordem pública e da lei.

3 PACTOS SOBRE DIREITOS EXISTENCIAIS

Os pactos sobre direitos existenciais são uma manifestação da autonomia privada, porque permitem que a entidade familiar defina regras próprias, para

além do conteúdo patrimonial do relacionamento. Diante da multiplicidade das cláusulas existenciais que podem ser acordadas, algumas hipóteses serão analisadas de forma não exaustiva a seguir.

3.1 DEVER DE FIDELIDADE

O art. 1.566 do CC diz que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. O art. 1.724 do mesmo códex, por sua vez, cuida da união estável, estipulando: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

A doutrina conceitua a fidelidade conjugal como “a manutenção da monogamia das relações sexuais do casal” (Nery Junior; Nery, 2019, p. 2256). Ou seja, a fidelidade recíproca permite que os cônjuges possuam apenas um parceiro amoroso ou sexual na constância do casamento. Enquanto isso, a lealdade, que é imposta aos conviventes, apresenta-se como um encargo mais abrangente (Madaleno, 2022). Ela importa na obrigação de respeito mútuo entre os companheiros, para além da proibição de relação sexual com terceiros.

No Brasil, o Poder Judiciário já reconheceu a hipótese de indenização do rompimento do dever de fidelidade, por meio dos institutos da responsabilidade civil, sem a prévia pactuação entre os cônjuges nesse sentido. Em julgado mais remoto (Distrito Federal e Territórios, 2012), por exemplo, condenou-se o cônjuge infiel a pagar dano moral, porque manteve relacionamento extraconjugal, do qual proveio o nascimento de uma filha. O dever de indenizar, em tal situação, surgiu por ofensa aos direitos de personalidade da parceira, que teve sua honra, imagem e integridade psíquica abalados.

Também não se verifica óbice quanto à inserção de cláusula em pacto antenupcial que impõe indenização decorrente de violação do dever conjugal (Carodoso, 2009), diante da inexistência de impedimento legal. Logo, se assim quiserem, as partes podem inserir, no contrato anterior ao casamento, uma

cláusula penal que consiste em uma promessa de pagamento em dinheiro para a hipótese de traição.

Por outro lado, aventa-se a possibilidade de afastamento do dever de fidelidade recíproca por meio de contrato. Isso porque o adultério não é considerado crime, tampouco justifica o fim do casamento. A partir da Emenda 66/2010, que alterou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, não se discute a culpa como motivação para a decretação do divórcio. Assim, “se a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal” (Brito, 2012, p. 72).

Diante disso, iniciou-se debate sobre qual efeito do descumprimento dos deveres conjugais e eventual perda de sentido da previsão legislativa para a fidelidade recíproca. Aproveitando-se de tal inclinação, alguns doutrinadores, como Gustavo Tepedino e Rodrigo da Cunha Pereira, defendem a regulamentação da convivência não monogâmica no casamento, com base no princípio da autonomia privada (Dias, 2017).

Não se ignora a permanência de posição mais conservadora no âmbito do Direito de Família, a qual defende que a sociedade brasileira apresenta a monogamia como elemento estrutural, que impede a atenuação do dever de fidelidade. Em face da imposição do texto legal, não seria possível o afastamento da obrigação de ser fiel por meio de cláusula contratual, uma vez que esta seria ineficaz (Madaleno, 2022).

Em que pese a monogamia esteja prevista no ordenamento infraconstitucional, não é um princípio que consta da Carta Magna. À vista disso, tem-se que o dever de exclusividade conjugal trata-se mais de uma questão cultural, baseada em dogmas religiosos, do que um preceito constitucional imutável. Apesar de o Estado brasileiro ser laico, em nosso ordenamento jurídico há grande influência da Igreja Católica e do Direito Canônico, que condenam a poligamia.

Com isso, questiona-se se o dever de fidelidade é um dever jurídico, efetivamente, ou apenas um elemento moral, que está inserido no ordenamento pátrio. No senso comum, a infidelidade está diretamente relacionada com a quebra de confiança entre os parceiros. No entanto, se ambas as partes do

relacionamento resolvem pelo paralelismo afetivo, não cabe ao Estado intrometer-se nesse acordo.

3.2 ROTINA DOMÉSTICA

Realizar acordos pode ser um eficiente meio para prevenir litígios em um relacionamento. Afinal, como ensina o ditado popular “o combinado não sai caro”. Isso não é diferente quando se trata da rotina doméstica.

As discussões proporcionadas pelos movimentos feministas e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho implicaram na mudança da dinâmica das famílias. No passado, a imagem feminina estava intrinsecamente relacionada com a figura da “dona de casa”. Atualmente, a mulher não é mais vista como a única responsável por desempenhar as tarefas do lar.

Na sociedade atual, as atividades domésticas tendem a ser divididas pelo casal, independentemente do sexo. Não é mais tão raro, aliás, que o homem assuma as funções domésticas, enquanto a mulher exerce atividade assalariada. Aqui, também não se exclui a sistemática doméstica das famílias formadas por casais homoafetivos, que podem casar-se e constituir união estável.

Sendo assim, a realidade contemporânea propiciou que as pessoas instituíssem funcionamentos diversos em seus lares, sendo cada vez menos frequente o antigo padrão, em que a mulher era a principal encarregada por lavar a louça; passar as roupas; limpar a casa e cozinhar. Nesse novo cenário, cada família adota uma dinâmica própria, o que favorece a celebração de negócios sobre a distribuição do trabalho doméstico.

Nesse ínterim, o pacto antenupcial e o contrato de convivência servem para estabelecer cláusulas existenciais, a exemplo das questões domésticas. As combinações podem envolver aspectos básicos da rotina do casal, como “quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão” (Dias, 2017). Melhor dizendo, serão válidas as mais diversas pactuações para atender as peculiaridades dos nubentes ou companheiros, desde que não violem a dignidade humana.

No Brasil, é verdade que a prática ainda não é tão ordinária. Porém, nos Estados Unidos, “em vários estados são admitidas cláusulas diversas sobre aspectos de cunho extrapatrimonial da vida conjugal, até mesmo sobre questões domésticas” (Mafra; Mendonça, 2021, p. 18).

O desconhecimento acerca da faculdade de realização de pactos sobre a rotina doméstica não quer dizer que a transação não terá eficácia na realidade nacional. Como ensina a doutrina, “ainda que não haja a possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade” (Dias, 2017, p. 18).

Em todo o caso, é possível pensar na previsão de multas e cláusulas penais (Cardoso, 2009), a fim de garantir a plena eficiência e eficácia do pacto, como ocorre em outros contratos de Direito Civil. De fato, em não havendo mecanismo de sanção para o inadimplente, há maior chance de que o acordo não seja observado.

3.3 RELAÇÕES SEXUAIS

No passado não tão distante, entendia-se que a realização de atos sexuais era uma obrigação originária do vínculo conjugal, sendo que a recusa de um dos cônjuges poderia configurar erro essencial capaz de anular o casamento. Falava-se que o dever sexual era decorrência lógica da comunhão plena de vida no casamento, bem como do dever de fidelidade recíproca. Nessa mesma linha de raciocínio, já se defendeu que a relação sexual constitui o núcleo intangível da comunhão conjugal (Pinheiro, 2004).

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, passou-se a privilegiar a dignidade da pessoa humana, entendendo-se que não é mais aceitável coagir alguém a praticar atos sexuais, ainda que seja seu cônjuge ou companheiro. Também não se pode deixar de ponderar os avanços instituídos pela Lei Maria da Penha, que aparelhou a luta contra a violência doméstica e protegeu a mulher de qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada. Por certo, abusos de qualquer ordem não podem

ser mais tolerados no âmbito familiar, devendo-se sempre buscar a igualdade de gênero.

Afora isso, após a revolução sexual, as pessoas vivenciam a sexualidade de formas diferentes, havendo maior liberdade de escolha no exercício da vida privada. Atualmente, reconhecem-se novos tipos de orientação sexual, sendo que alguns indivíduos sequer possuem interesse nas atividades sexuais humanas.

Diante das novas necessidades da sociedade contemporânea, o pacto antenupcial ou contrato de união estável possibilitam a discussão das regras sobre a sexualidade do casal. Com efeito, é possível estabelecer acordos sobre “frequência das relações/ número de relações por semana ou mês/ estabelecimento da monogamia como regra (ou não); - regras para casais que praticam o chamado “swing” ou a troca de parceiros; - multa por transmissão de doenças sexualmente transmissíveis” (Carvalho, 2020, p. 5). Lado outro, cabível debater a hipótese de acordo antenupcial prevendo abstinência sexual, sem implicar nulidade do casamento, especialmente porque o divórcio é um direito potestativo. Ou seja, se as pessoas não estão contentes com a ausência de sexo no relacionamento, elas podem optar pela separação.

Nos Estados Unidos, é mais habitual a realização de acordos anteriores ao casamento, inclusive com cláusulas sobre a frequência de relações sexuais. A prática justifica-se por que os estados daquele país apresentam legislações próprias, de modo que a lei do local em que o casal se divorcia determina as normas da separação. Com isso, as pessoas preferem prever as regras que vão reger o relacionamento, até mesmo sobre questões existenciais, ao invés de depender do estado em que residem. Para exemplificar a questão, na análise do contexto norte-americano, verifica-se que a cantora Jennifer Lopez e o ator Ben Affleck casaram-se recentemente. Antes de oficializar a união, os artistas celebraram pacto pré-nupcial, que previu a obrigação de praticar, no mínimo, quatro relações sexuais por semana (Venturi, 2022).

No solo pátrio, contudo, questiona-se a eficácia de cláusula sobre relações sexuais em pacto antenupcial ou contrato de convivência. Haja vista a natureza da obrigação imposta, que está relacionada com a liberdade sexual do

indivíduo, entende-se que não há como exigir o cumprimento judicial de encargo relacionado a sexo. Melhor dizendo, inexistente penalidade aplicável se um dos cônjuges ou conviventes descumprirem o acordo de frequência sexual, tendo em vista que não é permitido obrigar alguém a manter relação carnal, sob pena de praticar um estupro.

Embora não haja como obrigar a prática do ato sexual, há quem sustente a alternativa de interpretar o descumprimento contratual no âmbito familiar como um ilícito civil (Oliveira; Monteiro, 2013). Dessa forma, seria admissível acordar indenização no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, em caso de inobservância do dever sexual, com base nos institutos da responsabilidade civil.

3.4 CLÁUSULA PENAL EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica é uma triste realidade no Brasil. Embora a Lei Maria da Penha tenha trazido avanços para o combate à desigualdade de gênero, os abusos no âmbito familiar permanecem na sociedade brasileira. Os números que contabilizam a violência contra a mulher em nosso país são alarmantes. Fato notório é que os agressores são aquelas pessoas que deveriam demonstrar carinho e oferecer cuidado às suas companheiras. Justamente por isso, a violência doméstica torna-se tão cruel, porque se dá em contexto de relação íntima de afeto, quando as mulheres estão mais vulneráveis.

Infelizmente, muitas vítimas de violência doméstica denunciam as lesões que experimentam, enquanto permanecem vinculadas com seus agressores por deles depender financeiramente ou emocionalmente. Em que pese existam inúmeras campanhas de conscientização para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a questão é complexa e não está sendo solucionada, de modo satisfatório, pelos mecanismos disponíveis.

Com efeito, a violência doméstica não se expressa apenas pela violência física, que costuma representar os casos mais extremos e noticiados. Ela concretiza-se de diversas formas, sendo que algumas delas não são visíveis para a sociedade, como as ofensas psicológicas, sexuais e até mesmo patrimoniais.

Nesse cenário de disparidade entre homens e mulheres, é possível estipular cláusulas de natureza existencial no contrato de convivência ou no pacto antenupcial para reforçar as ferramentas ofertadas pela legislação penal contra a violência doméstica. Não se despreza que a instituição de cláusula penal nas hipóteses de ocorrência de violência doméstica (Carvalho, 2020) não resolve o problema histórico e social de desequilíbrio nas relações afetivas, em virtude do sexo. Ocorre que a pactuação em momento anterior à celebração do casamento ou durante a vigência da união estável pode servir como uma barreira à opressão nos relacionamentos, face ao seu viés educativo e sancionatório.

Como se sabe, a cláusula penal “é pacto acessório à obrigação principal, no qual se estipula a obrigação de pagar pena ou multa, para o caso de uma das partes se furtar ao cumprimento da obrigação principal” (Nery Junior; Nery, 2019, p. 264). Ou seja, ela impõe uma prestação pecuniária de caráter compensatório, que pode fazer o agressor repensar a conduta violenta, antes de praticá-la.

Em verdade, a imposição de multa não irá apagar os traumas vivenciados pela mulher em razão da violência doméstica. Entretanto, pode ajudar a compensar os danos sofridos, que certamente ultrapassam o mero aborrecimento. Em outros termos, a cláusula penal não impede a transgressão, mas figura como mais um elemento para coibir os abusos experimentados pela esposa ou convivente no distrito do lar. Além disso, o negócio jurídico pode representar um indício de que o signatário está disposto a abster-se de praticar qualquer ato de violência.

3.5 CLÁUSULAS VEDADAS

Apesar da liberdade contratual que é conferida às partes no âmbito do Direito de Família, algumas pactuações não são autorizadas pelo ordenamento jurídico. Normalmente, elas implicam em renúncia antecipada de direitos, bem como violam princípios constitucionais ou texto expresso de lei. Tais cláusulas, se inscritas no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, serão consideradas nulas e não terão eficácia.

A ampla maioria da doutrina (Pituco; Fleischmann, 2022), por exemplo, entende que é vedada cláusula que permite renúncia prévia à herança, excluindo o direito sucessório do cônjuge sobrevivente e afastando as regras da sucessão legítima. Isso porque não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, nos termos do art. 426 do CC. Lado outro, há quem defenda (Madaleno, 2018) que a legislação civil não proíbe a desistência antecipada à herança, pois se trata de renúncia abdicativa e não aquisitiva, como foi pensada a vedação à *pacta corvina*². Outro argumento que validaria a cláusula de renúncia é o fato de que o herdeiro não faz jus à herança universal, já que concorre com descendentes e ascendentes.

Quanto à proibição legal, também não se reputa válida cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, por violação à regra contida no art. 1.707 do CC. Em razão da sua natureza indisponível, a jurisprudência pátria não admite acordo que afaste antecipadamente a obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, que é decorrente do dever de mútua assistência. O casal, contudo, pode dispensar, reciprocamente, os alimentos na celebração do divórcio ou término da união.

Ainda, não é eficaz previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, inc. I, do CC (Tartuce, 2021). Não há, portanto, como excluir por meio de contrato a autorização do parceiro, que visa assegurar a comunhão de vontade em tais regimes.

No que tange à cláusula que contraria o texto constitucional, é possível mencionar pacto que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido ou pelo companheiro. Veja-se que não se mostra aceitável excluir por meio de contrato a isonomia entre homens e mulheres, que foi garantida pela Carta Magna.

Por fim, não se deve incluir em pacto antenupcial ou contrato de convivência cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda ou convivência dos filhos, para o caso de divórcio do casal e dissolução

² Acordo que tem por objeto herança de pessoa viva.

da união estável. Até mesmo porque não há como saber antecipadamente quem será o guardião mais adequado para cuidar dos filhos comuns ou qual será o regime de convivência que melhor atenderá os interesses da prole (Maфра; Mendonça, 2021).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pacto antenupcial e o contrato de convivência são grandes exemplos de negócios jurídicos no âmbito familiar. Em princípio, ambos os acordos objetivam tutelar questões patrimoniais relativas ao casamento e à união estável. Todavia, o primeiro negócio jurídico caracteriza-se por ser formal e solene tal qual o matrimônio, além de ser realizado em momento prévio à assunção do compromisso conjugal. Enquanto isso, o segundo é informal e costuma ser confeccionado durante a vigência da relação, servindo também como instrumento de prova do período de união estável, ainda que com valor probatório relativo. Em suma, o pacto antenupcial e o contrato de convivência são transações que podem designar o regime de bens do casal, o que não impede, contudo, a inclusão de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial.

Com efeito, as cláusulas existenciais, isto é, estipulações relativas às relações pessoais dos nubentes ou companheiros, podem ter conteúdo diverso, conquanto que não violem os princípios da dignidade da pessoa humana. Na prática, é possível que elas sirvam para fixar aspectos ordinários da vida do casal, como normas sobre a rotina doméstica, ou, até mesmo para tratar de pontos sensíveis, como a inserção de cláusula penal em caso de violência no âmbito familiar. Aqui, frisa-se que as disposições estudadas neste artigo não esgotam as deliberações que podem ser acordadas pelas partes, porque a autonomia privada irá balizar os acordos, ao passo que as garantias fundamentais e as questões de ordem pública irão restringir a liberdade contratual.

Como se sugeriu no presente estudo, inclusive os limites impostos pelo texto legal podem ser questionados em se tratando de cláusulas existenciais, especialmente quando as restrições legislativas provêm de valores morais ou

religiosos em um estado laico, como o Brasil. Nesse sentido, discutiu-se a hipótese de se afastar o dever de fidelidade disposto no Código Civil por meio de pacto antenupcial ou contrato de convivência, sem implicar na descaracterização do casamento ou da união estável, tendo em vista que a monogamia não é um princípio constitucional imutável.

Lado outro, há barreiras que não devem ser ultrapassadas pela vontade das partes, havendo cláusulas já reconhecidamente vedadas pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo daquelas que implicam em renúncia antecipada de direitos. No presente estudo, acordo sobre frequência sexual teve sua exigibilidade controvertida, diante do conflito com direitos indisponíveis.

Em um panorama mais amplo, percebe-se que não há uma cultura de celebração de pacto antenupcial e de contrato de convivência no Brasil, sendo ainda menos habitual a pactuação sobre questões existenciais, como ocorre nos Estados Unidos. No solo pátrio, as pessoas tendem a confiar que o texto legal irá estabelecer as regras patrimoniais vigentes durante o relacionamento, aguardando a aplicação do regime legal, em caso de separação ou divórcio. Além disso, deve-se ponderar que muitos casais sequer formalizam o ânimo de constituir família.

Ao que se verifica da realidade brasileira, é mais frequente que pessoas com alto padrão aquisitivo confeccionem pacto antenupcial ou contrato de convivência, visando à proteção patrimonial. A baixa adesão pode justificar-se pelo desconhecimento das pessoas leigas sobre a possibilidade de inserção de cláusulas existenciais em contratos de Direito de Família e aos custos da contratação de um profissional da área jurídica para assessorar os interessados. Embora não seja necessário um advogado para redigir os contratos pré-nupciais ou de convivência, a interferência de um procurador é essencial para alertar sobre a hipótese de transação, bem como elaborar cláusulas específicas para o caso concreto.

Do senso comum, também se extrai uma visão limitada sobre o pacto antenupcial e o contrato de convivência, os quais serviriam tão somente para estabelecer questões patrimoniais do casal. No entanto, esses negócios

jurídicos podem cumprir um papel social importante, favorecendo a luta pela igualdade de gênero e o princípio da isonomia entre os cônjuges/companheiros.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por descumprimento do dever conjugal**. Tese (Mestrado em Direito) - UniCEUB e UniEvangélica. Brasília, 2012.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil**: formalidades e conteúdo. Tese (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 17 set. 2022.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Minha família, minhas regras: da família contratual aos smartcontracts de Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1809/Minha+fam%C3%ADlia%2C+minhas+regras%3A+da+fam%C3%ADlia+contratual+aos+smartcontracts+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia#:~:text=Minha%20fam%C3%ADlia%2C%20minhas%20regras!,paralelo%20com%20os%20projetos%20familiares>. Acesso em: 13 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Proc. 20080110352973. Indenização por dano moral. Violação aos deveres do casamento. Fidelidade recíproca. Segredo de Justiça. Relatora: Des. Vera Andrichi. Distrito Federal, 20 de setembro de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/905993607>. Acesso em: 1 fevereiro 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. V. 6.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 27, p. 9-57, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense; Grupo GEN, 2022.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/564>. Acesso em: 12 outubro 2022.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Olivia Marcelo Pinto de. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade Civil e Débito Conjugal: Breve Análise do Dano Imaterial pela Quebra do Dever Sexual no Direito Português e Brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 1, p. 33-73, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2331/1893>. Acesso em: 06 ago. 2023.

PAULINO DA ROSA, Conrado. **Do “pater família” a Homer Simpson**: uma análise da família antiga a partir de Fustel de Coulanges e a nova realidade do direito de família. O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios. Porto Alegre: IBDFAM-RS; Ed. RJR, 2014.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal**: os deveres conjugais sexuais. Portugal: Almedina, 2004.

PITUCO, Alice Pagnoncelli; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. A renúncia ao direito concorrencial e a vedação à “pacta corvina”: uma reflexão acerca do disposto no artigo 426 do Código Civil. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, 2022. Disponível em: <http://civilistica.com/a-renuncia-ao-direito-concorrencial>. Acesso em: 16 out. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Grupo GEN, 2018.

TARTUCE, Flávio. A contratualização do direito de família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 07 out. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/979/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direit+o+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 08 outubro 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. V. 5.

TARTUCE, Flávio. Autonomia privada e Direito de Família - Algumas reflexões atuais. **Migalhas.com**, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/350602/autonomia-privada-e-direito-de-familia--algumas-reflexoes-atuais>. Acesso: em 16 out. 2022.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A cultura norte-americana dos acordos pré-nupciais. **Migalhas**, 23 maio 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/366463/a-cultura-norte-americana-dos-acordos-pre-nupciais>. Acesso em: 12 out. 2022.

A VALORAÇÃO DO TESTEMUNHO DO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: UM ESTUDO SOBRE AS DECISÕES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

THE VALUATION OF POLICE OFFICER TESTIMONY IN DRUG TRAFFICKING CRIMES: A STUDY ON THE DECISIONS IN THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL STATE

LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL POLICÍA EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS: UN ESTUDIO SOBRE LAS DECISIONES DE LA CORTE DE JUSTICIA DE RIO GRANDE DO SUL

Bruna Moro da Rocha¹

Letícia Sinatora das Neves²

RESUMO

O crime de tráfico de drogas é um dos crimes que mais encarceram no Brasil, tendo geralmente como conjunto probatório somente o depoimento dos policiais que participaram da investigação ou dos atos de flagrância. Em razão disso, por meio de uma pesquisa realizada nos acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul relativos aos crimes de tráfico de drogas, foi feita uma análise, com o objetivo de constatar como tem sido valorado o depoimento do policial, pelos julgadores. Para realizar o presente estudo, valeu-se do método de pesquisa qualitativo e indutivo. A partir da análise realizada, colige-se que a valoração do depoimento do policial pelos julgadores, quando único meio de prova, infringe as garantias constitucionais e processuais penais do acusado, como a presunção de inocência, macula o princípio constitucional da motivação

1 Graduanda do curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: bruna.morodarocha@hotmail.com.

2 Professora de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal, em cursos preparatórios para carreiras jurídicas, na Universidade de Santa Cruz do Sul e Advogada criminalista; Mestre em Direito Fundamental (ULBRA); Especialista em Ciências Penais (PUCRS). E-mail: leticia_neves@msn.com.

das decisões judiciais, além de criminalizar a população mais vulnerável, escolhida pela mesma polícia.

Palavras-chave: Policial. Prova testemunhal. Tráfico de drogas. Valoração.

ABSTRACT

The crime of drug trafficking is one of the most incarcerated crimes in Brazil, usually having as evidence only the testimony of the police officers who participated in the investigation or the acts of flagrante delicto. Because of that, through a research carried out in the judgments originating from the Court of Justice of Rio Grande do Sul State regarding the crimes of drug trafficking, an analysis was carried out with the objective of verifying how the police officer's testimony has been valued, by the judges. For the elaboration of the present study, the qualitative and inductive research method was used. From the analysis carried out, it is concluded that the assessment of the police officer's testimony by the judges, when the only means of proof, violates the constitutional and criminal procedural guarantees of the accused, such as the presumption of innocence, tainting the constitutional principle of the motivation of judicial decisions, in addition criminalize most vulnerable population, chosen by the same police.

Keywords: Police officer. Testimonial evidence. Drug trafficking. Valuation.

RESUMEN

El delito de tráfico de estupefacientes es uno de los delitos más encarcelados en Brasil, teniendo habitualmente como prueba únicamente el testimonio de los policías que participaron en la investigación o los hechos de flagrancia. Por eso, por medio de una investigación realizada en los acuerdos oriundos del Tribunal de Justicia de *Rio Grande do Sul* sobre los delitos de narcotráfico, se realizó un análisis, con el objetivo de verificar cómo el testimonio del policía ha sido valorado por los jueces. Para llevar a cabo el presente estudio, se utilizó el método de investigación cualitativo e inductivo. Del análisis realizado se concluye que la valoración del testimonio del policía por parte de los jueces, cuando es el único medio de prueba, vulnera las garantías constitucionales y procesales penales del imputado, como la presunción de inocencia, desvirtúa el principio constitucional de la motivación de las decisiones judiciales, además de criminalizar la población más vulnerable, elegida por la misma policía.

viola el principio constitucional de la motivación de las decisiones judiciales, además de criminalizar a la población más vulnerable elegida por la misma policía.

Palabras clave: Policía. Evidencia testimonial. Tráfico de drogas. Valuación.

Data de submissão: 18/02/2023

Data de aceite: 04/07/2023

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prova testemunhal é uma das mais utilizadas no processo penal e no crime de tráfico de drogas não é diferente, os testemunhos de policiais, na maioria das vezes, fundamentam as decisões judiciais.

O estudo se justifica em razão do comércio de entorpecentes ser um dos crimes que mais encarceram pessoas no Brasil, sendo a maior parte da população carcerária constituída por pessoas de baixa renda (Brasil, 2022). De outra banda, tem-se uma grande atuação da polícia, eis que nos casos envolvendo o tráfico de entorpecentes, o conjunto probatório está lastreado nos depoimentos dos policiais que participaram da investigação dos fatos ou dos atos de flagrância.

Inicialmente, será realizado apontamentos sobre a lei n.º 11.343/2006, acerca da sua subjetividade em distinguir traficantes de usuários e de que forma isso tem contribuído para a criminalização da pobreza. Em fase posterior, será versado sobre a forte atuação da polícia nas ruas, trazendo dados sobre o atual contexto da violência policial, que resulta em um Estado beligerante contra às drogas.

Ulteriormente, o enfoque será no testemunho do policial nestes crimes como elementos de convicção do Magistrado sobre a autoria, bem como quais os contributos que a dissonância cognitiva trouxe para necessária implantação do juiz das garantias para um processo mais justo e com juízes imparciais.

À vista disso, optou-se por realizar uma pesquisa nos acórdãos oriundos das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, buscando identificar como tem sido valorado pelos julgadores o depoimento do policial nas fundamentações dos acórdãos nos crimes de tráfico de drogas.

Trata-se, desse modo, de uma pesquisa com enfoque qualitativo e indutivo, visto que se utiliza de casos práticos, com pretensões teóricas, em que se objetiva compreender e descrever o fenômeno social específico, qual seja a valoração do testemunho do policial pelos julgadores.

A partir disso, será apresentado os dados específicos de cada um dos acórdãos, assim como um exame a fim de identificar se fora constatada a presunção de veracidade nos depoimentos dos policiais ouvidos em juízo, pelos desembargadores; e, finalmente, se o depoimento dos agentes foi empreendido como único elemento de prova para a condenação.

Por entender que o policial inclina-se a legitimar sua atuação na fase de instrução do processo e que a fundamentação do juiz também é uma forma racional de valoração do depoimento do policial, compreende-se que uma forma de, ao menos reduzir essa idoneidade que é atribuída ao testemunho do policial, é a implementação do juiz das garantias, pois não estaria o juiz adstrito ao que já decidiu ou muitas vezes assentiu, como nos casos de violência policial, na fase do inquérito ou na hipótese de flagrante, torna-se mais imparcial para decidir com base somente nas provas produzidas no processo.

Portanto, questiona-se se o testemunho do agente de segurança, quando único meio de prova, contraria as garantias processuais penais do acusado.

2 APONTAMENTOS SOBRE A LEI N.º 11.343/2006

A lei n. 11.343/2006 introduziu subsídios para distinguir a figura do usuário e do traficante, fazendo com que o usuário fosse deslocado para as políticas de saúde, o que resultaria na redução da população prisional (Campos, 2015).

O tipo penal do artigo 28 da aludida norma criminaliza a conduta do usuário. Veja-se:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (Brasil, 2006).

Enquanto o art. 33 tipifica a conduta do traficante:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Brasil, 2006).

Entretanto, essa diferenciação não vem ocorrendo, em decorrência da semelhança que possuem os verbos nucleares do tipo penal incriminador. O que faz com que, caso não seja configurado consumo, automaticamente será considerado tráfico, isso porque inexistem critérios objetivos para tipificar os crimes de consumo e tráfico (Dinu; Mello, 2017).

Para Carvalho (2016) há um problema de interpretação que decorre da tipificação do legislador do crime, havendo disparidade entre as penas previstas, além da ausência de tipos penais intermediários, o que fez com que muitos dos verbos nucleares do tipo fossem correlatos.

Assim, a maneira de diferenciar o traficante do consumidor é a comprovação se a droga é efetivamente para consumo pessoal, caso não comprovado o fim de agir, qualquer propósito seria direcionado para a conduta do artigo 33, em razão universalidade dos verbos nucleares do tipo (Carvalho, 2016).

Logo, basta que a pessoa possua a droga em desacordo com a determinação legal, afastando, portanto, a legislação penal como um instrumento de garantia contra a punição estatal, evidenciando-se ser desnecessária a comprovação do dolo do agente de comercializar a substância ilícita (Valois, 2021).

É o que salientam Dinu e Mello (2017), quando expõem que o dispositivo que trata do crime de tráfico não enuncia o dolo específico, o que atribui a mesma pena para situações equidistantes entre um consumidor e um traficante, dando

abertura ao excesso de punitivismo. Restando claro que são as escolhas institucionais que fundamentam a criminalização das drogas.

Nessa conjectura, aponta Silva (2020) que a lei n.º 11.343/2006 é subjetiva, pois deixa muitas expressões vagas, não servindo como instrumento de proteção ao cidadão, ficando a adequação penal a cargo da autoridade policial, não havendo uma limitação do poder estatal. É por essa subjetividade que a Polícia escolhe, de forma seletiva, pelo estereótipo, pelo local e pelas condições da abordagem, quem é traficante ou quem é uma vítima do tráfico, transformando-se, dessa maneira, o policial, em um juiz nas ruas.

Ademais, ao mesmo tempo que o legislador, em comparação com a Lei 6.368/1976, abrandou a pena cominada ao usuário de drogas, retirando a possibilidade neste caso de pena privativa de liberdade, aumentou o apenamento para o traficante, passando o mínimo da pena de 3 para 5 anos, resultando no encarceramento em maior tempo por este crime.

Por esse lado, os dados apontam que o tráfico de drogas é responsável por 35,1% da população carcerária do Brasil, contribuindo com a precarização do nosso sistema penitenciário, que também ocasiona rebeliões, violência e a propagação do comércio de drogas (Valois, 2021).

A população carcerária no Brasil vem aumentando ao longo dos anos. Em 2005 o número de presos pelo delito correspondia a 13% do total da população carcerária, já em 2014 o percentual passou a 28%, mesmo com pouco tempo da lei em vigor (Campos, 2015).

Segundo consta nos dados publicados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), o crime de tráfico de drogas revela-se como um dos crimes que mais prendem, sendo grande parte, pessoas que estão em situação de extrema pobreza, que possuem baixa escolaridade e que não dispõem de nenhum tipo de apoio de organizações criminosas (D'Elia Filho, 2007).

Nessa linha é a pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2016), em que dos 2.591 casos pesquisados pela instituição, apenas 168, que corresponde a 4,75% indicaram uma função no comércio de

entorpecentes, sendo 46,43% a de radinho, 13,69% olheiro e 11,31% informante.

Assim, o sistema penal mostra a miserabilidade dos traficantes de drogas, que são moradores de periferias, ou seja, alvos fáceis da polícia. Então, quem solta o fogo de artifício tem o mesmo tratamento penal de quem gerencia o tráfico (D'elia Filho, 2007).

Aponta, ainda, D'Elia Filho (2007), que o tráfico de drogas nas favelas, local que existe mais exposição à repressão, é uma ponta do *iceberg*, e os indivíduos que não possuem nenhuma suspeita, representam a outra ponta, que está oculta.

Nesse diapasão é o que ensina Carvalho (2016), quando afirma que a seletividade está presente em todos os âmbitos da atuação do poder punitivo, pois a repressão seletiva está presente, além do tráfico, também no delito de porte de drogas para consumo, pois se a repressão ocorresse também nas festas da classe média, talvez o projeto antiproibicionista já teria sido alcançado.

Refere, na mesma lógica, Carvalho (2016) que as atitudes suspeitas, utilizadas pelos policiais como parâmetros para abordagens não se referem a alguma conduta, mas sim ao simples fato de pertencer a determinado grupo social, fazendo com que jovens de baixa renda estejam sempre em atitudes suspeita para a polícia que atua de forma preconceituosa.

Para fins comparativos, a pesquisa realizada por Miguel (2019), demonstra que as apreensões de drogas em ações penais não envolvem o público de classe média e alta o que chama a atenção dos julgadores, pois são raros os casos que chegam a juízo. Aborda, ainda, que muitos juízes dizem utilizar como critérios para diferenciar um usuário de um traficante, o local onde é apreendida a substância ilícita.

Depreende-se, então, que o crime e a miséria são reiteradamente relacionados, pois os traços do delinquente são realizados através das condições sociais, entendendo-se, portanto, que ser pobre é ser tipicamente criminoso (D'Elia Filho, 2007). A razão disso, para Wacquant (2001), é que o

Estado pune quem possui menos acesso aos direitos fundamentais, fazendo com que o controle punitivo das categorias pobres substitua as políticas sociais.

Por conseguinte, o rito é contumaz: o policial que está em patrulhamento faz a apreensão de um indivíduo com uma certa quantidade de droga, esse policial encaminha o indivíduo até a delegacia, onde é lavrado o auto de prisão em flagrante que é depois convertido a prisão em flagrante em preventiva.

Feitas estas considerações, passemos a abordar acerca do fenômeno da violência policial.

3 O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

No crime de tráfico de drogas a instauração do inquérito se dá, na maioria dos casos, por meio de prisão em flagrante, tendo como condutores policiais militares, que posteriormente são arrolados como testemunhas na fase instrutória de um processo que posteriormente irá se iniciar (Valois, 2021).

Nessa linha, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2016) constatou que das operações da polícia, 82,13% decorrem de situações de flagrante pela Brigada Militar, podendo ser comprovadas somente pelo testemunho dos agentes.

Verifica-se, portanto, que a Brigada Militar é quem está mais próxima da população e das ruas, isso em decorrência da quantidade de processos que tramitam na justiça, em que grande parte se originou pela prisão em flagrante que foi lavrado pela Polícia Civil, mas na ponta realizados pela Polícia Militar (Muniz, 2022).

A partir dessa forte atuação da Brigada Militar no estado do Rio Grande do Sul, começou a se constatar um enorme número de denúncia de violências praticadas pela polícia militar, chegando a 90% dos casos (Muniz, 2022).

Nesse diapasão são os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), onde verificou-se que, desde o ano de 2013, quando se passou a monitorar as mortes de inversões policiais, pelo menos 43.171 pessoas foram vítimas de violência policial em decorrência das interferências da Polícia Civil ou

Militar e 39 vieram a óbito. Nestes números não estão incluídas as mortes ocasionadas por atuações das Polícias Rodoviárias Federais.

Com efeito, a dignidade do policial é forjada como protetor da lei, assim como é melancólica pelos baixos salários e pelas péssimas condições de trabalho, gerando sentimento de frustração ao constatar que seu trabalho tem pouca interferência na criminalidade (Valois, 2021)

Os fundamentos que regem a sociedade não legitimam a violência que excede os limites impostos. Entretanto, os limites sobre a atividade policial durante a história brasileira se mostraram imprecisos e, nos últimos tempos, têm-se experimentado uma forma que mobiliza o ódio e a violência (Muniz, 2022).

Jesus (2016) problematiza a certeza dos juízes e promotores de justiça na função e no saber policial, já que não consideram a violência policial como procedimento que é utilizado durante as abordagens, impedindo, dessa maneira, o reconhecimento de violência institucional.

As decisões judiciais ao menos mencionam o termo violência policial, fazendo somente referência sobre alguma conduta ilícita, sem muitos esclarecimentos. O fato é que essa ausência de reconhecimento pelo magistrado, que requer cognição, abre-se um espaço para as ilegalidades policiais e legitimam as violências (Muniz, 2022).

Logo, nota-se que existe uma falta de preparo técnico da polícia que atua diariamente nas ruas deste país, o que está distante do esperado das forças de um Estado.

Superado este ponto, passamos a abordar sobre o testemunho do policial nos crimes de tráfico de drogas como elemento de convicção sobre a autoria.

4 O TESTEMUNHO DO POLICIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO SOBRE A AUTORIA

Algumas declarações são julgadas como verdadeiras em prejuízo de outras, isso em decorrência do regime de verdade, onde uma instância permite distinguir o que é verdadeiro do que é falso, de forma que sempre se confirme essa maneira de obter a verdade. É desse modo que se estabelece o regime de

verdade na narrativa policial, acarretando fatos sociais e trazendo entendimentos sobre esse saber da polícia (Jesus, 2016).

No momento da ocorrência policial se escolhem os elementos para a configuração de um delito, com base no vocabulário de motivos, fazendo com que determinados termos sirvam para que os policiais possam justificar suas condutas e tomadas de decisão. Esse vocabulário é escolhido com base no que é aceito e recebido como verdadeiro (Jesus, 2016).

Então, em regra, de um lado a polícia, de outro são os réus com parcas condições, mostrando como o direito penal é seletivo, em outros termos, contra quem ele se posiciona (Semer, 2020).

Normalmente os autos de flagrantes contam como testemunhas apenas os policiais que realizam a prisão. É raro encontrar outras testemunhas, seja pelo fato de as pessoas não estarem dispostas a falarem – caso das prisões em flagrante por tráfico de drogas realizadas em região de vulnerabilidade socioeconômica, onde existe uma influência na população desses territórios por grupos armados – seja pelo fato de já ser um procedimento padrão de policiais não buscarem os dados de outras pessoas para serem testemunhas (Brasil, 2022).

Para Lopes Júnior (2020), é comum os policiais serem arrolados como testemunhas pelo Ministério Público, por serem condutores do auto de prisão em flagrante ou por participarem do inquérito policial, como uma forma de judicializá-los, já visto que é vedado ao juiz fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na fase de investigação, por conta do que dispõe o artigo 155, do Código de Processo Penal.

Contudo, no âmago, é um engodo, pois ocorre a condenação com base exclusivamente nos atos do inquérito e no depoimento dos policiais, que, naturalmente, estão comprometidos com o resultado do que por eles foi apontado (Lopes Júnior, 2020).

Na prática, 28,50% das sentenças prolatadas no Brasil concernentes aos delitos de tráfico de drogas e patrimoniais, os elementos do inquérito policial são aproveitados nas suas fundamentações (Semer, 2020).

O número elevado de decisões condenatórias que são proferidas com base exclusivamente no depoimento do policial não é diferente na pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2016) na qual concluiu-se que, das 2.591 sentenças pesquisadas, 53,79% o depoimento dos agentes de segurança foram a principal prova valorada pelo juiz, sendo que, desse total, 1.979 sentenças foram condenatórias e em 71,17% as únicas testemunhas ouvidas durante a instrução foram agentes de segurança.

Da mesma forma são os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, apontados em pesquisa realizada por Valois (2021), onde 89 dos acórdãos fazem referência ao testemunho do policial militar, como meio exclusivo de prova.

Por isso, o depoimento do policial deve ser relativizado, devendo ser acolhido no caso de estarem de acordo com as outras provas dos autos, não sendo possível que a sentença condenatória seja com base exclusivamente neste depoimento.

Como adverte Semer (2020), se for presumido que, por ser servidor público, ter fé pública ou por ser agente policial e, por trabalhar em prol do bem comum e da segurança pública, seu depoimento será legítimo, torna ineficaz a presunção de inocência, um princípio constitucional que está acima de qualquer outro princípio.

E como ocorre a valoração da palavra dos policiais, pelos juízes, afasta a credibilidade do interrogatório do réu, que é presumidamente inocente, aumentando as chances de condenação, já que a comprovação do policial é a prova principal dos autos, de outro lado, se fosse afastado o depoimento dos policiais, acarretaria em muitas absolvições (Semer, 2020).

Portanto, observa-se que tal credibilidade não está na sua coerência ou harmonia com o conjunto probatório, pois acaba por ser o conjunto probatório e não um resultado da instrução do processo (Semer, 2020). Então, faz-se necessário que o depoimento dos policiais seja confirmado por outras provas, que deverão ser produzidas pela acusação.

Logo, a posição dos policiais no Poder Judiciário está extinguindo os princípios penais e constitucionais, o direito da defesa que o acusado possui perante o juiz em casos que envolvem o crime de entorpecentes, já que a palavra do policial é suficiente para uma condenação de uma pessoa (Valois, 2021).

Não obstante se deposite credibilidade ao depoimento do agente de segurança, por serem servidores públicos, deve-se lembrar que este, evidentemente, possui interesse na confirmação dos seus atos praticados na fase investigatória, por isso seu depoimento deve ter valor relativo (Fernandes, 2020).

Sabe-se que o policial possui uma grande carga de fatores psicológicos que estão associados ao desenvolvimento de sua atividade, o que gera uma grande necessidade de justificação das suas atuações, legitimando os seus atos e eventuais abusos que são praticados (Lopes Júnior, 2020). Desse modo, a restrição não diz respeito à possibilidade de o policial depor, mas sim, que esse deverá ser valorado com cautela pelo juiz.

Segundo o estudo da dissonância cognitiva, que trata sobre a cognição e o comportamento humano, as pessoas estão sempre buscando um estado de coerência entre as suas atitudes, opiniões e crenças, ou seja, o estudo visa comprovar que é involuntário e, portanto, inevitável (Ritter, 2016).

Segundo as pesquisas, é natural do ser humano possuir ideais que são consonantes, ou seja, que são coerentes, bem como opiniões dissonantes, que são incoerentes. No entanto, quando o ser humano percebe que possui atitudes ou pensamentos contraditórios sobre algo que é relevante para si, gera um desconforto, que é chamado de dissonância cognitiva (Andrade, 2019).

Nessa lógica, o sentimento de coerência é muito valorizado pelo ser humano, por esta razão que quando sentimentos, ideias ou comportamentos divergem, gera uma tensão. O tamanho da dissonância, vai depender da importância do elemento cognitivo em divergência (Andrade, 2019).

Os consonantes dizem respeito aos elementos que correspondem entre si e os dissonantes que são os contraditórios. Tendo o indivíduo definido essa harmonia e, havendo dissonância entre as suas cognições, os resultados serão:

uma pressão para suprimir tal incoerência entre conhecimentos ou ações e a retirada de novos fatores que possam vir a acrescentar essa incongruência (Ritter, 2016).

Assim, o ser humano modifica o seu pensamento ou as atitudes para manter sua coerência, buscando sempre consonância, por ser um anseio do indivíduo. Por essa razão, se utiliza de diversas estratégias para amenizar ou remover a dissonância cognitiva, já que o objetivo não é somente parecer incoerente, mas também preservar a sua autoimagem (Andrade, 2019).

Ainda, percebe-se que se opera a dissonância cognitiva quando o mesmo fato é conceituado de modo diverso e, ainda, quando se é acrescido uma nova informação, podendo confirmar ou desconfirmar nossos pensamentos. Todos nós sempre buscamos manter a coerência, nas opiniões, comportamentos, atitudes e crenças, modificamos atitudes, perante situações para reduzir a dissonância, inserimos novos elementos, ou até mesmo, impedimos a dissonância. Geralmente, as pessoas se convencem que estão certas, negando o que não lhes convém (Rosa, 2020).

Nesse âmbito, afirma Pereira (2021) que existe um desconforto psicológico causado pela incongruência que faz com que o indivíduo busque a redução da dissonância. O ponto é que os indivíduos buscam uma relação harmônica entre suas opiniões, condutas e seu conhecimento.

Não seria diferente na decisão judicial ou tática processual, porquanto sempre buscamos justificar os acertos, pelos diversos fatores, todos ligados à permanência da coerência interna, ou seja, em outras palavras, tende-se a operar selecionando o que é favorável, muitas vezes sem se dar conta.

Especialmente na formação do testemunho do policial, a dissonância cognitiva faz com que as falhas nas percepções e a tendência de sempre confirmar as suas escolhas devessem ser analisadas pelos magistrados quando da sua valoração, fazendo-se uma análise aprofundada da sua confiabilidade, uma vez que o policial sempre irá confirmar as suas atuações pretéritas quando for ouvido na fase judicial.

Sob outra perspectiva, na formação de convicção do magistrado, a dissonância cognitiva se opera desde os primeiros atos do juiz, como no deferimento de medidas cautelares, decretação de prisão preventiva até o recebimento da denúncia, fazendo com que as teses aportadas pela defesa, posteriormente, se tornem dissonantes e, portanto, ignorados pelo magistrado, que já vem deferindo diversos pedidos elaborados pela acusação. Então, a impressão do acusado já é formada pelo julgador, já que antes da tomada de tais decisões, antecipadamente, requer cognição. Restando para o momento posterior à decisão, as justificativas, que terá viés de confirmação, de forma que ratifique o acerto da escolha (Rosa, 2020).

Nesse enredo é que se vê a necessidade do implemento do juiz das garantias, pois a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuições de poderes instrutórios ao julgador, são resquícios do sistema inquisitório. Não há possibilidade de um juiz que busca a prova, decide a partir da prova por ele mesmo produzida, ser imparcial (Lopes, 2022).

Atribuir essas funções ao juiz na fase pré-processual e processual viola o direito ao juiz imparcial, consagrado no art. 6.1, do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. A garantia da originalidade cognitiva exige que o juiz para que seja efetivamente imparcial, conheça o caso na fase processual ou na instrução, devendo formar sua convicção pela prova colhida originariamente a partir do contraditório, sem nenhuma pré-cognição do objeto processual (Lopes, 2022).

Atualmente, o modelo brasileiro, que deve ser abandonado, o juiz entra no processo “sabendo muito”, ou seja, contaminado com a fase pré-processual e, portanto, não haverá uma qualidade cognitiva, não existirá igualdade de condições cognitivas, não havendo, dessa forma, um processo com juiz realmente imparcial (Lopes, 2022).

Com o implemento do juiz das garantias, este atuará na fase de investigação até o recebimento da acusação, após na fase de julgamento, um novo juiz, que não irá se contaminar pelo que foi produzido na fase anterior (Lopes; Rosa, 2019).

Em apertada síntese, o juiz das garantias será responsável pelo controle de legalidade das investigações criminais e pela salvaguarda dos direitos individuais, controlando a legalidade do flagrante e da prisão cautelar; as investigações e violação da duração razoável, podendo até mesmo trancar investigações infundadas; garantir os direitos do investigado e flagrados, aqui com uma atenção especial às violações ou abuso pela polícia; produzir antecipadamente provas; analisar as cautelares probatórias; homologar delação premiada e acordo de não persecução penal; e, por último, receber a denúncia (Lopes; Rosa, 2019).

Como referido, o contributo da teoria da dissonância cognitiva é crucial para compreender que o juiz somente entra na instrução para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas e por ele tomadas como verdadeiras, de modo que, se deixar de reconhecer uma violência policial na fase investigativa, certamente, ao chegar na fase instrutória, reconhecerá o depoimento daquele policial, pois seria dissonante não lhe atribuir valor probatório.

Resumidamente, tanto o policial, como o juiz tendem a justificar as suas atuações na fase de inquérito ou flagrante, o que por vezes impede que sejam reconhecidas ilegalidades e os abusos da polícia na fase de instrução.

O fato é que a prática comum é não reconhecer a violência policial ou abusos nas abordagens policiais e, posteriormente, atribuir valor probatório à palavra do policial, mesmo após em muitos casos ser sustentado pela defesa técnica ou pelo próprio réu a existência de perseguição do policial ou violências, não sendo, todavia, levado em consideração pelo juiz, pois já formou sua convicção e possui uma imagem do acusado, desde o inquérito e então atribui valor à fala do policial e ignora a tese defensiva.

É ilógico quando muitas vezes os acusados relatam alguma tortura pelos policiais, ainda na fase de instrução, e mesmo assim a palavra deles é utilizada como prova para condenação. É por essas razões que se faz medida necessária a implementação do juiz das garantias.

Contudo, o Ministro Luiz Fux, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras dos artigos 3º -A, B, C, D, E e F, do Pacote Anticrime (Lei

13.964/2019), que instituem a figura do juiz das garantias, em decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Diante disso, nos resta é aguardar o desfecho desse julgamento.

Doravante, será apresentado dados de uma pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se analisou a valoração da narrativa dos policiais pelos desembargadores.

5 PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISE SOBRE A VALORAÇÃO DA NARRATIVA DOS POLICIAIS

Neste subtítulo será apresentada a descrição e delimitação da pesquisa, que abrange uma análise dos dados colhidos nos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como uma verificação de como é valorado o testemunho do policial pelos desembargadores.

5.1 DESCRIÇÃO E DELIMITAÇÃO DA PESQUISA

A coleta de dados foi desempenhada por meio de uma amostragem no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br), no dia 29 de setembro de 2022. Na aba de publicações e jurisprudências, no campo de palavras-chaves, inseriu-se as expressões “tráfico” e “policiais”, haja vista que o objetivo era obter acórdãos referentes aos crimes de tráfico de drogas em que as testemunhas fossem policiais.

No que se refere ao tipo de processo, selecionou-se a apelação criminal, pois possui efeito devolutivo, cabendo ao Tribunal de Justiça analisar toda a matéria da primeira instância e, também, é o meio que cabe da sentença, de acordo com o artigo 593 do Código de Processo Penal.

A fim de averiguar os julgados mais recentes acerca do tema, optou-se pela delimitação do lapso temporal compreendido entre 1º de agosto de 2022 a 1º de setembro do mesmo ano. O resultado geral correspondeu a 176 julgados. Desse número de acórdãos, para fins de delimitação da pesquisa, foram

analisados, aproximadamente, 10%, que correspondem aos 16 primeiros acórdãos.

Em um primeiro momento, apurou-se que os recursos foram interpostos majoritariamente pela defesa, sendo 88% interpostos, exclusivamente, pela defesa e 12% manejados, concomitantemente, pela defesa e acusação.

O volume de coautores é também diminuto, uma vez que 59% dos processos tinham somente 1 acusado; 18% possuem 3 acusados; 17%, 2 acusados; e, 6%, tinham 4 acusados. Permitindo-se afirmar que não é recorrente a coautoria no delito de tráfico de drogas, na medida em que é preponderante os acórdãos que foram compostos por apenas um acusado.

No que toca às decisões proferidas nos acórdãos, atentando-se ao fato de que alguns deles eram de recursos interpostos por dois ou mais acusados, optou-se por analisar as decisões proferidas para cada um deles. Destarte, evidenciou-se que, 52% foram improvidos o recurso da defesa; 29% providos em parte o recurso da defesa; 5% providos em parte o recurso da acusação; 5% providos o recurso da acusação; e, apenas 10% foram providos para a defesa.

Relativamente à representação dos acusados nos autos, verificou-se que em 50% dos casos a defesa foi exercida pela Defensoria Pública; ao passo que nos outros 50% os acusados possuíam advogado constituído. Quanto ao ponto, importante salientar que por se tratar de processos com mais de um acusado, essa análise, necessariamente, foi desempenhada individualmente, dado que nos casos em que haviam mais de um acusado, a representação nos autos apresentou-se variada, entre advogados e Defensoria Pública, não havendo, contudo, informações se estes advogados constituídos eram contratados de forma particular, ou quiçá dativos.

A quantidade de valores apreendidos com as drogas é irrisória. Em 38% dos casos houve a apreensão de algum valor, em um intervalo de R\$ 252,00 a R\$ 683,40, por outro lado, em 62% dos casos não houve nenhum valor apreendido.

O local de apreensão das drogas, por sua vez, mostrou-se significativo o número quando realizadas em via pública, totalizando em 50% dos casos; já

36% foram em residências; 9% em instituto prisional; e, 5% em estabelecimento comercial, corroborando com o entendimento doutrinário de que nos bairros periféricos as drogas circulam nas ruas, local onde a Polícia possui livre acesso.

Consigna-se que, segundo consta nos acórdãos, ao ser flagrado em via pública e apreendido com drogas, os flagrados franqueavam a entrada da polícia em suas residências, onde eram efetuadas mais apreensões de entorpecentes. Diante disso, para fins estatísticos, estimou-se as duas formas de apreensão, a da residência e da via pública.

Prosseguindo-se no que concerne ao início do inquérito, a maioria foi por meio do flagrante, perfazendo em 74% dos casos; à medida que 16% foram por portaria; e 10% não constam informações.

Por derradeiro, apurou-se nos acórdãos que os agentes atuantes no flagrante ou no inquérito são 35% policiais militares, 24% policiais civis, 6% policiais rodoviários e 35% fizeram menção somente à palavra policial.

Feitas estas considerações, segue-se na análise da valoração do depoimento do policial nos acórdãos.

5.2 ANÁLISE DA VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DO POLICIAL

A análise da valoração da prova nos acórdãos resultantes da pesquisa, orienta-se da seguinte forma: se o depoimento dos policiais nos acórdãos fora utilizado como único elemento para a condenação e, se fora constatada a presunção de veracidade na argumentação dos desembargadores.

Inicialmente, passemos à análise do acórdão, n.º 5000104-98.2021.8.21.0101/RS, de relatoria da desembargadora Andreia Nebenzahl de Oliveira, da Primeira Câmara Criminal, no qual identificou-se que durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão localizaram na residência dos acusados, droga, celulares, balança de precisão, munições e saquinhos de embalar. Relativamente à autoria, a prova baseou-se no depoimento dos policiais, sendo apreciado da seguinte forma:

(...) Em audiência de instrução, os réus e as testemunhas arroladas relataram o que segue: (...). Para além disso, a palavra dos policiais

ouvidos na instrução processual foi inequívoca quanto à imputação acusatória, haja vista que todos manifestaram que o casal comercializava drogas. Desse modo, não há razão para pôr em dúvida os relatos tanto na fase inquisitorial quanto na fase judicial, que, de forma uníssona, narraram com detalhes as circunstâncias que ensejaram a apreensão das substâncias entorpecentes, não havendo nenhum motivo para imputar falso crime a Arthur e a Camila se, efetivamente, não tivesse ocorrido. Em processos envolvendo tóxicos, o TJRS tem conferido inteira credibilidade aos depoimentos dos policiais que participaram das diligências, tal como no caso vertente, conforme o seguinte precedente jurisprudencial: (...) (Rio Grande do Sul, 2022a).

Nesse caso, percebe-se a constatação de veracidade dos depoimentos dos policiais, pois como mencionado no trecho do acórdão, é conferido inteira credibilidade aos depoimentos desses agentes, sendo corriqueiro os policiais que atuaram na fase inquisitorial, serem arrolados pela acusação como testemunhas.

Ademais, no acórdão n.º 5006456-83.2019.8.21.0023/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, constatou-se que a prova quanto à autoria, também se baseia no testemunho do policial. Veja-se:

A autoria, da mesma forma, encontra amparo na prova colhida. "Conforme se verifica da análise dos depoimentos, a versão apresentada pelo acusado de que a droga foi enxertada pelos policiais, não encontra amparo na prova carreada nos autos. "Além disso, destaco que o próprio acusado em seu interrogatório afirma que não conhecia os policiais da abordagem, indicando, portanto, inexistir qualquer elemento desabonatório com relação às suas versões." 3. Ora, no processo penal, não basta a mera alegação de uma situação (crime e autoria), tem-se a obrigação de prová-la. A regra, artigo 156 do Código de Processo Penal, é a de que o ônus probatório cabe ao autor da tese apresentada. A Acusação demonstrará a existência do delito e quem foi o seu autor. A Defesa, por sua vez, se incumbe de provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico ou o álibi invocado. (...). E, com relação à prova acusatória e analisada acima, venho defendendo dois posicionamentos. O primeiro deles é sobre o valor da palavra do acusado quando há confronto entre ela e a da vítima ou a da testemunha. Digo que, em termos de prova convincente, a palavra da vítima ou da testemunha, evidentemente, prepondera sobre a do réu. (...) O segundo se refere aos depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências. Como reiteradamente tem-se decidido, o depoimento do policial é válido e eficiente para estear veredicto condenatório. Afinal, em tese, trata-se de pessoas idôneas, cujas declarações retratam a verdade. Não há porque, antecipadamente, vedá-las, pois as hipóteses de impedimento ou suspeição estão elencadas na lei processual de forma taxativa. Cumpre a Defesa provar com segurança que tais depoimentos são

viciados e fruto de sentimento escuso para prejudicar o réu. (...) (Rio Grande do Sul, 2022b).

Nesse âmbito, percebe-se que a manutenção da sentença recorrida foi com base exclusivamente no testemunho do policial e que a sua valoração novamente se sobrepõe à versão do acusado, infringindo o princípio da presunção de inocência e invertendo o ônus da prova para a defesa.

Da mesma forma, ficou decidido no acórdão n.º 5000325-80.2017.8.21.0082/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, atribuindo grande valor probatórios à palavra dos policiais, porquanto são pessoas idôneas, jamais iriam mentir sobre um inocente. Observe-se:

Com relação à prova condenatória – depoimentos de policiais - sempre afirmo que os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Ora, não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando um inocente. Sua declaração, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que contém. (...) (Rio Grande do Sul, 2022c).

Pontua-se que no presente caso houve a apreensão de um telefone celular, onde foram encontradas fotos, que demonstravam grande quantidade de entorpecentes, entretanto, o acusado alegou que as drogas seriam para seu consumo próprio, o que sequer foi levado em consideração pelo julgador.

Outrossim, no acórdão n.º 5011941-18.2020.8.21.0027/RS, de relatoria do Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, da Primeira Câmara Criminal, a materialidade do crime foi comprovada pelo flagrante, pelo auto de apreensão, pelas fotografias dos objetos apreendidos e pelo laudo definitivo da natureza da droga. No que toca à autoria, mais uma vez a prova cingiu-se no depoimento dos policiais militares. Para melhor compreensão, colaciona-se trecho do acórdão em estudo:

Nada obstante a apreensão de pouca quantidade de crack, o que poderia indicar a intenção, tão somente, de consumo pessoal por parte dos apelantes, fato é que os Brigadianos ouvidos em juízo, Ana Lúcia, Rafael e Leonardo, foram uníssimos em descrever que os réus foram

visualizados no momento em que tentavam arremessar dois pacotes para o interior do Presídio Estadual de Santa Maria, oportunidade na qual, após buscas pelos agentes que fugiram da abordagem policial, encontraram os réus carregando os pacotes, tendo sido encontrado no seu interior 30 pedrinhas de crack, telefones celulares, carregadores e cabos de telefone celular. Gizo que o fato de as testemunhas serem policiais militares e terem sido responsáveis pela prisão em flagrante do réu não torna inidônea suas narrativas. Seus relatos gozam, em princípio, de plena validade, ainda mais quando corroborado por outros elementos probatórios constantes nos autos, cabendo à defesa demonstrar o eventual interesse dos policiais militares de prejudicar o réu, o que não se observa nas provas produzidas. (...) (Rio Grande do Sul, 2022d).

Constata-se, que no acórdão n.º 5013570-02.2020.8.21.0003/RS, de relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira Câmara Criminal, há uma reprodução dos argumentos apresentados na sentença, o que impossibilita o conhecimento de suas razões de decidir, da mesma forma não se verificou o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes. No que toca à prova quanto à autoria, fundou-se no depoimento dos agentes de segurança, aos quais foram conferido grande valor probatório, conforme trecho que se transcreve:

(...) Ademais, os policiais ouvidos são agentes públicos e, como tais, estão adstritos aos princípios da legalidade e da impessoalidade, de sorte que seus depoimentos merecem credibilidade, não revelando motivos para pretenderem forjar a acusação, como tenta fazer parecer a ré. O depoimento dos policiais que participaram da detenção é amplamente aceito nos tribunais como meio de prova para amparar um juízo de condenação, nada havendo em nosso ordenamento jurídico que possa obstar-lhe a utilização. Aliás, seria até um contrassenso o Estado selecionar, com base no regime jurídico administrativo, agentes para o exercício de atividades de segurança pública e, posteriormente, vir a negar-lhes crédito quando convocados a relatar o resultado do desempenho de suas funções (...) A acusada, por sua vez, afirmou que os policiais mentiram, uma vez que tem endereço diverso. Para tanto, arrolou uma testemunha que confirmou ser seu vizinho. Contudo, o dado não é incompatível com o que se apurou nos autos, de que a ré locaria o imóvel destinado à preparação de narcóticos para a venda. Dessa forma, o conjunto probatório analisado é suficiente para se afirmar que a acusada guardava e mantinha em depósito, para o consumo de terceiros e fins de tráfico, as substâncias entorpecentes apreendidas, incidindo, por conseguinte, no delito do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. (...) (Rio Grande do Sul, 2022e).

De maneira semelhante, no acórdão n.º 5001918-23.2018.8.21.0014/RS, de relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira

Câmara Criminal, foi dada inteira credibilidade ao relato dos policiais, conforme trecho do acórdão que se reproduz:

Conforme se verifica, a autoria recai sobre os réus E. G. R., F. R. R. L. e L. S. de S. considerando a situação de flagrância e os relatos dos agentes policiais, os quais detêm grande valor probatório pela jurisprudência produzida por esta Câmara, quando inexistentes motivos plausíveis para a incriminação injusta do acusado: (...). Em seus interrogatórios, os réus alegaram o enxerto dos entorpecentes e das armas de fogo pelos agentes policiais. No entanto, os relatos são incompatíveis com a realidade fática, tendo emergido como estratégia para livrá-los de suas responsabilidades penais, haja vista que as versões se encontram dissociadas do conjunto probatório. (...) (Rio Grande do Sul, 2022f).

Na espécie, mais uma vez, foi constatada a presunção de veracidade do depoimento dos agentes de segurança, além de mostrar que a palavra dos policiais supera a presunção de inocência.

Tal-qualmente no acórdão n.º 5002853-88.2021.8.21.0004/RS, de relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira Câmara Criminal, a palavra dos policiais ganhou significativo valor probatório, presumindo a veracidade dos seus depoimentos, pelo fato de serem agentes de segurança e, em razão disso, não faltariam com a verdade, ocasionando a inversão do ônus da prova, de acordo com o que se cita:

(...) Outrossim, a autoria do crime resta comprovada pela prova produzida nos autos. Em juízo, o réu negou a imputação. Porém, os policiais, ouvidos sob o crivo do contraditório, confirmaram a prática do delito. A fim de elucidar a questão, transcrevo pertinente trecho da sentença que aborda a matéria: (...). No presente caso, inexistem motivos para os policiais falsearem a verdade. Salvo prova em contrário, o que não ocorreu in casu, os depoimentos dos agentes públicos merecem crédito. Já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal que é da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações". (...) Como se sabe, o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico, faz com que os policiais, na maior parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Desprezar seus testemunhos seria comprometer a repressão ao crime. No caso, não haveria, nem foi apontada, razão plausível para que os agentes públicos incriminassem injustamente os réus (Rio Grande do Sul, 2022g).

Reiteradamente, o acórdão n.º 5001000-08.2021.8.21.0113/RS, de relatoria da desembargadora Andreia Nebenzahl de Oliveira, da Primeira Câmara Criminal, reproduz os argumentos da sentença para a manutenção da condenação, violando, desse modo, o direito que as partes possuem de terem seus argumentos rebatidos, mediante fundamentação do modo pelo qual o julgador irá decidir. Veja-se:

(...) Peço vênia para transcrever a minuciosa análise realizada na sentença, que se alinha ao meu entendimento, adotando a como razões de decidir: (...). Em juízo, os Policiais Militares Guilherme Hirsch Gomes e Jessé da Silva Zanchetta que efetuaram a prisão em flagrante do acusado, relataram de forma uníssona, segura e harmônica, que Aleron transportava drogas para fins de traficância. Quanto às declarações dos policiais, o Egrégio TJRS decidiu que “não se pode contestar, em princípio, a validade da palavra dos agentes de segurança, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito o seu titular, presumindo-se que digam a verdade, como qualquer testemunha” (...) (Rio Grande do Sul, 2022h).

Outrossim no acórdão n.º 5019292-08.2021.8.21.0027/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, o depoimento dos agentes de segurança prevalece sobre a narrativa dos acusados, sustentando que os policiais jamais iriam mentir em juízo, por serem pessoas idôneas e sem animosidade contra o acusado, conforme indica-se trecho do aludido acórdão:

Com relação a ela (prova condenatória), depoimentos dos policiais que participaram das diligências e o convencimento que eles trazem, sempre afirmo que estes depoimentos devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. Por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando um inocente. Suas declarações, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, devem ser examinadas apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com a qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. E foi o que ocorreu aqui, como destacou a ilustre julgadora, Dra. Fernanda de Melo Abicht, em sua sentença. Tendo em vista que os argumentos dos recursos já foram examinados (inclusive, em relação ao princípio da consunção), permito-me transcrever a fundamentação da sentença. Faço-o porque concordo com ela e homenageio o trabalho da colega (Rio Grande do Sul, 2022i).

Mais uma vez, o desembargador se atrela à fundamentação da juíza de primeiro grau, descortinando a violação da norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (Brasil, [2020]) e do artigo 315 do Código de Processo Penal (Brasil, [2021]).

No que pertine à autoria, passo à análise de cada um dos fatos: ... Inobstante os doutos argumentos defensivos e a negativa dos acusados, tenho que a condenação por este delito é medida que se impõe. A testemunha acusatória Newton, em Juízo, declarou que Gabriel franqueou o ingresso na residência esclarecendo que residia no local junto com de Pétersson e Vinícios. (...) Saliento que, em delitos desta natureza, a prova embasa-se, na maioria das vezes, em depoimentos de policiais que atuam nas diligências, sendo que não seria crível atribuir-lhes funções que, ao final, lhes deixariam em situação de suspeita (Rio Grande do Sul, 2022i).

Argumenta, ademais, que não dar credibilidade ao depoimento dos policiais que atuam em diligências, o deixariam em situação suspeita.

Da mesma maneira no acórdão n.º 5001372-81.2021.8.21.0007/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, demonstra que a palavra do policial é preponderante em relação a do acusado, a prova também vem com a apreensão de um celular em que exibem diálogos relativos ao comércio de entorpecentes. Observe-se:

Com relação a ela (prova condenatória), depoimentos dos policiais que participaram das diligências e o convencimento que eles trazem, sempre afirmo que estes depoimentos devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. Por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando um inocente. Suas declarações, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, devem ser examinadas apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com a qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Não bastasse isso, a traficância realizada pelo réu é demonstrada no relatório de extração de dados do aparelho celular apreendido, no qual, apresenta diálogos referentes ao comércio de drogas: (...) (Rio Grande do Sul, 2022j).

Também o acórdão, n.º 5070957-15.2019.8.21.0001/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, atribui inteira credibilidade ao depoimento dos policiais envolvidos em diligências. Sublinhe-se

que, houve somente a reprodução da sentença de primeiro grau, maculando, outra vez, norma constitucional e processual, de acordo com o trecho do acórdão:

Com relação à prova condenatória – depoimentos de policiais - sempre afirmo que os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Ora, não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando uma inocente. Sua declaração, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com a qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Quanto à autoria, impede o exame apurado dos depoimentos colhidos. "... " Essas foram as provas produzidas. Como visto, em relação à autoria, emergiu indubitosa, a atribuída ao réu Jackson, haja vista que decorrente de uma prisão em flagrante, de cujo teor veio corroborado em Juízo, pelos policiais que atenderam à ocorrência, Cristian e Bruno, muito claros ao descrever as circunstâncias da abordagem, apreensão dos objetos e detenção dos denunciados. Sublinhe-se, por oportuno, que não há nenhum óbice para a valoração da palavra de policiais na formação do convencimento, especialmente porque essa condição, por si só, não lhes retira a credibilidade. São esses os profissionais que se deparam com a criminalidade, portanto as pessoas mais legitimadas para testemunhar as suas nuances. "... Testemunhos de policiais são provas que merecem respeito e que gozam de presunção de legitimidade, de modo que a sua desconstituição somente pode ser admitida com outros fatos e fundamentos convincentes. Esses, aliás, não vieram à tona no curso da instrução. (...) Não se viu qualquer propósito de incriminar falsamente, quem quer que fosse. Aliás, o que se viu foi uma postura comprometida com a verdade, na dicção dos policiais, que foram meticulosos ao individualizar a conduta de cada um dos acusados, o que serviu para patentear a boa-fé na atuação. No particular, inclusive, os brigadianos, indiretamente, afastaram a conduta atribuída a Rodrigo, ao afirmarem que ele portava um aparelho celular e valores monetários, enquanto as drogas foram flagradas em poder de Jackson (Rio Grande do Sul, 2022k).

Identicamente é o acórdão n.º 5078619-59.2021.8.21.0001/RS, com relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira Câmara Criminal, em que concedeu inteira credibilidade ao depoimento dos policiais como único meio de prova, argumentando ser irrelevante que os policiais sejam as únicas testemunhas de acusação. Como também, colacionou trechos da sentença de primeiro. Observe-se:

Nenhum dos policiais conhecia o acusado, deixando mais evidente a forma lisa e escorregada da ação policial. A defesa foi silente, em relação aos fatos, limitando suas ações à desqualificação das provas acusatórias. Essas, repito, são absolutamente suficientes, para um veredito de condenação, presente a lisura de procedimento dos policiais no momento da ocorrência, a congruência dos seus depoimentos, entre eles e frente às apreensões realizadas, tornando evidente, a prática delituosa posta em liça. Destaco entender pela validade dos depoimentos prestados por policiais quando uníssonos e coerentes, como in casu, em que não há qualquer motivo plausível para descredibilizar suas declarações. Aliás, seria contraditório o Estado outorgar-lhes função de tamanha relevância para em seguida não valorar suas palavras, sendo que não raras vezes, são eles as únicas testemunhas oculares dos delitos. Assim, não importa que os agentes da segurança sejam as únicas testemunhas acusatórias (Rio Grande do Sul, 2022l).

De natureza igual no acórdão, n.º 5001900-90.2020.8.21.0156/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, verificou-se que a prova se consubstanciou nas informações colhidas do celular apreendido e no depoimento dos policiais, o qual foi constatada a sua autenticidade. Nestes termos:

Como se vê da sentença, que será reproduzida adiante, a prova da traficância não ficou, de forma exclusiva, restrita à palavra dos policiais que prenderam o recorrente. Mas, e principalmente, nos dados colhidos de seu telefone celular, onde, de forma incontestável, ficou registrada a traficância: (...) (Rio Grande do Sul, 2022m).

Com tais características também veio o acórdão n.º 5025018-54.2020.8.21.0008/RS, de relatoria do desembargador Sylvio Baptista Neto, da Primeira Câmara Criminal, o qual foi verificada a fidedignidade no depoimento dos policiais, por serem pessoas idôneas e sérias. Nestas palavras:

(...) Com relação a ela (prova condenatória), depoimentos dos policiais que participaram das diligências e o convencimento que eles trazem, sempre afirmo que estes depoimentos devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. Por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando um inocente. Suas declarações, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, devem ser examinadas apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com a qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. (...) Minuciosos foram os detalhes trazidos pelos agentes públicos em Juízo a respeito do local e suas

peculiaridades, inclusive prisões anteriores ali realizadas, tratando-se de depoimentos sinceros e firmes. Tem-se, então, que os policiais civis, em campana, visualizaram os acusados exercendo livremente e em divisão de tarefas o tráfico de drogas no local, permanecendo cada réu com uma espécie de droga distinta. Destaca-se, ainda, que Ricardo não era conhecido dos agentes públicos, não havendo motivos para se questionar a palavra dos agentes. Sobre as demais irresignações defensivas acerca dos depoimentos dos policiais, destaca-se que estes terão sua palavra avaliada, em cada caso, à luz dos demais elementos probatórios, sendo que na hipótese sob julgamento nada há que configure mínimo indício de má-fé de sua parte. Muito pelo contrário. (Rio Grande do Sul, 2022n).

De modo igual, o acórdão n.º 5006399-56.2019.8.21.0026/RS, de relatoria do desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira Câmara Criminal, atribui valor à palavra dos policiais, dado ao grande valor probatório que esse possui. E, no caso, não havia nenhum motivo para acreditar que os policiais incriminariam o acusado injustamente, *in verbis*:

Conforme se verifica, a autoria recai sobre os réus Dimi e Júlio, considerando a situação de flagrância e os relatos dos agentes policiais, os quais detêm grande valor probatório pela jurisprudência produzida por esta Câmara, quando inexistentes motivos plausíveis para a incriminação injusta do acusado (Rio Grande do Sul, 2022o).

Por fim, semelhantemente, no acórdão n.º 5016538-53.2021.8.21.0008/RS, de relatoria do desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, da Primeira Câmara Criminal, conferiu credibilidade ao depoimento do policial, como único meio de prova, sustentando ser inaceitável, serem servidores públicos e, ao prestam seu depoimento em juízo, seja negada veracidade a ele. Esclarece, dessa maneira, que no caso de não serem aceitos os depoimentos dos agentes, chegariam à conclusão de que o policial se tornaria testemunha suspeita, consoante parte do acórdão transcrito literalmente:

Oportuno salientar que, observado o sistema do livre convencimento, o testemunho do agente policial constitui elemento apto à valoração pelo juiz, afigurando-se inaceitável que, valendo-se o Estado de servidores públicos para prevenção, repressão e investigação das atividades delituosas, seja negada credibilidade a tais agentes na oportunidade em que vêm a juízo relatar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades. Não há, pois, cogitar da deficiência probatória aventada pela defesa, afigurando-se inaceitável, no que diz com a autoria, a desqualificação da palavra dos policiais, merecendo registro a circunstância de que, ou se tem motivo para retirar a validade de tais depoimentos (e, no caso, não há), ou devem estes serem aceitos, porquanto, do contrário, chegaríamos à absurda conclusão de

que a condição de policial tornaria suspeita a testemunha (Rio Grande do Sul, 2022p).

Dessarte, após este estudo, permite-se constatar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de forma unânime atribui enorme valor probatório ao depoimento dos policiais, sob o argumento de que são agentes de segurança, pessoas idôneas e sem qualquer animosidade em desfavor dos acusados. Aliás, em alguns casos, demonstram a violação da presunção de inocência do acusado, a inversão do ônus probatório à defesa, bem como uma ausência de fundamentação dos desembargadores das suas razões de decidir.

Portanto, tem-se que o testemunho do policial é utilizado como base para condenação na maioria dos casos que envolvem delitos com entorpecentes; também se constata que de forma racional a fundamentação dos juízes é uma maneira de valoração do depoimento do policial.

Isso porque, como já abordado anteriormente, consoante a teoria da dissonância cognitiva o juiz constrói uma imagem mentalmente dos fatos a partir do inquérito e da denúncia, desde quando decide sobre uma prisão preventiva ou outras medidas cautelares, de forma que este ficará vinculado à imagem já construída e propenderá a confirmá-la durante o trâmite processual, isto é, tendencialmente deverá supervalorizar os elementos consonantes e menosprezar os elementos dissonantes, que são aqueles trazidos pela defesa, que chega ao processo posteriormente com suas teses divergentes ou dissonantes.

De mais a mais, em que pese as pesquisas trazidas neste artigo apontando a violência policial nas abordagens, como também a utilização do depoimento dos policiais na análise dos acórdãos, mesmo assim continuamos a utilizar essa prova como elemento primordial de convicção.

Por essa razão, é certo que o implemento do juiz das garantias é necessário, uma vez que o juiz não ficará atrelado aos atos decisórios da fase anterior e assim poderá decidir de forma imparcial.

Apura-se, ademais, que muitos julgadores somente reproduziam a sentença de primeiro grau, violando a norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 315 do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, o que se vê é a violação de diversos direitos fundamentais e processuais, tanto quanto à maneira de decidir, quanto à valoração do depoimento dos policiais, que coloca em xeque a palavra do acusado, presumidamente inocente, reduzindo as chances da defesa e invertendo o ônus probante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de tráfico de drogas é um dos crimes que mais encarceram no Brasil, dentre os encarcerados, o que prepondera são pessoas de baixa renda, expondo a miserabilidade dos traficantes de drogas, alvos fáceis da polícia.

Some-se isso à atuação da Brigada Militar nas ruas, que resulta em diversas abordagens violentas, transformando as periferias em um verdadeiro campo de batalha contra às drogas.

Encerrada a fase de investigação, o policial que participou das investigações ou dos atos de flagrância é arrolado como testemunha pela acusação, sendo muitas vezes a única prova quanto à autoria do cometimento do delito.

Todavia, além da enorme carga de fatores psicológicos, é indubitável que o envolvimento do policial nas investigações gera a necessidade de justificar e legitimar a sua atuação ou eventuais abusos praticados.

Assim, ao atribuir confiabilidade prévia ao testemunho do policial, em grau superior a que se atribui a qualquer pessoa, viola o princípio da presunção de inocência e acarreta a inversão do ônus probatório para a defesa.

Além disso, a contaminação do juiz com os atos do inquérito, que muitas vezes legitima a atuação da polícia, também o torna parcial para julgar o processo, pois quando este detém de poderes investigatórios, ao exercer sua função de julgador, estará contaminado e a fase posterior somente servirá para justificar suas decisões pretéritas.

Portanto, essa valoração do testemunho do policial também decorre desses pré-juízos e contaminações da atuação do juiz na fase inquisitorial. Assim, evidente a incompatibilidade psíquica de a mesma pessoa atuar na fase

de investigação e depois julgar o processo de forma imparcial. Por essas razões é que se infere como medida necessária a instituição do juiz das garantias.

Por último, a partir da pesquisa, concluiu-se que os acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça deste Estado fere o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set - dez. 2019. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/227>. Acesso em: 26 ago. 2022.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Participação de profissionais de segurança pública em audiências judiciais na condição de testemunhas. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/dpj-participacao-de-profissionais-de-seguranca-publica-em-audiencias.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, Brasília. DF: Presidência da República, [2006]. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#>. Acesso em: 23 maio 2022.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Drogas e justiça criminal em São Paulo: uma análise da origem social dos criminalizados por drogas desde 2004 a 2009. **Contemporânea**, São Paulo, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/301/133>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final**: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afb3d9617.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 194-214, maio – ago. 2017. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito>. Acesso em: 2 set. 2022.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. Área de concentração: Sociologia, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/publico/2016_MariaGoreteMarquesDeJesus_VCorr.pdf. Acesso em: 12 set. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 27 dez 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 11 jun. 2023.

MIGUEL, Elcio Cardozo. **A lei não é para todos**: A seletividade penal da lei de drogas na grande Vitória/ES. 1. ed. Vitória: Elcio Cardozo Miguel, 2019.

MUNIZ, Mariana Py. **Polícia! Para quem precisa de justiça**: como a magistratura representa a violência policial. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. JUIZ DAS GARANTIAS: dissonância cognitiva e imparcialidade objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 80, p.35-52, jul.-dez., 2021. Disponível em: [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2586](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2586). Acesso em: 28 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5000104-98.2021.8.21.0101/RS**. Apelantes: Arthur Koch e Camila Farias de Mello. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022a. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5006456-83.2019.8.21.0023/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022b. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n.º 5000325-80.2017.8.21.0082/RS**. Apelante: Alexsander dos Santos Gonçalves. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n.º 5011941-18.2020.8.21.0027/RS**. Apelantes: Gerson da Silva Soares e Maurício de Moraes Bohmer. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5013570- 02.2020.8.21.0003/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022e. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5001918-23.2018.8.21.0014/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022f. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5002853-88.2021.8.21.0004/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022g. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5001000-08.2021.8.21.0113/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022h. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5019292-08.2021.8.21.0027/RS**. Apelante: Peterson Lucas Rodrigues da Rosa. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022i. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5001372-81.2021.8.21.0007/RS**. Apelante: Claudiomar Santos da Conceição. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022j. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5070957-15.2019.8.21.0001/RS**. Apelante: Jackson Roberto Silva dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022k. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5078619-59.2021.8.21.0001/RS**. Apelante: Lucas Constantino da Silva Comunal. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022l. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5001900-90.2020.8.21.0156/RS**. Apelante: Edison de Jesus Cardoso. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Conrado

Kurtz de Souza. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022m. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5025018-54.2020.8.21.0008/RS**. Apelante: Ricardo Rangel Radaeski. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022n. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5006399-56.2019.8.21.0026/RS**. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022o. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Criminal, n. 5016538-53.2021.8.21.0008/RS**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 25 de agosto de 2022p. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 29 set. 2022.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf. Acesso em: 26 ago. 2022.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 4. ed. rev., amp. e ver. Florianópolis [SC]: Emais, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: O papel dos juízes no grande encarceramento**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, Renan Joubert Almeida. **Guerra às drogas e o punitivismo penal: A lei de drogas brasileira e seus mecanismos em favor do encarceramento em massa**. 1. ed. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; F. Bastos, 2001.

**OBSESSÃO PUNITIVA: A INFLUÊNCIA DO PROCESSO DE
ALTERIZAÇÃO E DAS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO NA RESPOSTA
TARDO-MODERNA AO CRIME**

*PUNITIVE OBSESSION: THE INFLUENCE OF THE PROCESS OF
OTHERING AND THE TECHNIQUES OF NEUTRALIZATION IN THE LATE
MODERN RESPONSE TO CRIME*

*OBSESIÓN PUNITIVA: LA INFLUENCIA DEL PROCESO DE
ALTERIZACIÓN Y LAS TÉCNICAS DE NEUTRALIZACIÓN EN LA
RESPUESTA TARDIOMODERNA AL DELITO*

Luisa Pinto da Silva¹

RESUMO

A passagem da modernidade para a modernidade tardia representou uma alteração fundamental de paradigma, que apresentou os indivíduos à insegurança ontológica e engendrou a obsessão punitiva, a qual por sua vez, constitui a resposta marcadamente violenta ao crime. A partir do holofote da Criminologia Cultural e do seu método triádico de análise, explorando os níveis micro, intermédio e macro, com base bibliográfica em livros e artigos científicos, contextualiza-se, de início, a transição da conjuntura moderna para a tardo-moderna (nível macro), elencando sua origem e reverberações, com destaque ao conceito de insegurança ontológica. Após, trata-se do processo de alterização (nível micro), fruto do contexto tardo-moderno, enfatizando suas etapas de essencialização e demonização, esclarecendo sua influência no surgimento da obsessão punitiva, que é validada por meio das técnicas de neutralização, notadamente a técnica de negação da vítima (nível intermédio). Assim, compreende-se a obsessão punitiva como uma reação exacerbada ao crime, oriunda da modernidade tardia, que serve ao propósito de dirimir os efeitos da insegurança ontológica na subjetividade dos indivíduos. Logo, o fenômeno não coopera de fato no combate ao crime e na realização dos objetivos da política criminal, estando, em verdade, amparado em uma estrutura de repressão que visa os mais vulneráveis.

¹ Estagiária de pós-graduação da Defensoria Pública de Rio Grande/RS. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG (PPGDJS/FADIR/FURG). E-mail: luisapsilva98@gmail.com.

Palavras-chave: modernidade tardia; criminologia cultural; obsessão punitiva; processo de alterização; insegurança ontológica.

ABSTRACT

The passage from modernity to late modernity represented a fundamental paradigm shift, which introduced individuals to ontological insecurity and engendered the punitive obsession, which, in turn, constitutes the markedly violent response to crime. From the point of view of Cultural Criminology and its triadic method of analysis, exploring the micro, intermediate and macro levels, based on books and scientific articles, the transition from the modern to the late-modern situation is contextualized (macro level), listing its origin and reverberations, highlighting the concept of ontological insecurity. Afterwards, the process of othering is enfocused (micro level), which is a result of the late-modern context, emphasizing its stages of essentialization and demonization, clarifying its influence on the emergence of punitive obsession, which is validated through techniques of neutralization, notably the victim denial technique (intermediate level). Thus, punitive obsession is understood as an exacerbated reaction to crime, arising from late modernity, which serves the purpose of resolving the effects of ontological insecurity on the subjectivity of individuals. Therefore, the phenomenon does not really cooperate in combating crime and in achieving the objectives of criminal policy, being, in fact, supported by a structure of repression that targets the most vulnerable.

Keywords: late modernity; cultural criminology; punitive obsession; process of othering; ontological insecurity.

RESUMEN

El paso de la modernidad a la modernidad tardía representó un cambio de paradigma fundamental, que introdujo a los individuos en la inseguridad ontológica y engendró la obsesión punitiva, que, a su vez, constituye la respuesta marcadamente violenta al delito. Desde el foco de atención de la Criminología Cultural y su método triádico de análisis, explorando los niveles micro, intermedio y macro, a partir de libros y artículos científicos y partiendo del foco de la Criminología Cultural, se contextualiza el tránsito de la situación moderna a la tardomoderna (nivel macro), enumerando su origen y reverberaciones, destacando el concepto de inseguridad ontológica. Posteriormente, aborda el proceso de alterización (nivel micro), resultado del contexto tardomoderno, enfatizando sus etapas de esencialización y demonización, aclarando su influencia en el surgimiento de la obsesión punitiva, que se valida mediante técnicas de neutralización, en particular la técnica de negación de la víctima (nivel intermedio). Así, la obsesión punitiva se entiende como una reacción exacerbada frente al delito, surgida de la modernidad tardía, que sirve al propósito de resolver los efectos de la inseguridad ontológica sobre la

subjetividad de los individuos. Por tanto, el fenómeno no colabora realmente en el combate a la delincuencia y en la consecución de los objetivos de la política criminal, estando, de hecho, sustentado en una estructura de represión dirigida a los más vulnerables.

Palabras clave: modernidad tardía; criminología cultural; obsesión punitiva; proceso de alterización; inseguridad ontológica.

Data de submissão: 23/03/2023

Data de aceite: 23/08/2023

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo fluído, dinâmico e complexo, o apelo das simplificações grosseiras está justamente na adoção de uma forma descomplicada de entender este mundo. As revoluções industriais e tecnológicas e a globalização formaram um abismo aparente entre a civilização que se apresenta avançada e o que a antecedeu. Cronologicamente, nunca se esteve tão longe da barbárie; ao mesmo tempo, nunca houve tamanho embrutecimento em relação a ela.

A forma como o século XXI se desenrola é digna de um enredo distópico, nos moldes das obras escritas e consagradas ao longo do século XX. Nesse contexto globalizado, multidimensional e labiríntico, também intensamente mediado, a violência é tão repudiada quanto é consumida de modo cotidiano. Esse é apenas um dos efeitos observados desde a transição da modernidade para a modernidade tardia, que alterou a vivência dos indivíduos de forma profunda.

O ressentimento, as angústias e a incerteza engendrados pela modernidade tardia também carregaram consigo a sede de sangue a tiracolo. Nessa conjuntura, a resposta negativa ao comportamento criminoso se intensifica, pois não só está em desacordo com as normas e valores sociais e com a lei penal, como também vai ao encontro das aflições existenciais tardo-modernas. Engendra-se, então, um sentimento revanchista, que se manifesta no incentivo ou na perpetração de um ato violento em face do criminoso.

A sociedade celebra a morte de acusados e suspeitos de delitos, assiste à glorificação do uso excessivo da força por parte dos agentes de segurança pública e o instiga, sem pensar duas vezes. Nesse contexto, não há comoção diante dos abusos e arbitrariedades cometidos contra suspeitos, acusados e apenados, ainda que flagrantemente injustificáveis, desproporcionais e incompatíveis com qualquer ideal de justiça condizente com o Estado Democrático de Direito. Há, sobretudo, uma forma de satisfação, de alívio, em saber desses acontecimentos, motivo pelo qual este trabalho se guia a partir do questionamento em torno do engendramento desse fenômeno.

Nesse ponto, salienta-se que o presente artigo foi desenvolvido a partir da inquietude provocada pelo questionamento sobre a origem e a legitimação do que, no decurso do estudo, cunhou-se obsessão punitiva. Sem a intenção de esgotar o tema, realizou-se um estudo sob a ótica da Criminologia Cultural, utilizando seu método triádico de análise, com a abordagem dos níveis micro, intermédio e macro, elaborado com base bibliográfica em livros e artigos científicos.

Salienta-se, também, que a intenção do estudo não é resultar em um juízo de valor restrito, isto é, conforme ideias de “certo” e “errado”, pois isso seria contraproducente. Nessa linha, entende-se mais valioso estimular um viés crítico acerca do fenômeno sobre o qual se escreve, propondo-se a discutir brevemente, dentro dos limites de um artigo, sobre suas consequências.

Por minúcia, destaca-se que a subjetividade é um elemento relevante para a compreensão dos fenômenos descritos no presente trabalho. Nesse sentido, critica-se a tradição dos binarismos e o apreço às categorias antagônicas totalizantes como formas de explicações ahistóricas e verticalizadas. Por outro lado, ambas surgem no artigo, não como fruto de uma escolha cartesiana, mas sim por estarem presentes na circunstância concreta analisada.

Desse modo, trata-se, de início, do *zeitgeist*² moderno e da passagem para o *zeitgeist* tardo-moderno, posicionando o começo das mudanças que acarretaram o surgimento da obsessão punitiva, evidenciando, também, o conceito de insegurança ontológica. Após a contextualização, explana-se a externalização da angústia existencial por meio do processo de alterização e suas etapas – essencialização e demonização –, que concatenam a consideração de práticas punitivistas e o radical da obsessão punitiva. Nesse ponto, pincelam-se considerações sobre a relação da Teoria da Rotulação com o trabalho.

Na sequência, discute-se a influência das técnicas de neutralização desde o conceito de obsessão punitiva. Especificamente, a técnica de “negação da vítima” assume protagonismo, uma vez que se revela não só relevante, como intrínseca à manutenção do fenômeno, refletindo na conservação de uma política criminal punitivista.

Não obstante, a pesquisa foi desenvolvida com o intento de provocar a reflexão nos leitores e leitoras, suscitando questionamentos a respeito da tradição punitiva e da obviedade aparente em escolhê-la e apoiá-la como política criminal. Por conta disso, sendo a subjetividade imprescindível, recomenda-se o despimento de preconceções, mas que sejam mantidas em mente, para as ponderações a seguir.

2 ZEITGEIST QUE SE ESVAI, ZEITGEIST QUE SE INSTALA: A TRANSIÇÃO ENTRE A MODERNIDADE E A MODERNIDADE TARDIA

Para compreender o hoje, é preciso olhar para ontem. Inexiste explicação revestida de verossimilhança, ainda que breve, caso seja elaborada de maneira desconectada da realidade que aborda. Por essa razão, o presente trabalho inicia com uma análise dos acontecimentos que se desenrolaram a partir da

² Palavra que vem do alemão e comum no campo da Psicologia, que significa “espírito da época” (tradução literal). Ou seja, falar em *zeitgeist* implica falar do contexto social, político, econômico e cultural de determinado momento histórico.

transição modernidade para a modernidade tardia no decorrer do século XX, cujo enfoque reside no período após a Segunda Guerra.

O período pós-guerra foi marcado por um amplo crescimento econômico em meio à hegemonia fordista, com décadas de prosperidade. Até então, testemunhava-se em uma sociedade que progredia conforme projeções estritas e ordenadas, em um contexto cujo desenrolar era concebido como mero efeito da afluência e da atenção a valores tradicionais incontroversos. A estabilidade econômica originou um sentimento de segurança nos indivíduos, cuja preponderância engendrou um postulado de ordem, que, por seu turno, adquiriu tamanha incontestabilidade que sua subversão se tornou impensável (Young, 2002).

Assim, o cenário que sucedeu às Guerras Mundiais estabeleceu uma estrutura monolítica de progressos regrados e de desdobramentos previsíveis. Young (2002) batizou essa conjuntura de “paradigma modernista”. Nele, todos os indivíduos são orientados a percorrer um mesmo caminho, que atinge seu clímax na conquista dos objetivos de vida, que são igualmente compartilhados, de modo que o sucesso possui um significado único. Em vista disso, a retórica meritocrata prosperava sem esforço no paradigma modernista.

Prevalece, portanto, a pretensão de uma sociedade homogênea, a qual Young (2002) reputou como “inclusiva”. Ainda que soe apazível à primeira vista, trata-se de um tecido social que se edifica às custas das singularidades dos indivíduos, que são apagadas com a finalidade de criar padrões compartilhados de identidade. Em verdade, a referida inclusão se trata de um método de assimilação e de adequação ao que está posto como estado das coisas.

Não por acaso, o crime e o criminoso são submetidos ao mesmo tratamento. Diferentemente do que se observa hoje, a compreensão do paradigma modernista ditava que faltavam os referidos valores tradicionais incontroversos aos criminosos. Tal situação ocasionaria uma fratura comportamental entre o que fazem e a conduta exigida e condizente com a de um cidadão, tornando-os sujeitos à correição por intermédio da assimilação, que os soluciona e conforma (Young, 2002).

A escolha desse tratamento para a fratura remete aos alicerces do que se entende por alterização ao determinar indivíduos como conformes e não-conformes, essencializando-os segundo o critério de conformidade do paradigma modernista. O crime, antes de conceituado de modo jurídico e criminológico, exemplifica o fracasso em decorrência da desobediência, reforçando, também, o significado de sucesso.

As primeiras fissuras irrompem no paradigma modernista por conta das modificações realizadas no mercado, com a transição da economia fordista para o pós-fordismo. Substituiu-se a produção em massa pela diversificação dos produtos à disposição do consumidor, agora produzidos em menor quantidade, o que acarretou a transferência do foco da seara coletiva para o âmbito individual (Young, 2002).

Dados os primeiros passos em direção à modernidade tardia, depreende-se que a sociedade moderna se caracteriza monolítica em razão do seu padrão verticalizado e abrangente, que prescreve a vivência de seus cidadãos. Khaled Jr., Carvalho e Linck (2022, p. 164) definem esse tecido social “[...] como um todo coeso, dentro de uma estrutura razoavelmente estável na qual pessoas e instituições (como a família) tinham funções claras a desempenhar”.

Com a imposição de homogeneidade, os indivíduos aquiescem às regras e visam aos objetivos compartilhados, não se dedicando em questionar o meio onde estão inseridos, pois este é um “local” compreendido como incontestável. Em suma, a sensação de segurança que experimentam está intrinsecamente ligada ao paradigma modernista, que, uma vez chacoalhado, transmite seus tremores à totalidade da estrutura que sustenta.

Nessa perspectiva, a passagem para o modo de produção pós-fordista apresentou os cidadãos conformes da modernidade às crises econômica e de identidade. A insegurança na seara do trabalho, somada ao desemprego e ao subemprego, impactou o estilo de vida do cidadão conforme, interferindo na busca pelos objetivos compartilhados e na demonstração de afluência. Por óbvio, o cenário descrito não é propício à concretização das expectativas e

demandas alimentadas pelo paradigma modernista. Apesar disso, a retórica meritocrata subsistiu.

A pulverização do foco no coletivo e a promoção da individualidade, além de consequências da alteração no mercado, originaram uma infinidade de estilos de vida eminentemente pessoais. Assim, a pluralidade que desponta vai de encontro à modernidade (Young, 2002; Tavares dos Santos, 2009). De um ponto de vista conservador, a diversidade e a diferença em evidência introduzem o que se entende por flexibilização de valores, fragmentando e horizontalizando sua rigidez.

No ambiente social monolítico, a rigidez dos valores recai sobre os indivíduos de maneira verticalizada, prescrevendo o percurso a ser trilhado e os significados de conquista e sucesso. De um ponto de vista conservador, a evidência da diversidade e da diferença introduz o que se entende por flexibilização de valores, fragmentando e horizontalizando esse poder.

Pouco a pouco, a sociedade homogênea dá lugar a uma sociedade heterogênea. Com essa movimentação, o método de assimilação enfraquece, inclusive no que diz respeito ao crime e ao criminoso, pois o discurso inclusivo agora é insuficiente. As fissuras se transformam em um abismo, e, com a conversão da sensação de segurança, nativa da modernidade, em insegurança ontológica, instala-se a modernidade tardia.

Khaled Jr., Carvalho e Linck (2022, p. 164) escrevem que a modernidade tardia é “[...] um entrelugar de grande instabilidade e incerteza quanto a questões que antes eram simplesmente tidas como dadas”. Essa compreensão dialoga com Tavares dos Santos (2012), que pontua que as conflitualidades foram mundializadas na modernidade tardia, acarretando a expansão das questões sociais para além das fronteiras nacionais.

Com base em Young (2002), compreende-se a insegurança ontológica como o descompasso entre a necessidade pela estabilidade faltante e a instabilidade em demasia, que aflige o indivíduo de modo existencial. Trata-se de um conceito que explica a relação incompatível entre as expectativas e

aspirações do indivíduo e as esferas socioeconômica e política da conjuntura tardo-moderna na qual vive.

Apresenta-se, portanto, um contexto cuja complexidade não só o caracteriza, como também é seu elemento constitutivo. Nesse ponto, a Criminologia Cultural se fortifica enquanto norte analítico adequado ao estudo por “[...] reorientar a criminologia às condições sociais, culturais e econômicas contemporâneas” (Ferrell; Hayward, 2021, p. 12).

Nesse contexto, os indivíduos passam a compartilhar sentimentos decorrentes do universo de incerteza em que estão inseridos. Então, buscam-se maneiras de reproduzir a sensação de segurança oriunda da modernidade, a começar pela reconstituição da identidade conforme dos indivíduos, que se encontra fragilizada em virtude da pulverização do paradigma modernista.

Portanto, não há surpresa em notar que o método de assimilação passa a falhar na correção do crime e do criminoso. Não se fala mais na falta dos valores tradicionais incontroversos: agora, os indivíduos imersos na insegurança ontológica interpretam o crime como uma ofensa a um tecido social vulnerável, motivo pelo qual é ensejada uma reação à altura do perigo que representa.

O abandono do ideal inclusivo é concomitante à adoção da dissociação pelos indivíduos. Em relação a esse período, Tavares dos Santos (2009, p. 33) o diagnostica como um momento de “[...] rupturas nas relações de alteridade, dilacerando o vínculo entre o eu e o outro”. Conseqüentemente, inicia-se, de fato, o processo de alterização.

3 PROCESSO DE ALTERIZAÇÃO: AS ETAPAS DE ESSENCIALIZAÇÃO E DEMONIZAÇÃO NA VALIDAÇÃO DA IDENTIDADE TARDO-MODERNA DO INDIVÍDUO

A insegurança ontológica é o ponto de ignição do processo de alterização. Baseado no princípio da simples diferenciação, o ato de alterar está amparado na definição de um referencial, a partir do qual outros são definidos em sua função. Nas palavras de Young (2007, p. 5, tradução nossa), “o eu recebe uma

ontologia superior, seja baseada em classe, gênero, raça, nacionalidade ou religião, e é valorizado, dado a certeza em contraste com o outro”.

A concepção de um referencial estabelece critérios de inclusão e exclusão e de conformidade e não-conformidade, bem como é o vértice dos valores incontestáveis, visando reproduzir a estabilidade e a certeza paradigma modernista. Nessa perspectiva, o referencial define dois grupos essenciais na primeira etapa da alterização, denominada essencialização. O cidadão conforme se encaixa no grupo equivalente ao referencial, que é composto pelos seus semelhantes; os demais – os não-conformes – estão secundarizados em outro grupo.

Este segundo grupo é constituído para ser um assegurador ontológico da identidade e do estilo de vida do primeiro, num aceno saudosista ao paradigma modernista. Entretanto, segundo aponta Young (2007), os não-conformes não ameaçam a ordem; em verdade, eles são imprescindíveis a sua manutenção. Nessa linha, a essencialização negativa da figura do criminoso é equivalente à validação da existência do referencial, no qual, por óbvio, o criminoso não se encaixa.

Portanto, os cidadãos conformes, ao integrarem o grupo referencial, incumbem-se de zelar pela parca estabilidade da modernidade tardia, tentando, a todo momento, combater as aflições existenciais que vivenciam com as ferramentas que dispõem. Nesse sentido, entende-se que a compreensão de Khaled Jr., Carvalho e Linck (2022), de que o crime e seu controle são produtos culturais, e, em razão disso, construções criativas, deve ser expandida à resposta tardo-moderna dos cidadãos conformes ao crime.

Assim, o direcionamento específico do repúdio exacerbado ao delito se torna possível. Na modernidade tardia, o punitivismo é uma prática que apela à procura por certeza em uma conjuntura inconstante. Ao alocar o fenômeno que se descreve na estrutura triádica de análise da Criminologia Cultural (Khaled Jr.; Carvalho; Linck, 2022), observa-se que o processo de alterização é uma reação de nível micro, com reflexos mais imediatos no nível intermédio, a uma

adversidade multidimensional, cuja complexidade é inegável, que se engendra no nível macro.

O processo de alterização exalta a diferença socialmente hierárquica entre “nós” e “eles”. Por intermédio da identificação coletiva e do compartilhamento de sensações, o referencial recria um pouco do bloco monolítico da modernidade. Para o cidadão conforme, inserir-se em um grupo cujos termos de participação são homogêneos restaura o mundo de progressos regrados e desdobramentos previsíveis, mesmo que superficialmente, trazendo alívio.

Entretanto, as características da modernidade tardia fazem com que o estabelecimento desse binarismo se torne uma tarefa hercúlea. As categorias binárias não vingam com facilidade, em razão da fragmentação do padrão de identidade e estilo de vida modernos em uma pluralidade de identidades e estilos de vida. Nessa conjuntura, a própria existência de rótulos perde sentido, já que são insuficientes para abarcar a diversidade presente, além de limitantes, sobretudo quando se busca preservar a rigidez binária (Young, 2002, 2003).

Nesse sentido, a ausência de figuras que detenham contornos tão específicos é consequência da modernidade tardia, uma vez que configura um contrassenso ao *zeitgeist* atual. Por ser preciso suplantar as tendências tardo-modernas, o indivíduo investe tamanho empenho em consolidar rótulos e categorias. Aqui, observa-se uma intersecção entre o sociólogo e criminologista Jock Young e o também sociólogo Howard Becker, que será brevemente abordada.

Referência acerca da Teoria da Rotulação, Becker (2019, p. 24) concebeu o desvio não como uma qualidade do ato, mas sim como “[...] uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’”. Logo, a alcunha de “desviante” somente recai sobre um ato se a reação social assim demandar, efetivamente (ou não) o rotulando como tal. Em outras palavras, não há inerência quando se trata de desvio.

Segundo Becker (2019), a gradação do desvio de um ato varia conforme quem o realiza e quem é prejudicado. No viés tardo-moderno, a variação

acontece de acordo com o arraigamento da insegurança ontológica, de modo que quanto maior a incerteza, mais significativa é a reação. Diz-se significativa, pois a consolidação do rótulo é verticalizada, por vezes totalizante, quando não abertamente violenta.

[...] quer uma regra tenha força de lei ou de tradição, quer seja simplesmente resultado de consenso, a tarefa de impingí-la pode ser o encargo de algum corpo especializado, como a polícia ou o comitê de ética de uma associação profissional; a imposição, por outro lado, pode ser uma tarefa de todos, ou pelo menos a tarefa de todos no grupo a que a regra se aplica (Becker, 2019, p. 18).

Conseqüentemente, o crime se encaixa como ato desviante por conta da reação social. De acordo com o que se discute neste artigo, o crime não é mero desvio na modernidade tardia; enquanto se reage ao desvio com reprovação, o despejo colérico de afetos negativos é a reação à ofensa à sociedade fragilizada. Em razão disso, voltando à alterização, essencializa-se antes de demonizar, verbo este que corresponde à segunda etapa do processo, no qual a definição de desvio vai ao seu encontro.

Assim, quem compõe o grupo referencial, dos conformes, torna-se representante das virtudes, ao passo que os demais, seus dissemelhantes não-conformes, exemplificam os vícios. Na tentativa de sobrescrever a instabilidade tardo-moderna, qualidades e defeitos são decididos e distribuídos unilateralmente, sob o disfarce de racionalidade, com o objetivo de determinar suas identidades e destinos de modo fulminante.

Compreende-se, portanto, que a essencialização reduz o indivíduo a características limitantes, ou melhor, a atributos essenciais, que podem ser positivos ou negativos. Nesse contexto, observa-se o apelo das simplificações, em virtude de remontarem à modernidade, com sua conjectura previsível, de projeções estritas, prescritas e preordenadas.

O impacto das aflições existenciais na vivência dos cidadãos conformes é preeminente, de modo que incute um pano de fundo afetivo e irracional na criatividade da reação à insegurança ontológica. Mais uma vez, a Criminologia Cultural se distingue para essa análise, pois concebe que “[...] a razão não basta, que os planos da (ir) racionalidade e da (in) consciência são insuficientes para

compreender os distintos significados das condutas humanas [...]” (Carvalho, 2012, p. 144).

Em resumo, o cidadão conforme se dedica em (re) produzir, (re) negociar e, ainda, consolidar significados. Nessa acepção, relativa à agência humana e a sua criatividade, Ferrell, Hayward e Young (2019, p. 18) escrevem que “[...] as pessoas e os grupos sociais criam significados culturais e criam suas próprias perspectivas, embora em um mundo moral e material que não foi criado por elas”.

Trata-se, então, de significar a própria identidade e de consubstanciar a autoimagem de forma essencialmente positiva, ao mesmo tempo em que essencializa negativamente a identidade dos não-conformes. Nessa dinâmica binária, a simplicidade é a palavra de ordem da sua explicação: o cidadão conforme entende os atributos essenciais como características inatas.

Na compreensão de Young (2007), existem dois tipos de alterização. Na menos reconhecida, a qual denomina liberal, o indivíduo alterizado carece das qualidades e virtudes de quem alteriza. Na que o autor considera mais observável e é mais relevante para o trabalho, nomeada conservadora, alterar implica demonizar; essa tendência fomenta uma dinâmica existencial, em que a projeção de atributos essenciais negativos norteados ao outro tonificam os atributos essenciais que o indivíduo conforme entende positivos.

Ironicamente, apesar do esforço em prol da essencialização binária, a separação se revela mais formal do que material. Ainda que não admita, o cidadão conforme tem conhecimento de que o que denomina vício nos alterizados não é um fenômeno nato e específico. Ressalta-se que os indivíduos alterizados, ou não-conformes, que interessam ao artigo são os criminosos, que, inadequados ao referencial, exercem o papel de asseguradores ontológicos.

Nesse cenário, consoante ao discutido no fim do tópico anterior, o significado jurídico-penal de crime é insuficiente para contemplá-lo. Rocha e Lorenzini (2021, p. 105) asseveram que:

[...] [o] crime não é apenas um desvio contra a ordem jurídica, uma ofensa aos valores morais dos grupos dominantes e nem, tampouco, um artefato estático e estagnado no tempo construído historicamente.

Pelo contrário, os significados em decorrência dessa expressão estão em constante flutuação na sociedade da modernidade tardia.

Na conjuntura tardo-moderna, crime e criminoso são alçados a um novo patamar, pois são interpretados como verdadeiros riscos ontológicos. Por conseguinte, o criminoso, ao cometer um crime, lesiona uma sociedade já fragilizada e, nesse caminho, leva o cidadão conforme a revisitar a insegurança ontológica e suas ansiedades existenciais. Logo, as fronteiras do conceito de ilicitude e de dogmática jurídico-penal são esgarçadas e rompidas.

Novamente, evidencia-se que os indivíduos não-conformes são necessários à manutenção da ordem, não a colocando em perigo (Young, 2007), pois, na linha de Ferrell, Hayward e Young (2019), a existência do vício “deles” angaria a certeza da “nossa” virtude. Consequentemente, a noção de risco ontológico não contradiz esse ponto, visto que a própria ideia de risco alimenta a existência dos atributos essenciais positivos e, assim, arraiga a identidade do cidadão conforme.

Em última análise, a dupla função (assegurador/risco) é indispensável à construção dessa identidade. O esforço em prol da reafirmação do cidadão conforme é uma tentativa de se enraizar e de manter resquícios de outra época, em uma conjuntura cuja imprevisibilidade não propicia que isso ocorra. Nessa perspectiva, verifica-se uma negociação em tempo real, ainda que de modo inconsciente, da qual a identidade é objeto de interesse, tendo a sociedade tardo-moderna como palco e amparada no processo de alterização.

Ferrell, Hayward e Young (2019) concebem a alterização como uma resposta cultural à insegurança ontológica, que consiste na adoção de narrativas sobre si e os demais que acaba por rejeitar a criatividade humana. Curiosamente, observa-se que, no processo de negar a criatividade humana (a própria e a dos demais), há uma demonstração de criatividade contínua que não pode ser restrita ao campo da mera reação, tendo em vista sua complexidade.

O cidadão conforme, ao essencializar e demonizar o criminoso, efetivamente alterizando-o, promove o autorreforço do qual necessita. Essa compensação funciona como um bálsamo, servindo ao alívio da angústia provocada pela insegurança ontológica. Desse modo, a existência do criminoso

é uma garantia de ordem, pois, na sua ausência, não haveria com quem contrastar, e a finalidade do (re) desenho das fronteiras binárias se perderia (Young, 2002, 2003, 2007).

Sobre a alterização conservadora, Young (2007, p. 5, tradução nossa) pontua que a “[...] diferença se torna uma perversão, ou talvez uma inversão, da normalidade”. Dessa maneira, a demonização garante que os indivíduos não-conformes – aqui, especificamente, os criminosos – sejam responsabilizados pelo que há de errado e angustiante na modernidade tardia e pelas aflições individuais e coletivas. Diante disso, a desumanização do criminoso não é um salto, mas um mero passo à diante.

Como não é apenas o outro alterizado que não possui contornos específicos, a negociação de identidade tem seguimento, sendo parte disso a postura de tolerância zero em relação ao crime. A promoção do autorreforço por parte do indivíduo conforme se direciona tanto para dentro quanto para fora, uma vez que consolida sua identidade para si mesmo e para os demais. Esta é uma dinâmica determinante para a demonização e consequente desumanização do outro, bem como traz convicção faltante a sua identidade, planejando fazê-la verossímil e incontestada.

Surge, assim, a obsessão punitiva. Neste trabalho, conceitua-se obsessão punitiva como a resposta ao crime individual e coletiva no âmbito da modernidade tardia. Esta reação é exacerbada e transborda os limites da proporcionalidade, adotando uma violência por vezes irrestrita, orientada à figura do criminoso. Pode ser manifestada e/ou externada na forma do incentivo, do estímulo, do apoio e até mesmo da realização da violência contra o criminoso.

Nessa direção, nota-se que a obsessão punitiva pode tanto flertar com o ato criminoso quanto com ele se confundir. A princípio, isso soa como um contrassenso capaz de ferir fatalmente a elaborada resposta tardo-moderna ao crime; entretanto, com a introdução do nível intermédio, o fenômeno adquire nova camada de complexidade. A razoabilidade aparente da obsessão punitiva é validada pelas técnicas de neutralização, a serem abordadas a seguir.

4 TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO: A INFLUÊNCIA DA “NEGAÇÃO DA VÍTIMA” NA MANUTENÇÃO DA AUTOIMAGEM POSITIVA DO CIDADÃO CONFORME

Consoante à definição apresentada, a obsessão punitiva é uma reação violenta, marcadamente desproporcional, sendo exteriorizada na forma de incentivo ou da realização da referida violência contra o criminoso. Mesmo assim, essa resposta tardo-moderna não é reconhecida de maneira verossímil por quem a pratica.

Quando formularam as técnicas de neutralização, Sykes e Matza (1957) classificaram-nas como uma teoria da delinquência. Logo, depreende-se um detalhe interessante: é precisamente parte de uma teoria que versa acerca da delinquência que tão bem define o eixo comportamental de um indivíduo que se opõe de modo contundente ao crime e ao criminoso.

Em outra oportunidade, ao aprofundarem sua teoria em relação à delinquência juvenil e aos valores subterrâneos, Sykes e Matza (1961, p. 712-713) sinalizam que:

Em vez de se opor às ideias convencionais de boa conduta, o delinquente tende a aderir às normas dominantes na crença, mas torna-as ineficazes na prática, mantendo várias atitudes e percepções que servem para neutralizar as normas como controles de comportamento.

Essa concepção encontra aplicação de maneira análoga no presente artigo. A obsessão punitiva, enquanto resposta ao crime, é um produto cultural da modernidade tardia. Em essência, é uma demonstração da criatividade humana que, por sua vez, advém justamente da adesão aos valores considerados incontroversos, sendo imprescindível à negociação de significado que ampara a identidade do indivíduo conforme. Segundo salienta Khaled Jr. (2021, p. 149), “[...] a criminalização do outro sempre é um processo complexo de interação social [...]”.

Sykes e Matza (1957) compreendem as técnicas de neutralização como mecanismos de prevenção de culpa e/ou justificação, operando de forma similar a um ponto de inflexão para o comportamento potencialmente desviante ou

criminoso. São, portanto, um subterfúgio, por meio do qual o cidadão conforme suspende o código normativo social e legal que acata e insiste no argumento de que lhe falta intento criminal, em virtude de agir e pensar em legítima defesa de si e da sociedade.

Conseqüentemente, o cidadão conforme obtém êxito em ditar regras, rótulos e o referido código normativo social e legal sem que seu esforço atinja a si mesmo. De forma perspicaz, Becker (2019, p. 31) aponta que “[...] as pessoas estão sempre, de fato, *impondo* suas regras a outras, aplicando-as mais ou menos contra a vontade e sem o consentimento desses outros”.

Nesse contexto, as técnicas de neutralização são basilares à obsessão punitiva, pois a mera hipótese de equiparação comportamental entre conformes e não-conformes fere a dinâmica existencial da alterização, obstando a negociação de uma identidade robusta e impedindo seu autorreforço. Ou seja, a obsessão punitiva é o fenômeno com potencial de transgredir as fronteiras binárias e de questionar a confecção cartográfica do outro, sendo, ao mesmo tempo, o produto de uma conjuntura cujo (parco) equilíbrio depende de categorias estritas e da rigidez binária.

Relembra-se que o processo de alterização estabelece uma hierarquia entre os indivíduos, amparada na classificação dos atributos essenciais positivos e negativos, com o objetivo de evitar a vertigem da modernidade tardia (Young, 2007). Diante disso, é inevitável notar que os mecanismos de demonização e desumanização se revelam instrumentos convenientes, pois, se o criminoso não é reconhecido como sujeito de direitos, não há que se falar em excesso ou violência em relação a ele.

No que concerne à violência em si, Tavares dos Santos (2012) a compreende como um fenômeno histórico e cultural, cujo significado se atrela às relações de poder observáveis na sociedade, tornando-se banal e normalizada para algumas categorias sociais. Esse entendimento dialoga com os argumentos desenvolvidos no artigo, pois, a violência, enquanto produto cultural, é intrínseca aos significados criados a partir da sua destinação ao criminoso.

A conexão com o coletivo e o compartilhamento do ressentimento oriundo da sensação de injustiça resulta no uso da técnica de neutralização de negação da vítima (Sykes; Matza, 1957), na qual o indivíduo conforme não reconhece a vítima como tal, tampouco a prospectividade de se encaixar na definição de ofensor, mesmo após ser voz ativa na perpetração, no incentivo ou no apoio a um crime ou a um desvio. Assumir ou não a existência de dano é pouco relevante para ele, já que não se dispõe a admitir o caráter reprovável e/ou ilícito do seu ato.

O emprego exitoso da técnica de neutralização devolve o equilíbrio ameaçado pela demonstração hipótese de equiparação comportamental. Trata-se, aqui, de uma retaliação; por outro lado, o cidadão conforme está convencido de que seu ato se distingue de uma revanche, por estar (supostamente) sob a égide da justiça. Antes de sequer cogitar isso, pensa que é uma estratégia de defesa, visto que, nesse cenário, a consumação do crime é uma lesão suportada por toda a sociedade, provocando ressentimento individual e, por conseguinte, uma reação coletiva.

No que tange à validação da obsessão punitiva, a atuação da técnica de neutralização não é tanto sobre negar a vítima quanto pode parecer a princípio. Frisa-se que a materialização exitosa da obsessão punitiva pressupõe a desumanização do criminoso, de modo que a sua desconsideração enquanto vítima não exige muita ponderação. A neutralização vai além do seu propósito inicial na modernidade tardia, pois é um dos mecanismos de sustentação da identidade referencial conforme, sem a qual o equilíbrio delicado da negociação de identidade do indivíduo não se manteria.

Aberto o caminho à manifestação das angústias existenciais, a bússola quebrada do punitivismo é sacada e posta em uso. Inicia-se, também, uma espécie de subcultura, em que a manutenção dos valores conformes e incontroversos se faz por intermédio da essencialização, da demonização e da negação do criminoso enquanto eventual vítima da ira do cidadão conforme, do incentivo ou da realização de atos violentos contra ele.

Nessa perspectiva, percebe-se que abraçar práticas punitivistas soa como o caminho adequado a ser trilhado na resposta ao crime na modernidade tardia. Essa narrativa se vende como uma maneira extinguir o crime e solucionar o criminoso; entretanto, não passa de uma retórica vazia, tipicamente punitiva, que somente ressoa em virtude de representar uma alternativa simples em uma conjuntura que não só é instável, como é ontologicamente insegura.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo, foram descritas camadas que se interpelam, fenômenos de ocorrência simultânea e reverberações que tocam no íntimo. Poucos não se deixaram levar pela obsessão punitiva em algum momento. Mesmo que somente em pensamentos e diante do gatilho certo, entretiveram as possibilidades de uma revanche e se eximiram da responsabilidade – afinal, o *zeitgeist* tardo-moderno é exímio em propiciar um ambiente próspero ao ressentimento.

Ao menos um pouco do indivíduo conforme está presente em cada indivíduo na sociedade, ainda que restrito ao ponto de partida de conformidade às normas legais e sociais. A conformidade, porém, não é a única possibilidade que se observa tomar forma; existem faíscas discretas de inconformidade mesmo no mais conforme dos indivíduos, o que tempera toda a complexidade da dinâmica existencial engendrada na transição da modernidade para a modernidade tardia.

A admissão da existência da obsessão punitiva nos termos explanados implica a contribuição por parte dos indivíduos conformes, em maior ou em menor grau, em uma estrutura de repressão que visa os mais vulneráveis, sendo a política criminal punitivista apenas uma de suas expressões. O despejo afetivo por vezes se volta não a um criminoso, mas a um indivíduo criminalizado. Em outras palavras, quem é alterizado e quem não é não são escolhas a esmo, obras do acaso, mas sim amostras de um paradigma que adotou a exclusão e despediu a assimilação.

O pano de fundo irracional da nossa resposta ao crime e ao criminoso, tão acentuado na modernidade tardia, é, também, a origem da compreensão vigente a respeito do crime e do criminoso. Nesse contexto, a obsessão punitiva é um fenômeno social da modernidade tardia, por essa razão refletida em todas as suas instituições e agências.

A distorção do ideal de justiça que oculta as causas irracionais de seus atos, somada à negação da vítima, sinaliza um raciocínio profundamente incoerente e o uso de um sistema de dois pesos e duas medidas, uma vez que os atos possivelmente reprováveis, desviantes ou criminosos do indivíduo conforme são justificáveis, mas não os do criminoso.

Essa constatação, para a consternação dos que evocam a identidade conforme com credulidade pia, estreita a ligação entre o criminoso e o indivíduo conforme ao invés de afastá-los como adversários em lados opostos do octógono, exaltando, também, a complexidade do contexto em que estão inseridos. Igualmente, isso demonstra o motivo pelo qual os binarismos são considerados explicações totalizantes, que não se revestem de verossimilhança.

Em última análise, a obsessão punitiva não serve à suposta finalidade de combate ao crime atribuída à política criminal. Em verdade, o fenômeno corresponde a uma demanda irracional e afetiva por estabilidade, que visa extirpar as angústias existenciais por meio da validação de uma identidade adequada à modernidade tardia, elegendo, para tanto, um indivíduo para o qual destinar todo o ressentimento.

REFERÊNCIAS

BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. 285 p.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Cultural. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 138-147.

FERRELL, J.; HAYWARD, K.; YOUNG, J. **Criminologia Cultural**: um convite. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith. A criminologia cultural continuada. *In*: KHALED JR., Salah H.; FERRELL, J.; HAYWARD, K.; ROCHA, A. O. **Explorando a Criminologia Cultural**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 11-37.

KHALED JR, Salah. H. Perspectivas insurgentes da Criminologia Cultural na quadra tardo-moderna. *In*: KHALED JR., Salah H.; FERRELL, J.; HAYWARD, K.; ROCHA, A. O. **Explorando a Criminologia Cultural**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 141-204.

KHALED JR., Salah H.; CARVALHO, Salo de; LINCK, José Antônio Gerzson. A Criminologia Cultural e sua recepção no Brasil: relato parcial de uma história por ser escrita. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 193, ano 30, p. 145-186, nov./dez. 2022.

ROCHA, Álvaro Oxley da; LORENZINI, Tiago. Criminologia Cultural e o Direito: somos todos transgressores na modernidade tardia? *In*: KHALED JR., Salah H.; FERRELL, J.; HAYWARD, K.; ROCHA, A. O. **Explorando a Criminologia Cultural**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 102-116.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. **American Sociological Review**, v. 22, n. 6, p. 664-670, dez. 1957.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Juvenile delinquency and subterranean values. **American Sociological Review**, v. 26, n. 5, p. 712-719, out. 1961.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. **Violência e conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Modernidade tardia e violência. *In*: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 16-25.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YOUNG, Jock. Merton with energy, Katz with structure: the sociology of vindictiveness and the criminology of transgression. **Theoretical Criminology**, v. 7, n. 3, p. 389-414, ago. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1177%2F13624806030073007>. Acesso em: 20 ago. 2021.

YOUNG, Jock. Crossing the borderline. *In*: YOUNG, Jock. **The vertigo of late modernity**. London: Sage Publications, 2007. p. 1-16.

A MULHER NEGRA, O MERCADO DE TRABALHO E O ACESSO A DIREITOS

BLACK WOMEN, THE LABOR MARKET AND ACCESS TO RIGHTS

LAS MUJERES NEGRAS, EL MERCADO LABORAL Y EL ACCESO A LOS DERECHOS

Josany Keise de Souza David¹

Laíze Aires Alencar Ferreira²

Tarciana Moreira Alexandrino³

RESUMO

A divisão social de classes, decorrente do sistema capitalista, permitiu o ingresso das mulheres no mercado de trabalho de forma secundária. No contexto da apropriação do machismo aliado ao racismo estrutural, a inserção das mulheres na produtividade capitalista não aconteceu de forma homogênea. Às mulheres negras restou reservado o trabalho subsidiário, definido em sua maioria pelo serviço doméstico e demais atividades classificadas como desprestigiadas socialmente, referenciado pelo período pré-abolicionista. Por essa razão, o presente estudo tem como objetivo analisar a incorporação das mulheres negras no mercado de trabalho formal e informal, considerando a valorização do trabalho humano como desdobramento do direito social ao trabalho. Como pergunta-problema, busca responder: em que medida a valorização do trabalho da mulher negra avançou em termos de efetivação dos direitos dispostos no texto constitucional? Para tanto, estruturou-se o estudo em três seções, a saber: 1) a incorporação da mulher negra no mercado de trabalho; 2) o racismo e a

1 Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Advogada. E-mail: davidjosany@gmail.com.

2 Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Advogada. E-mail: adv.laizealencar@gmail.com.

3 Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Advogada. E-mail: tarcianaalexandrino@gmail.com.

visibilidade das mulheres negras no trabalho formal; e 3) a uberização e as mulheres negras nas relações de trabalho no Brasil. Metodologicamente, utilizou-se o método dedutivo, em conjunto com a pesquisa bibliográfica, fazendo uso de obras de Lélia Gonzalez e demais autores. Constatou-se que o amparo às formalidades legais no ordenamento jurídico vigente, no que tange à inserção de mulheres negras no mercado laboral, não implicou efeitos significativos ao trabalho dessas mulheres, conforme os ditames da justiça social tutelados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Mulher negra; Racismo; Uberização.

ABSTRACT

The social division of classes, resulting from the capitalist system, allowed women to enter the labor market in a secondary way. Thus, in the context of the appropriation of machismo allied to structural racism, the insertion of women in capitalist productivity did not happen homogeneously. Black women were left with subsidiary work defined mostly by domestic service and other activities classified as socially discredited, referenced by the pre-abolitionist period. For this reason, this study aims to analyze the incorporation of black women in the formal and informal labor market based on data from official sites, considering the valuation of human work as an unfolding of the social right to work. By way of a problematic question, it aims to answer: to what extent has the valorization of black women's work advanced in terms of the realization of rights set forth in the constitutional text? To this end, the study was structured in three sections, namely: 1) the incorporation of black women into the labor market; 2) racism and the visibility of black women in formal work; and 3) uberization and black women in labor relations in Brazil. Methodologically, the deductive method was used, in conjunction with bibliographical research, making use of works by Lélia Gonzales, and other authors. It was found that the support of legal formalities in the current legal system regarding the insertion of black women in the labor market has not resulted in significant effects to the work of these women according to the dictates of social justice protected in the Federal Constitution.

Keywords: Black women; Racism; Uberization.

RESUMEN

La división social de clases, resultante del sistema capitalista, permitió el ingreso de las mujeres al mercado laboral de forma secundaria. Así, en el contexto de la apropiación del machismo junto con el racismo estructural, la inserción de las mujeres en la productividad capitalista no ocurrió de manera homogénea. A las mujeres negras les quedó reservado el trabajo subsidiario, principalmente definido por el servicio doméstico y otras actividades consideradas socialmente menospreciadas, haciendo referència al período pre-abolicionista. Por esta razón, el presente estudio tiene como objetivo analizar la incorporación de las mujeres negras al mercado laboral formal e informal a partir de datos de sitios web oficiales, considerando la valorización del trabajo humano como resultado

del derecho social al trabajo. Como pregunta problema, busca responder: ¿en qué medida ha avanzado la valorización del trabajo de la mujer negra en términos de efectividad de los derechos establecidos en el texto constitucional? Para ello, se estructuró el estudio en tres secciones: 1) la incorporación de la mujer negra en el mercado laboral; 2) el racismo y la visibilidad de las mujeres negras en el trabajo formal; y 3) uberización y mujeres negras em las relaciones en Brasil. Metodológicamente, se utilizó el método deductivo, en conjunto con la investigación bibliográfica, haciendo uso de obras de Lélia Gonzales, y otros autores. Se constató que el respaldo a las formalidades legales en el marco jurídico vigente en lo que respecta a la inserción de las mujeres negras en el mercado laboral no ha tenido efectos significativos en su trabajo de acuerdo con los principios de justicia social protegidos por la Constitución Federal.

Palabras clave: Mujer negra; Racismo; Uberización.

Data de submissão: 19/05/2023

Data de aceite: 11/07/2023

1 INTRODUÇÃO

Diante do capitalismo, os elementos sociais, econômicos, políticos e religiosos se consolidaram, sendo usual a implementação de grandes projetos de exploração econômica. Dessa forma, tanto em razão da sociedade patriarcal e heteronormativa como em virtude do racismo estrutural, a inserção de mulheres nos setores públicos ocorreu de maneira secundária, tendo em vista o seu sexo pertencer ao mundo privado dos cuidados com o lar, cozer e às procriações.

Contudo, às mulheres negras além do pertencimento ao sistema de opressão que tange o corpo feminino, a condução dada pela "mão invisível do mercado" reservou o trabalho subsidiário, classificado como atividades desprestigiadas, cujo valor era visto a partir da mão de obra produtiva e mal remunerada. O serviço doméstico – como fonte de trabalho e renda – é o maior dos exemplos em que essas mulheres eram e ainda são submetidas.

Por essa razão, o presente artigo tem o escopo de analisar a incorporação das mulheres negras no mercado de trabalho, formal e informal, considerando ainda a valorização do trabalho humano como desdobramento do direito social ao trabalho, a digressão histórica da mulher negra no meio ambiente de trabalho,

os limites jurídicos do tratamento igualitário às mulheres negras no contexto laboral e comparando com as relações laborais contemporâneas.

Por fim, destaca-se a "uberização", conceituada aqui como a precarização da atividade feminina exercida por mulheres negras através do uso de aplicativos digitais. O problema que orienta este estudo é compreender em que medida houve avanço na valorização do trabalho da mulher negra em termos de efetivação dos direitos estabelecidos na Constituição.

O fato é que a incorporação da mulher negra no mercado de trabalho reforça a lógica capitalista, sob a perspectiva da marginalização, uma vez que esse grupo populacional é vítima do critério subjetivo da discriminação racial, o qual justifica a reprodução de capital. Assim, a primeira seção do estudo tem como objetivo contextualizar a mulher negra no ambiente laboral.

Em seguida, aborda-se o racismo e a visibilidade das mulheres negras no trabalho formal, juntamente com a reflexão decorrente do termo "uberização" em conjunto com a luta antirracista das mulheres negras no Brasil.

Metodologicamente, utiliza-se do método dedutivo, em conjunto com pesquisa bibliográfica, para investigação de cunho exploratório por meio da análise e revisão de artigos, livros e periódicos dedicados ao tema.

2 A INCORPORAÇÃO DA MULHER NEGRA NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

A visão eurocêntrica presente na condução da vida política, econômica, religiosa e cultural do Brasil culminou na imposição de que a sociedade brasileira deveria ser essencialmente "branca", "católica" e ocidentalizada, se quisesse prosperar.

Dessa forma, por não estarem inseridas nas características elitistas supramencionadas, a incorporação da mulher negra no mercado de trabalho deu-se sob o viés da subalternidade, reflexo de uma estrutura capitalista que se acentua em um país tão desigual como o Brasil, deixando bem claro os impactos do colonialismo na formação social. Há evidência de alguns grupos populacionais serem discriminados e marginalizados.

Falando inicialmente apenas sobre questões atinentes ao conceito de gênero, sabe-se que a dominação masculina é um fenômeno social que se manifesta na forma como os homens exercem poder e controle sobre as mulheres, com base em uma hierarquia de gênero na qual os homens são vistos como superiores às mulheres.

Bourdieu (2014) explica que essa hierarquia é reforçada por meio de estruturas sociais, culturais e econômicas que concedem aos homens mais poder e controle sobre as mulheres.

A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembléia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres [...] (Bourdieu, 2014, p. 18).

Diante dessa observação, entende-se que a inserção da mulher no mercado capitalista se deu a partir de um lento processo e as diferenças de gênero foram inseridas onde muitas vezes elas nem existiam. Além disso, fala-se em dominação pelo gênero, já que tal apreensão não era considerada como princípio de organização social, mas foi posteriormente introduzido como uma ferramenta de dominação por meio da inferiorização econômica, política e cognitiva das mulheres.

Foucault (2008) denomina esse fenômeno de biopolítica, uma vez que a biologia e a política são utilizadas em conjunto nas estratégias de estruturação de poder capitalistas. Atualmente, apesar das mulheres estarem se afastando das tarefas domésticas, de encontrarem maior facilidade de inserção no mercado de trabalho e de ocuparem cada vez mais posições de importância, ainda é uma realidade o fato de enfrentarem salários menores, jornadas de trabalho mais longas e menos oportunidades de crescimento profissional.

Imagine, então, quando, além da barreira do gênero, a mulher tem que ultrapassar questões de preconceito racial. A incorporação da mulher negra no mercado de trabalho brasileiro é um processo que vem sendo construído ao longo dos anos, mas que ainda enfrenta muitos desafios.

Essa desigualdade é reforçada pelas políticas econômicas neoliberais, que têm aumentado a desigualdade de renda e a pobreza entre as mulheres negras e a "classe dominante". Apesar de alguns avanços, a mulher negra ainda é sub-representada em diversas áreas profissionais e continua a sofrer discriminação racial no ambiente de trabalho.

Convém destacar que a inserção das mulheres na produtividade capitalista não aconteceu de forma homogênea. Ao que se refere às mulheres negras, restou reservado a elas o trabalho subsidiário definido, em sua maioria, por serviços domésticos e demais atividades classificadas como desprestigiadas socialmente no período pré-abolicionista.

A partir dessa perspectiva, a mulher negra, elemento no qual se cristaliza mais a estrutura de dominação, é visto ocupando os espaços e os papéis que lhe foram atribuídos desde a escravidão. Nesse cenário, a herança escravocrata sofre uma continuidade no que diz respeito à mulher negra, uma vez que as sobrevivências patriarcais na sociedade brasileira fazem com que ela seja recrutada e assuma empregos de características menos privilegiadas.

Durante a escravidão, mulheres negras eram forçadas a trabalhar em condições desumanas e submetidas a abusos físicos e psicológicos. Elas eram tratadas como objetos e não como seres humanos, além de serem privadas de seus direitos básicos, como o direito de votar, ter acesso à educação e serem livres para se casar. Essa realidade reflete até hoje no "atraso" de sua inclusão na dinâmica laboral.

Uma das principais barreiras para a inserção da mulher negra no mercado de trabalho sempre foi a falta de oportunidades, possivelmente orquestrada. Alguns dados mostram que elas têm menos chances de serem contratadas e, quando são, recebem salários mais baixos do que os homens brancos.

As mulheres pretas e pardas ganham, em média, menos da metade do que os homens brancos, algo equivalente a 60% do rendimento médio das outras mulheres (IBGE, 2019). Essa desigualdade tem sido reforçada pelo racismo estrutural, haja vista que este último impede que as mulheres negras tenham acesso aos mesmos recursos e oportunidades que as mulheres brancas.

[...] a Biopolítica está marcada pela politização da vida e esta foi exercida, na Biopolítica Governamental Estatal, através do controle dos processos biológicos pelo Estado, conduzindo-os de acordo com o seu interesse. Nesta nova esfera, própria à Biopolítica Econômico Neoliberal, a vida novamente é politizada, entretanto, desta vez o encontro entre a política e a biologia é representada pela Biogenética [...] (Azevedo, 2017, p. 148).

A incorporação da mulher negra no mercado de trabalho brasileiro é um processo que vem sendo construído ao longo dos anos, mas ainda enfrenta muitos desafios, pois além da barreira de questões de gênero, a mulher ainda tem que ultrapassar questões de preconceito racial.

Políticas econômicas neoliberais têm aumentado a desigualdade de renda e a pobreza entre as mulheres negras e a "classe dominante". Apesar de alguns avanços, a mulher negra ainda é sub-representada em diversas áreas profissionais e sofre com a discriminação racial no ambiente de trabalho.

A inserção das mulheres na produtividade capitalista não aconteceu de forma homogênea, uma vez que às mulheres negras reservou-se o trabalho subsidiário definido, em maioria, pelo serviço doméstico e demais atividades classificadas como desprestigiadas socialmente no período pré-abolicionista.

A esse respeito, Lélia Gonzalez, autora negra, dedicou-se a escrever sobre a realidade de exclusão das mulheres na sociedade brasileira, principalmente das negras e indígenas, e em suas escritas tratava sobre a interseção do preconceito entre mulheres e mulheres negras.

O fato é que enquanto mulher negra sentimos a necessidade de aprofundar nossa reflexão, ao invés de continuarmos na reprodução e repetição dos modelos que nos eram oferecidos pelo esforço de investigação das ciências sociais. Os textos só falavam da mulher negra numa perspectiva sócio-econômica que elucidava uma série de problemas propostos pelas relações raciais. Mas ficava (e ficará) sempre um resto que desafiava as explicações. E isso começou a nos incomodar (Gonzales, 1984, p. 225).

A verdade é que “o sistema capitalista se beneficia em manter mulheres pretas em um lugar social de subalternidade a partir da intersecção de múltiplas opressões”. (Carvalho; Santos, 2021, p. 1). Com isso, reforça-se que uma das principais barreiras para a inserção da mulher negra no mercado de trabalho é a falta de oportunidades devidamente orquestrada.

3 O RACISMO E A VISIBILIDADE DE MULHERES NEGRAS NO TRABALHO FORMAL

O racismo é um dos elementos da desigualdade social na sociedade atual brasileira, que, desde o período colonial, está enraizado no país. Embora não se admita que o racismo seja algo real no Brasil, devido à falsa ideia de "democracia racial" difundida por grandes nomes como Gilberto Freyre, quando escreveu *Casa Grande e Senzala*⁴, precisa ser definitivamente derrubada. O combate dele requer o reconhecimento de sua existência como primeiro passo.

Os estudos de Freyre sobre a mestiçagem e sua visão da convivência "harmoniosa" no Brasil provocaram uma revisão das teorias raciais que condenavam sociedades com grandes contingentes de mestiços e ofereceram uma visão positiva da realidade brasileira, de uma nacionalidade marcada pela miscigenação das três raças: brancos, negros e indígenas (Serafim, 2021).

O domínio do homem branco sobre a população negra no período colonial ainda resulta em sofrimentos para negros e negras, que constantemente sofrem com discriminações expressas e veladas. Por esse viés, Djamila Ribeiro (2019) defende que, desde cedo, pessoas negras são levadas a refletir sobre sua condição racial. Com efeito, entende-se que a condição racial reflete diretamente na desigualdade social, que é um dos fatores para a discriminação racial.

A autora destaca que, devido à sua condição de mulher negra, enfrentou situações em que era erroneamente "confundida" com copeira, faxineira ou até mesmo, em estabelecimentos hoteleiros de alto padrão, considerada prostituta. Essas experiências revelam que, por ser mulher e negra, ela não era reconhecida como pertencente aos ambientes frequentados majoritariamente por pessoas brancas.

Por fim, abre-se a discussão quanto à inserção da trabalhadora negra no mercado de trabalho formal e à luta pelo seu reconhecimento no espaço laboral, o que se torna uma ação pela igualdade racial e de gênero.

4 A obra *Casa Grande e Senzala* publicada em 1933 foi considerada um marco da historiografia brasileira. Na obra, Gilberto Freire defende a miscigenação, e romantiza a escravidão do negro.

Não se pode deixar de mencionar que a mulher negra, ao ser inserida no mercado de trabalho formal, sofre diferenças maiores do que o homem negro, tais como discriminações decorrentes da cor de sua pele, do fato de ser mulher e de receber salários abaixo do mercado. Além disso, vale destacar que, mesmo que ela alcance um alto cargo, não é reconhecida como alguém que faça parte daquele círculo de pessoas.

Ribeiro (2019) levanta um importante questionamento acerca do assunto:

A ausência ou a baixa incidência de pessoas negras em espaços de poder não costuma causar incômodo ou surpresa em pessoas brancas. Para desnaturalizar isso, todos devem questionar a ausência de pessoas negras em posições de gerência, autores negros em antologias, pensadores negros na bibliografia de cursos universitários, protagonistas negros no audiovisual. E, para além disso, é preciso pensar em ações que mudem essa realidade (Ribeiro, 2019, p. 12).

Partindo da afirmação acima, pode-se compreender que o negro, especificamente, a mulher negra, é vista pela sociedade como alguém incapaz de ocupar espaços de poder, e as ações são mecanismos para derrubar esse estigma, devendo envolver toda a sociedade brasileira, com o intuito alcançar a igualdade racial e de gênero. Essas ações são necessárias para trazer a visibilidade da população negra em todos os espaços, sejam eles ambientes de poder ou não.

Naquilo que diz respeito à invisibilidade da trabalhadora negra no mercado formal de trabalho, trata-se de uma característica da branquitude, que é um lócus de privilégio, poder e ideologia. Guimarães e Verbiraco (2020) compreendem que esse aspecto é uma certa naturalização da condição de subalternização e da desigualdade de direitos das pessoas negras, notadamente das mulheres.

De acordo com as autoras acima, no início do movimento feminista, enquanto as mulheres brancas lutavam pelo direito ao voto, ao trabalho e à propriedade, as mulheres negras sequer eram vistas como seres humanos e incluídas nas reivindicações, e por essa razão foi necessário apontar os limites do feminismo hegemônico, assim como a ideia de mulher branca como referência de luta.

Além disso, as referidas autoras afirmam que as mulheres negras estão na base da pirâmide social, na qual vêm primeiro os homens brancos, mulheres brancas, homens negros e; por último, as mulheres negras, o que torna necessário uma reflexão sobre o seu papel. Entretanto, embora estejam na base da pirâmide social, mesmo que alcancem alto nível de escolaridade e altos cargos, elas ainda vivem a dura realidade de ganhar abaixo do que é pago no mercado.

A esse respeito, Feijó (2022) endossa a discussão para as diferenças salariais remanescentes. Para a autora, essas diferenças podem estar associadas à discriminação no mercado de trabalho e às condições pré-mercado dos indivíduos (contexto familiar, educação dos indivíduos etc.). Para a autora, as diferenças do mercado de trabalho são afetadas pelas diferenças do pré-mercado, sendo tais contextos relevantes para entender os diferenciais de salários, de raça e de gênero.

Convém refletir ainda sobre o grande número de mulheres negras laborando como domésticas no Brasil. Vieira (2017) explica que a composição majoritária de mulheres negras nessa categoria profissional remonta à constituição de um mercado de trabalho assalariado que emerge em um contexto de abolição da escravidão marcado por políticas profundamente excludentes, aliadas à política de importação da força de trabalho estrangeira, quando impuseram aos ex-cativos condições de vulnerabilidade extrema, com transformações ínfimas na qualidade da inserção de força de trabalho em relação àquela vivida no cativeiro.

Nesse sentido, pode-se dizer que as trabalhadoras negras são historicamente impelidas a ocupações marginalizadas pela condição de vulnerabilidade decorrente do entrecruzamento de classe, raça e gênero, e o resultado dessa condição se expressa nos indicadores de grande contingente de mulheres pretas e pardas no serviço doméstico, ou ainda em baixos salários e um alto grau de informalidade. Este padrão de inserção produz efeitos significativos sobre as práticas discriminatórias, haja vista que retroalimenta imagens e estereótipos que cumpre a função de manutenção de guetos ocupacionais para essa população (Vieira, 2017).

A autora entende que o processo de lutas travadas pelos movimentos sociais, especialmente pelos movimentos negros, alcançou avanços consideráveis em termos de integração da população negra no mundo do trabalho. De acordo com Ângela Davis (2016), quando a mulher negra possui ativa atuação, toda a estrutura da sociedade se movimenta com ela.

Feijó (2022) cita que, segundo micro dados do PNADC/IBGE, a participação das mulheres negras na População em Idade Ativa (PIA) passou de 26% em 2012 para 28,3% em 2022, tornando o grupo com maior representatividade. Nesse cenário, faz-se necessário dizer que as mulheres negras continuam apresentando os menores rendimentos médios, em 2022, e ganhavam menos da metade do que os homens brancos ganhavam e equivalente a 60% do rendimento médio das mulheres brancas/amarelas.

Ademais, o autor acima cita que, a participação das mulheres negras entre os 10% com os maiores salários ainda é baixa, mesmo após um crescimento entre os anos de 2012 (7,1%) a 2022 (9,2%).

O levantamento acerca da inserção das mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro permitiu identificar que o ponto de intersecção onde se localizam as trabalhadoras negras redonda em uma dupla desvantagem: o determinante de gênero incide principalmente sobre as resistências no acesso e permanência no trabalho, enquanto o determinante de raça recai predominantemente sobre a qualidade da inserção de modo a perpetuar indicadores de informalidade e precariedade (Vieira, 2017).

A contínua e sistemática discriminação e preconceito de todas as ordens concernente à trabalhadora negra tem contribuído para a crescente desigualdade racial e social da sociedade brasileira. A mulher negra sofre com múltiplas opressões em decorrência de sua raça, gênero e classe, e está em um espaço de poder que não a isenta das discriminações e preconceitos, pois mesmo que não sejam expressos, ocorrem de modo velado.

A luta do feminismo negro contra todas as formas de opressão no mercado de trabalho deve estar sempre acesa. As transformações não devem ocorrer apenas dentro dos espaços laborais, mas em todos os ambientes da sociedade.

Nesse sentido, cabe destacar o que orienta Lélia Gonzalez quando fala do ativismo transnacionalizado, destacando o racismo, o eurocentrismo e o sexismo. Em suma, a autora aborda que essas discussões do feminismo negro devem romper espaços, sejam eles acadêmicos, sejam eles laborais.

4 A TECNOLOGIA DA UBERIZAÇÃO E AS MULHERES NEGRAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

A oferta do serviço de transporte por taxis era registrada pelo meio não virtual, sendo majoritariamente motoristas do gênero masculino. Nesse cenário, a empresa Uber apresentou-se para a coletividade de todos e todas a partir do ano de 2010 nos Estados Unidos, e, a contar do ano de 2014, no Brasil, com início no Estado do Rio de Janeiro⁵.

Como uma alternativa mais barata de transporte, a Uber expandiu-se por todos os demais estados brasileiros no campo da mobilidade urbana. Voluntariamente como ferramenta de trabalho digital, o objetivo da empresa trouxe a proposta de aproximar pessoas, a partir da disponibilidade do trabalhador e da trabalhadora em se tornarem motoristas da empresa, possuindo um automóvel e um aparelho smartphone de sua responsabilidade.

Sob esse contexto, a Uber marca a flexibilização do direito social ao trabalho, por meio de novas relações trabalhistas, caracterizando a ausência da intervenção do Estado na proteção do trabalhador e da trabalhadora, modificando significativamente as relações de emprego.

A uberização, termo derivado do nome da empresa, é o meio de comunicação entre o motorista e o passageiro, pelo qual o motorista recebe valores em todos os trajetos realizados e pagos pelo cliente-usuário. Vista

⁵ A chegada do Uber ao Brasil através da cidade do Rio de Janeiro foi destacada nos veículos de comunicação, os quais enfatizaram a renda auferida pelos motoristas parceiros nas cidades americanas e o sucesso entre os consumidores.

majoritariamente como um trabalho autônomo ou por conta própria, Fernando Teixeira da Silva (2019, p.463-464) compreende que:

A relação de emprego, dependência e subordinação é encoberta, excluindo o trabalhador de qualquer proteção legal. A prestação de serviço ocupa aí o lugar de emprego, fazendo multiplicar o número dos chamados microempreendedores individuais e de empresas sem empregados. O valor da força de trabalho é reduzido quando a utilização dos autônomos se destina a excluir, principalmente, os menos qualificados da proteção das leis do trabalho, o que geralmente ocorre de forma ilegal. Pode-se incluir nessa modalidade o fenômeno uberização, em que campeia a desregulamentação do trabalho e o apelo ao empreendedorismo individual. São prometidas maior liberdade e autonomia ao trabalhador, embora também nesse caso seja escamoteada a própria categoria “trabalho” [...]. As empresas fornecem tecnologia e fazem a intermediação dos serviços, sem incorrer em ônus trabalhista, eliminando qualquer vestígio de vínculo formal de emprego. No entanto, o trabalhador-uber não deixa de estar subordinado ao capital, que, apesar das aparências, ao lado dos usuários-consumidores dos seus serviços, monitora o tempo, o desempenho e a produtividade do trabalhador.

Nessa perspectiva, o autor em questão reconhece que, embora a contratação por meio da prestação de atividades consideradas como atividades-meio pela empresa seja irregular, ela não gera vínculo de emprego. Além disso, tal fato não exclui totalmente a responsabilidade da empresa em relação às atividades desempenhadas pelo motorista, uma vez que a subordinação é inerente ao capitalismo contemporâneo e, conseqüentemente, envolve direitos trabalhistas.

Diante das considerações acima expostas, é fundamental reconhecer a relevante participação das mulheres negras no desenvolvimento tecnológico e científico, um aspecto abordado pela empresa Uber por meio da sua política conhecida como "Compromisso com a Diversidade", conforme registrado em uma apresentação divulgada no site. Isso se revela como uma fonte de renda alternativa para mulheres negras que buscam conciliar suas vidas pessoais, maternidade e responsabilidades domésticas.

Isto é, fato que foi evidenciado no período da Covid-19, tendo em vista as demissões em massa, justificadas pela crise sanitária e econômica formalizadas pelos decretos de restrições de circulação dos espaços públicos e privados para fins de saúde a nível internacional e nacional.

Em função desse cenário, muitas foram as situações experienciadas pelas mulheres negras: os casos de violência doméstica e dupla jornada de trabalho, atravessaram o além-vida da pandemia Covid-19, cujos dados registrados⁶ encontram-se disponíveis em sites oficiais como a ONU Mulheres (2020), no período de março de 2020 a abril de 2022, traduzidos em violências e integram a luta antirracista das mulheres não brancas.

Cadastrar-se no Uber, como motorista, foi uma via visualizada por muitas mulheres negras para garantir a renda, conciliando os diferentes papéis exercidos, na intencionalidade de uma vida sem violência, com o fito de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana cotidiano.

Contudo, em estudo realizado pelas autoras Naiara Silva Evangelo e Fátima Cristina Regis Martins de Oliveira, com o título: *A experiência negra de ranqueamento social na Uber: uma reflexão racializada da vigilância contemporânea*, de 2021, demonstrou que, pela perspectiva racial, a divisão sexual do trabalho permanece estigmatizando a mulher negra, tal como no período colonial:

Por sua vez, a colaboradora 32 enxerga racismo na avaliação e na interação com os homens: um homem branco achou que por eu ser mulher e negra, motorista...eu podia também fazer programa, e fez várias insinuações durante o trajeto, me constrangendo e me assediando. Não o deixei na estrada porque era uma corrida boa, e eu precisava da grana naquele dia, porque a pista estava muito ruim. Enquanto o corpo masculino negro é criminalizado, o corpo feminino negro é objetificado. A colaboradora também conta que sua nota abaixa com corridas para pessoas brancas que fazem comentários sobre ela ser uma mulher dirigindo, em que é possível perceber o cruzamento entre machismo e racismo (Evangelos; Oliveira, 2021, p.14).

A sombra da escravidão e do colonialismo, a negação de respeito às mulheres negras na contemporaneidade apresenta violência em seus diversos aspectos. O surgimento das políticas de diversidade e a construção do conceito de cidadania, bem como leis esparsas que protegem a violência contra a mulher

6 Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-negras-agem-para-enfrentar-o-racismo-na-pandemia-covid-19-e-garantir-direitos-da-populacao-negra-no-novo-normal/>. Acesso em 8 out. 2022.

– Lei 11.340/2006⁷ e Lei 12.845/2013⁸ - seguem no abismo da não efetivação da condição de vida digna aos corpos de mulheres negras.

O estigma das mulheres negras escravizadas, no contexto de mercadoria, contribuiu para a interseção do racismo com o machismo. A representação da mulher negra é frequentemente hipersexualizada e objetificada. Como mencionado anteriormente, ao assumir a função de motorista, ela enfrentou assédio, violência psicológica e o desconforto de ser tratada como propriedade, independentemente das leis de proteção contra a violência à mulher.

A história do Brasil é tecida por violências através de vários instrumentos que sabotam a vida digna às mulheres negras. Nesse sentido, Lélia González disserta:

[...] parece que a gente não chegou a esse estado de coisas. O que parece é que a gente nunca saiu dele. Basta a gente dar uma relida no que a Hahner e a Heleieth disseram. Acontece que a mucama “permitida”, a empregada doméstica, só faz cutucar a culpabilidade branca porque ela continua sendo a mucama com todas as letras. Por isso ela é violenta e concretamente reprimida. Os exemplos não faltam nesse sentido; se a gente articular divisão racial e sexual de trabalho fica até simples. Por que será que ela só desempenha atividades que não implicam em “lidar com o público”? Ou seja, em atividades onde não pode ser vista? Por que os anúncios de emprego falam tanto em “boa aparência”? Por que será que, nas casas das madames, ela só pode ser cozinheira, arrumadeira ou faxineira e raramente copeira? **Por que é “natural” que ela seja a servente nas escolas, supermercados, hospitais etc e tal?** (González, 1984, p. 233, grifo nosso).

No excerto acima, a autora ressalta o fenômeno da invisibilidade pública enfrentado pelas mulheres negras, bem como a naturalização da consciência

7A Lei 11.340 cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher de forma a prevenir, como também punir e erradicar a violência contra a mulher (todas as suas formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), através de medidas protetivas.

8Lei 12.845 oferece algumas garantias a vítimas de violência sexual, como atendimento imediato pelo SUS, amparo médico, psicológico e social, exames preventivos e o fornecimento de informações sobre os direitos legais das vítimas - sem necessidade de apresentar boletim de ocorrência ou qualquer outro tipo de prova do abuso sofrido - a palavra da vítima basta para que o acolhimento seja feito pelo hospital.

coletiva. Essa naturalização resulta no afastamento das mulheres negras das oportunidades públicas, como acesso à universidade, cargos de alto nível nas empresas e até mesmo a profissão de motorista, que até recentemente era predominantemente masculina. Essas situações evidenciam a desumanização das mulheres negras tanto no ambiente de trabalho físico quanto no virtual.

A incorporação no mercado de trabalho virtualizado por meio das plataformas digitais e em conjunto com o avanço da legislação às mulheres, não as fazem alcançar direitos mínimos de trabalhar com dignidade e com seus direitos de cidadã assegurados. O que se revela são processos históricos que atualizaram a forma como as mulheres negras são sistematicamente preteridas e vítimas de violências nos seus mais diversos aspectos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece como dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todos os cidadãos brasileiros, independentemente da etnia ou da cor da pele. Porém, essa é uma realidade distante em nosso país, pois o racismo tem agido de modo expressivo no Brasil. A discriminação e o preconceito aos negros e negras do país são latentes. Tal preconceito e discriminação ainda são os frutos da escravidão.

As consequências da escravidão e do racismo refletem o quão difícil é ser negro no Brasil. O peso do racismo pode variar conforme a situação social vivida por cada pessoa. Ser negro significa ser mais pobre do que o branco, receber salário menor, ser mais rejeitado pelo mercado de trabalho e ter menos oportunidades de ascensão profissional e social.

No artigo que ora se apresenta, buscou-se abordar as lutas enfrentadas pelo feminismo negro no mercado formal de trabalho, levantando as lutas antirracistas, os enfrentamentos e as dificuldades da trabalhadora negra no ambiente laboral.

Buscou-se sintetizar os dilemas vividos pela mulher negra na sociedade hodierna brasileira, assim como os dilemas das motoristas de aplicativos para serem respeitadas e reconhecidas em sua profissão.

Em uma sociedade onde as desigualdades raciais e sociais são evidentes, a trivialização do racismo decorre de uma necessidade puramente ideológica, e no Brasil não é diferente.

Dessa maneira, pode-se concluir que a luta da mulher trabalhadora negra para ter o seu reconhecimento no ambiente laboral ultrapassa os espaços físicos em que ela pertence. Essa é uma luta pela humanização de toda e qualquer mulher negra, pela sua visibilidade e reconhecimento enquanto pessoa capaz de ocupar qualquer ambiente.

O surgimento das políticas de diversidade e a construção do conceito de cidadania devem abraçar as mulheres negras e lhes conceder condição digna, para que o estigma de mercadoria tecido pelo racismo e somado ao machismo que perpetuam na sociedade brasileira sejam quebrados.

O intuito dessa luta antirracista enfrentada pelo feminismo negro em relação ao mercado formal de trabalho ocupado pelas trabalhadoras negras é alcançar a igualdade racial e de gênero, quebrando todas as formas de preconceitos, para que mulheres negras possam ocupar quaisquer ambientes de trabalho desejados e receber remuneração não inferior nem superior à de homens e mulheres brancos, nem menor do que a de homens negros, mas garantindo a igualdade salarial.

É dever de todos buscar um país igualitário em todos os sentidos. O intuito da política de ações afirmativas para negros, embora ainda seja bastante criticado e muitas vezes usado por aqueles que não fazem jus a essas ações, tem importância relevante na luta contra o racismo no Brasil. A promoção da igualdade racial, assim como práticas que coíbam a discriminação racial e a desigualdade social, estão entre os seus principais objetivos.

Por fim, conclui-se que todos têm direito à igualdade como direito inerente a todo ser humano. Têm direito a não serem julgados pela cor da pele, a não serem vistos como inferiores a alguém de raça branca e a serem tratados com

dignidade humana. Para isso, o racismo precisa ser combatido em todos os níveis

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, T. A. G. Fascismo contemporâneo: uma análise sobre a possibilidade da existência de práticas fascistas na contemporaneidade, à luz da teoria de Michel Foucault. *In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 26., 2017, São Luís. **Anais [...]**. São Luís: Filosofia do Direito, 2017.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**: a condição feminina e a violência simbólica. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

CARVALHO, M.; SANTOS, W. A mulher preta no mundo do trabalho brasileiro: entre a sujeição e o prestígio social. **Revista Fim do Mundo**, n. 4, jan.-abril, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.36311/2675-3871.2021.v2n4.p176-201>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DAVIS, A. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2016.

EVANGELO, N. S.; OLIVEIRA, F. C. R. M. de. A Experiência Negra de Ranqueamento Social na Uber: Uma Reflexão Racializada da Vigilância Contemporânea. **Comunicação e sociedade [Online]**, 39, 2021. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cs/5004>. Acesso em: 20 dez. 2022.

FEIJÓ, J. **A participação das mulheres negras no mercado de trabalho**. 2022. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/participacao-das-mulheres-negras-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 28 dez. 2022.

FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONZALEZ, L. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs**, p. 223-244, 1984. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod_resource/content/0/06%20-%20GONZALES%2C%20L%2C%A9lia%20-%20Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod_resource/content/0/06%20-%20GONZALES%2C%20L%2C%A9lia%20-%20Racismo%20e%20Sexismo%20na%20Cultura%20Brasileira%20%281%29.pdf). Acesso em: 20 dez. 2022.

GUIMARÃES, S. S.; VERBIRACO, L. **Mulheres negras e o mercado de trabalho em tempos de pandemia no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.filosofas.org/post/mulheres-negras-e-o-mercado-de-trabalho-em-tempos-da-pandemia-no-brasil>. Acesso em: 29 dez. 2022.

IBGE. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681>. Acesso em: 29 dez. 2022.

ONU MULHERES. **Mulheres Negras agem para enfrentar o racismo na pandemia Covid-19 e garantir direitos da população negra no “novo normal”**. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-negras-agem-para-enfrentar-o-racismo-na-pandemia-covid-19-e-garantir-direitos-da-populacao-negra-no-novo-normal/>. Data de acesso: 8 out. 2022.

RIBEIRO, D. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

SERAFIM, D. **A negação do racismo e o mito da democracia racial**. 2021. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2021/04/a-negacao-do-racismo-e-o-mito-da-democracia-racial/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

SILVA, F. T. **Reforma trabalhista: emprego, tempo e história**. In: História do trabalho: entre debates, caminhos e encruzilhadas. Jundiaí-SP: Paco Editorial, 2019.

VIEIRA, B. **Mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro: um balanço das políticas públicas**. 2017. Disponível em: https://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499353872_A_RQUIVO_Mulheresnegrasnomercadodetrabalhobrasileiro.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

***E-CARCERATION À BRASILEIRA: IMPRESSÕES SOBRE NOVAS
TECNOLOGIAS DE CONTROLE SOCIAL***

*E-CARCERATION IN BRAZIL: IMPRESSIONS ON NEW SOCIAL CONTROL
TECHNOLOGIES*

*E-CARCERATION EN BRASIL: IMPRESIONES SOBRE NUEVAS
TECNOLOGIAS DE CONTROL SOCIAL*

Gabriela Gomes Casarin¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar brevemente o fenômeno *e-carceration* no Brasil. Entender se este fenômeno é capaz de potencializar mazelas sociais, sobretudo face à reprodução tecnológica do encarceramento em massa, de modo a implementar e qualificar a expansão do poder punitivo estatal. Ainda, busca delinear entendimentos acerca da racionalidade punitiva estatal perpassada pela utilização de tecnologias de *surveillance*, que possam vir a ser agentes de aperfeiçoamento do *capitalismo de vigilância*. Ao enfrentar o monitoramento eletrônico – realizado por tecnologias dotadas de capacidade de rastreamento e coleta de dados – como um catalisador tecnológico de segregações e desigualdades sociais, objetiva contribuir para conscientização pública sobre a expansão da sociedade de controle tecnológico, possível em razão da normalização do uso destas novas ferramentas de reconhecimento, monitoramento e vigilância constantes.

Palavras-chave: e-carceration; monitoramento eletrônico; sociedade de controle; vigilância.

¹ Gabriela Gomes Casarin. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Especialista em Direito Digital e *Compliance* pelo IBMEC/SP. Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista CAPES de Mestrado. Advogada. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6000317872921626>. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-7606-0814>. E-mail: gabrielacasarin@gmail.com.

ABSTRACT

This article aims to briefly present the e-carceration phenomenon in Brazil. To understand if this phenomenon is able to potentialize social issues, especially in face of the technological reproduction of mass incarceration, in order to implement and qualify the expansion of state's punitive power. Furthermore, intends to delineate understandings about state's punitive rationality, permeated by the use of surveillance technologies, which may become agents of improvement of *surveillance capitalism*. By confronting electronic monitoring - carried out by technologies endowed with tracking and data collection capabilities - as a technological catalyst of segregation and social inequalities, this work aims to contribute to public awareness about the expansion of the technological ways of social control, possible due to the normalization of the use of these new tools of constant recognition, monitoring and surveillance.

Keywords: e-carceration; electronic monitoring; control society; surveillance.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo presentar brevemente el fenómeno e-carceration en Brasil. Comprender si este fenómeno es capaz de potenciar los males sociales, especialmente frente a la reproducción tecnológica del encarcelamiento masivo, para implementar y cualificar la expansión del poder punitivo estatal. También busca delinear comprensiones sobre la racionalidad punitiva estatal permeada por el uso de tecnologías de vigilancia, que pueden convertirse en agentes de perfeccionamiento del capitalismo de vigilancia. Al confrontar la vigilancia electrónica -llevada a cabo por tecnologías dotadas de capacidades de monitoreo y recopilación de datos- como catalizador tecnológico de la segregación y las desigualdades sociales, pretende contribuir a la concienciación pública sobre la expansión de la sociedad de control tecnológico, posible debido a la normalización del uso de estas nuevas herramientas de reconocimiento, monitoreo y vigilancia constantes.

Palabras clave: e-carceration; monitoreo electrónico; sociedad del control; vigilancia.

Data de submissão: 26/05/2023

Data de aceite: 24/07/2023

1 E-CARCERATION WHO?

Cunhado por Malkia Devich-Cyril², o fenômeno chamado *e-carceration* foi, primeiramente, compreendido como uma espécie de encarceramento em massa misturado com tecnologias de vigilância e punição. Contudo, Kilgore (2022), ao considerar o urgente desenvolvimento tecnológico das formas de monitoramento eletrônico e vigilância, entende possível pensar esta definição de forma mais abrangente, equivalente à *aplicação de uma rede de tecnologias punitivas como nova forma de privação de liberdade*. Privação de liberdade não destinada, necessariamente, apenas àqueles que povoam *fisicamente* o sistema criminal e carcerário.

Diretamente impactado pelos efeitos do monitoramento eletrônico no cumprimento de sua pena, Kilgore (2022) publicou a obra *Understanding E-Carceration*, onde narra sua experiência pessoal enquanto submetido ao uso de uma tornozeleira eletrônica. Desde 1975, durante vinte e sete anos foi considerado um fugitivo da justiça norte-americana. Relata que

Durante as primeiras duas décadas, a vigilância consistia em pôsteres de “procurado” com minha foto pendurados nas paredes dos correios, visitas periódicas do FBI a familiares e amigos, e aquela ocasional história de “onde está ele agora?” nos jornais. Para um homem branco sem deficiências, fugir da lei naqueles dias não era como é agora. (Kilgore, 2022, p. 3, tradução livre).

Com o passar do tempo, na virada do século, as coisas começaram a mudar. (Kilgore, 2022, p. 3) Ele foi capturado em 2002, na Cidade do Cabo, África do Sul, sem ter certeza de como foi localizado.

Após seis anos e meio de reclusão cumpridos em prisões federais e estaduais na Califórnia, foi posto em liberdade condicional em Illinois, com a

² Para maiores detalhes, DEVICH-CYRIL, Malkia. **Will You Harbor Me? To Fight Police Violence, Demand Digital Sanctuary**. 09 jun. 2017. Palestra proferida no evento *Democracy Forum*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BqnLX_6M-OM. Acesso em: 20 nov. 2022.

condição de uso de uma tornozeleira eletrônica, pelo período de um ano. As complexidades inerentes à presença e à vigilância ininterrupta do Estado em sua própria casa o motivaram a pesquisar sobre o funcionamento daquele dispositivo, porém, à época, deparou-se com pouca ou nenhuma pesquisa acerca do impacto causado por esta forma de encarceramento.

Ele relata que compartilhou seus receios com muitas pessoas: as que teriam passado pelo processo entendiam suas preocupações. As que não, lhe disseram coisas como “pelo menos é melhor que a prisão”. O amigo Johnny Page, que passou mais de duas décadas em prisões estaduais em Illinois, reclamou de quem lhe dizia que deveria ser grato por estar fora da prisão: “(...) eu não estou fora”, era sua resposta, “é apenas uma outra forma de encarceramento”. (Kilgore, 2022, p. 10, tradução livre).

Estas situações fizeram-no perceber que “O monitoramento é uma piada que contam para a gente. Como um Grubhub carcerário, o monitoramento eletrônico trouxe a prisão até mim em vez de me levar até ela” (Kilgore, 2022, p. 10, tradução livre).

Portanto, este artigo foca-se neste fenômeno, espécie de nova *forma de privação de liberdade através de meios tecnológicos* (Kilgore, 2022, p. 11).

É importante salientar que o fenômeno *e-carceration* tolhe a liberdade de pessoas sem a imponência de barreiras físicas, como em instituições totais (prisão, hospital, escola etc.), mas de forma a manter uma *prisão sem limites*. Dentro desta perspectiva, quatro aspectos são predominantes.

O primeiro deles é a privação de acesso a determinados serviços da vida civil. Através do uso de dados e informações pessoais como espécie de *arma digital*, as pessoas-alvo são ranqueadas e perfiladas de acordo com análises automáticas, realizadas por órgãos estatais ou empresas provedoras de serviços, como um *score financeiro*: quem tem o melhor histórico financeiro pode ter acesso a serviços específicos, como concessão de crédito para cartões ou mesmo financiamentos imobiliários. Quem não tem bom histórico, dificilmente consegue beneficiar-se.

A segunda característica é, justamente, a ausência de limite de tempo pré-definido em sentença ou fase pré-processual. Tendo em vista que este tipo de

punição considera um amontoado de dados e informações coletadas em diversos espaços de tempo e diversos dispositivos, estes resultados obtidos não são classificados de acordo com tempo ou fases da vida do indivíduo. Um bom exemplo desta face são as instituições médicas/psiquiátricas que privam o sujeito de suas faculdades em razão do uso de tratamentos medicamentosos impostos por força de ordens judiciais.

Em situações como a pandemia de COVID-19, por exemplo, foi possível coletar informações de um sem-número de pessoas ao mesmo tempo, sob o signo de segurança e saúde pública. Contudo, essas tecnologias de observação e vigilância puderam ser utilizadas sem o conhecimento ou consentimento dos observados. Sujeitos de *e-carceration* não foram avisados ou perguntados sobre a utilização das tecnologias, ao contrário do que ocorre quando se está sob monitoramento eletrônico através do uso de tornozeleiras ou ordem judicial para tanto. Frisa-se também que, ainda que despersonalizadas, estas tecnologias, como drones ou reconhecimento facial, tem a capacidade de identificar indivíduos em uma multidão. Quando utilizada em combinação com bancos de dados para identificação de “suspeitos”, os resultados obtidos podem vir a ser desastrosos para a vida do identificado.

Ainda, destaca-se a possibilidade de que o próprio indivíduo, de forma não intencional – por desconhecimento ou despreocupação – pode colaborar com a alimentação desses tipos de bancos de dados e com sua própria privação. O simples fato de uma compra *online*, onde é necessário o preenchimento de dados pessoais, pode estar intensificando ou aumentando o volume de dados coletados por sistemas (estatais ou não) de controle social. A captura e o uso indiscriminado dessas informações pessoais por empresas e grandes companhias passa a incrementar o que ZUBOFF (2020) chama de *capitalismo de vigilância*.

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim,

esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro. (Zuboff, 2020).

2 E-CARCERATION E ENCARCERAMENTO EM MASSA

No Brasil, os estabelecimentos prisionais estão em crise, é sabido: não há vagas suficientes para seus inquilinos, são corriqueiros os relatos de maus-tratos, tortura, violação de direitos humanos da população carcerária e o estado de coisas é, declaradamente, inconstitucional (Brasil, 2015). O déficit de vagas e o recrudescimento do sistema penal, aliados à governamentalidade punitivista do estado brasileiro, tornaram o encarceramento em massa uma amarga realidade contemporânea.

O encarceramento em massa é realidade mundial. As políticas securitárias, adotadas em perspectiva planetária, contribuíram em muito para que as sociedades insistissem em negar o que não lhes convém. Seguindo a mesma lógica medieval, escrutinada por Foucault (1999), ressocialização, reabilitação e retribuição são os elementos que *ainda* legitimam a prisão.

Conforme Andrade (2012), a forma de punição à qual uma sociedade recorre reflete seu modo e suas relações de produção, na medida em que

(...) a pena em abstrato não existe, existem métodos punitivos concretos, e cada método punitivo concreto corresponde a uma dada estrutura social, ou seja, existe uma relação funcional entre pena e estrutura social e cada estrutura social descobre e reproduz, coloca em prática, o(s) método(s) punitivo(s) adequado(s) às suas forças produtivas e às suas relações de produção. A prisão é a pena por excelência do capitalismo, assim como, por exemplo, o açoite foi a pena do escravismo. Todo método punitivo tem por função reproduzir a estrutura social que lhe corresponde e, portanto, a função da prisão é conservar e reproduzir a ordem social capitalista ao lado de outros mecanismos de controle que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a escola. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente, e, portanto, não é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista porque ela é o espelho das estruturas e da ordem, e as reproduz, tanto que a melhor forma de conhecer essa ordem é conhecer a própria prisão. (Andrade, 2012, p. 306).

Se para conhecermos a ordem de uma sociedade é necessário conhecer sua prisão, BORGES (2019) analisa a lógica por trás do encarceramento em massa. Argumenta que é o pilar de manutenção de uma sociedade racializada por excelência, pois, “(...) as prisões são depósitos do que a sociedade marginaliza e nega. (BORGES, 2019. p. 115)”.

O encarceramento em massa tem mudado a dinâmica de comunidades, de milhares de famílias, sem contar a ligação que existe entre esse aumento e a força, cada vez maior, das facções que, inclusive, surgem dentro dos presídios. Se em um primeiro momento como forma de garantir as mínimas condições de sobrevivência nos presídios, o que ainda é uma realidade, isso tem impacto direto no poderio crescente que tem dentro e fora desses equipamentos. Ao passo que dados demonstram as vulnerabilidades sociais das pessoas encarceradas, fica evidente que foram essas exposições e essas ausências que levaram essas pessoas a uma criminalização e uma punição, e não o contrário. Portanto, é de nossa responsabilidade pensar em alternativas, vislumbrar futuros harmônicos e de igualdade radical. (Borges, 2019, p. 117).

Sob o pretexto de driblar o déficit de vagas no sistema prisional, argumento comum para utilização de monitoração eletrônica como medida alternativa reside em defendê-lo como resolução “(...) de menor custo, apta a viabilizar a política de desencarceramento e incentivo à ressocialização dos condenados” (Miranda de Freitas; Pelegrino, 2017). Contudo, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022), são trazidas algumas informações sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas por pessoas privadas de liberdade. Ao contrário da opinião comum, a publicação reconhece que, apesar da ampliação do uso deste tipo de *medida alternativa*, os números de encarceramento no país não diminuíram nem houve efetiva prova de implemento na diminuição do cometimento de crimes.

Além das mudanças na proporção dos tipos de regime de cumprimento de pena, essa edição do Anuário também traz dado inédito sobre o número de presos com uso de monitoramento eletrônico. Conforme se observa, a quantidade de monitorados eletronicamente passou de 6,9% da população carcerária para 9%, sendo hoje 73.105 pessoas nessa condição em relação a 51.897 em 2020. Tal mudança pode estar relacionada com a pandemia e com a maior sensibilização dos tribunais decorrente da Recomendação No 62 do CNJ, conforme já indicado. A política do monitoramento eletrônico tem sido uma das prioridades do Sistema Judiciário, dada o seu baixo custo e a possibilidade de garantir a efetividade do cumprimento dos regimes aberto e semiaberto, que sofriam de um histórico antigo de falta de vagas no Brasil. (...) Deve se atentar, contudo, para o uso que vem sendo feito da tornozeleira eletrônica não apenas como forma de substituição das penas mais restritivas de

liberdade, mas como instrumento de expansão do sistema penitenciário. Medidas de expansão do sistema como o aumento no número de vagas visando a diminuição da proporção entre preso/vaga, demonstram que, de forma geral, o que está sendo feito pelo estado brasileiro são formas de perpetuar e expandir o sistema penitenciário, e não de pensar em alternativas para os delitos cometidos. Vale enfatizar, como apontado acima, o aumento de 7,3% na taxa de encarceramento entre 2020 e 2021, o que significa dizer que, mesmo com a diminuição de pessoas presas no regime fechado, o Brasil encarcerou mais no último ano – colaborando, inclusive, para a intensificação do estado de coisas inconstitucional. (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022).

Na esteira do apresentado no Anuário, o uso do monitoramento eletrônico como “instrumento de expansão do sistema penitenciário” tem sido utilizado e não é possível ignorá-lo.

Algumas pretensiosas possibilidades de salvação deste sistema foram concebidas como “medidas alternativas à prisão”. Estas medidas pretendem a punição de crimes através da imposição de penas que não retirem o condenado do convívio social, e a espécie considerada mais popular de medida alternativa à prisão é a *monitoração eletrônica*, possível através do uso de uma tornozeleira eletrônica – equipamento dotado de tecnologias de monitoramento e localização.

Uma vez que vislumbramos a utilização de máquinas e suas tecnologias como agentes-chave – ou *grandes aliados* – na (pretensa) solução da questão do encarceramento em massa, ratificamos, *novamente*, o que Deleuze (2013) alertara sobre as sociedades de controle, de modo que, segundo ele:

(...) as sociedades de controle operam por máquinas de uma terceira espécie, máquinas de informática e computadores, cujo perigo passivo é a interferência, e, o ativo, a pirataria, e a introdução de vírus. Não é uma evolução tecnológica sem ser, mais profundamente, uma mutação do capitalismo. (Deleuze, 2013, p. 223).

A crescente expansão, desenvolvimento e aprimoramento das tecnologias de rastreamento possibilitou novas criações de aparelhos e dispositivos cujas principais funções (declaradas) residem na *redução da criminalidade* e na *manutenção da segurança*, como drones, câmeras de circuito fechado de TV, *softwares* de reconhecimento facial etc. Tais formas de monitoramento e vigilância foram percebidas pelo poderio estatal, que as acompanhou e as utiliza ao seu favor, sob a escusa de contribuição à tentativa de redução do infatigável encarceramento em massa no país.

Como forma de sanitizar os corredores do sistema prisional e a inerente vigilância *necessária*, utilizamos a tecnologia como alvejante: a percebemos como entidade neutra e onipotente, capaz de aplicar a justiça que o ser humano não alcança, e resolver, magicamente, as crises das quais não conseguimos, até agora, fugir.

De acordo com Borges (2019, p. 71),

É evidente, em diversos documentos e estudos, como a sociedade brasileira imperial reestrutura, recombina e funda instituições, preparando um aparelho estatal que perpetuará desigualdades tendo como cerne, e um dos pilares, a racialização. A modernização do Estado brasileiro era mais um discurso do que uma realidade e se estabelecia, desde o princípio, tendo a exclusão de pessoas consideradas menos do que cidadãos de segunda classe e meros objetos e propriedades. Com isso, não é absurdo afirmar que sequer um status liberal o Brasil conseguiu estabelecer na formação de seu Estado. Ao falarmos de uma perene mentalidade escravocrata em nossa sociedade, estamos falando desses elementos, desses “mitos fundantes” que se remodelam e reconfiguram para manter a estrutura da casa-grande e senzala operando. As “crises” dos sistemas prisional e criminal sequer poderiam ser denominadas como tal, porque se tratam, na verdade, de uma engrenagem funcionando a todo vapor pela manutenção de hierarquias sociais constituídas e indissociadas do elemento racial.

Nesta esteira, conforme aponta reportagem publicada pelo portal The Intercept Brasil³, “90% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros”. Não se deve esquecer que os *softwares* de *machine learning* são criados e programados por seres humanos – imbuídos de vieses tendenciosos e preconceituosos, inerentes a alguém que está no mundo. Não é possível dissociar o viés social e humano das *máquinas* e suas programações: o apagamento do humano por trás destas *criações* e *progressos* é um desfavor à conscientização social sobre *o que são e como criar resistências* a estes novos dispositivos.

³ NUNES, Pablo. Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros: Rede de Observatórios de Segurança monitorou a tecnologia de reconhecimento facial em cinco estados. Resultado: além de ineficiente, sistema agrava o encarceramento de negros. **The Intercept Brasil**. Publicado em 21 nov. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Sustentamos aqui que um fator chave para o alargamento da percepção de salvação proposta pelo monitoramento eletrônico é, justamente, a luta contra o encarceramento em massa da maneira como ela se dá. Tendo em vista a situação atual de *crise* dos sistemas penal e carcerário pátrios, é premente o desejo coletivo de solução desta mazela social. Em razão disso, soluções rápidas são clamadas e encorajadas o tempo todo. Daí a *ajuda* da tecnologia.

Criadores de políticas públicas e tomadores de decisões em face do enfrentamento ao encarceramento em massa entenderam que este é um fenômeno incômodo e que precisa ser contornado. Diante disso, são vislumbradas as *medidas alternativas* – “alternativas”; é claro, ainda dentro das entranhas do estado de coisas e possibilidades do sistema prisional *existente*. O uso de tornozeleiras eletrônicas, portanto, previsto em legislação brasileira, parece agradar a todos: alivia o contingente populacional das instalações prisionais físicas, permite ao Estado que responda rapidamente às demandas de sua sociedade e ainda possibilita às empresas do ramo de tecnologia que contraiam contratos públicos de fornecimento e suporte a estes dispositivos. E, sobretudo, *é melhor que estar na prisão*.

Contra intuitivamente, o monitoramento eletrônico deve ser percebido como uma ferramenta capaz de aprofundar as mazelas sociais inerentes ao encarceramento em massa, reproduzindo *extramuros* as condições tortuosas impostas a certos recortes populacionais. Não como um reflexo, mas um *aprimoramento do estado da arte*, com novos implementos tecnológicos.

A forma mais utilizada e conhecida *para aliviar os contingentes* é a aplicação de punições de prisão domiciliar combinada com o uso de tornozeleiras eletrônicas. Estes aparelhos, capazes de monitorar a localização de seus usuários, são dotados de tecnologias GPS e conexão à Internet, e coletam dados e informações, *em tempo real*.

No Brasil, estas tecnologias e dispositivos foram incorporadas à rotina de vigilância policial, adicionando aparato tecnológico à atual e problemática sociedade de controle. Não só as tornozeleiras servem ao monitoramento, mas tecnologias como drones, câmeras de vigilância pública, circuitos fechados de TV etc., e especialmente o uso de câmeras de reconhecimento facial. *Naturalmente*, o intento

segue perseguindo a *diminuição* ou o *combate à criminalidade*, sob alegações de que, com a expansão de seu uso, as forças de segurança estatais teriam maiores possibilidades de identificação e a consequente prisão de indivíduos de comportamento suspeito e de autores de condutas criminosas.

A concepção de que a tecnologia poderia aumentar a eficiência da *segurança pública*, bem como a percepção do aprendizado de máquinas (*machine learning*) e de seus desdobramentos *smart* como invenções neutras, livres de ideologia, faz parte do imaginário social. Afinal, soluções, *a priori* entendidas como meramente *técnicas* e, portanto, *neutras*, ao serem vendidas, normalizadas e legitimadas como espécie de “solução para problemas sociais”, são incluídas e tem seus usos validados no cotidiano social – inclusive no policial. Neste recorte, é elemento fundamental quando seus usos são destinados a alimentar bancos de dados estatais, coletando informações e dados biométricos da população – sem limites ou fronteiras. Entretanto, apesar de parecer uma *solução mágica destinada a estabelecer a paz social*, sua utilização é perpassada por uma série de controvérsias e desconfianças.

Muito aquém do que a exploração do tema demanda, cabe por certo não arredar pé, para se encontrar uma posição firme, da premissa básica extenuantemente vista até agora: os substitutos penais não respondem à atenuação da prisionalização e não servem de válvula de escape para o número de vagas no sistema ou outro efeito análogo. (Amaral, 2011, p. 400).

Considerando estas ponderações, imperioso é voltar olhares a esta tendência crescente de aplicação da tecnologia e de seus desdobramentos como pretensas soluções a problemas sociais: é necessário entender qual é sua real contribuição ao Estado – principalmente às suas capacidades punitivas. Enfrentar as novas realidades de controle social tecnológico, sem pretender qualquer de seus frutos como *arauto de salvação*.

Aqui, o monitoramento eletrônico em suas variadas possibilidades e existências não é entendido como uma forma milagrosa e efetiva de *desencarceramento*, mas, sim, como uma nova espécie de punição. É percebido como maneira de expansão do alcance da capilaridade punitiva estatal, uma vez que transcende os limites *intramuros* das instituições totais.

O aprimoramento dessas tecnologias de monitoramento e vigilância cria subjetivações e novos ecossistemas à sua volta. Há que se considerar, ainda, a mentalidade das pessoas por trás de todos esses “progressos desenvolvimentistas”. Tais novas formas de controle social não são orgânicas, *naturais*: foram concebidas por alguém e seu uso foi subvertido à vigilância *também por alguém*.

É a utilização de dados e informações como matéria-prima voltada a mercados, grandes corporações e aumento do controle social sobre indivíduos. É neste desdobramento de uso destes dispositivos capazes de coletar dados e informações biométricas de quem os está utilizando, que reside o já referido *capitalismo de vigilância*.

3 SOBRE SOCIEDADE DE CONTROLE E E-CARCERATION: UMA NUVEM DE MISTÉRIOS

Encontramo-nos numa crise generalizada de todos os meios de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família. (...) Os ministros competentes não param de anunciar reformas supostamente necessárias. Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo. Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. “Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virilio também analisa sem parar as formas ultra-rápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado. (Deleuze, 2013, p. 220).

O argumento central da utilização de tecnologias de monitoramento e rastreamento pelo sistema prisional reside na pretensa redução dos efeitos do cárcere, do déficit de vagas e na redução de custos de manutenção das instituições prisionais.⁴ Entretanto, há que se considerar que a expansão do uso deste tipo de

⁴ “O levantamento sobre as legislações internacionais e a lógica comparativa com o Brasil, apenas ressaltou a atual – e já desatualizada – conjuntura de aplicabilidade do instrumento na execução penal brasileira, essencialmente em relação ao quadro em que ele está

máquinas e aplicações assevera a permeabilidade do cotidiano por construções algorítmicas não tão claras ou conhecidas da população diretamente impactada.

Deleuze (2013, p. 222) argumenta que nas sociedades de controle “(...) os indivíduos tornaram-se “*dividuais*”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou “bancos”. Temos, no *e-carceration*, uma amostra fiel àquilo que Deleuze referiu-se anteriormente: ao transformar massas populacionais em dados biométricos, informacionais, algorítmicos, coletados, armazenados e perfilados por grandes corporações, a experiência humana daquele ser fica pelo caminho. Inegavelmente, é mais eficiente ater-se às informações binárias sobre uma existência, *zeros e uns*, simplificando-a, do que à toda uma subjetividade social e socializante do sujeito que está ali representado.

“Nos tornamos pontos de dados renderizados em uma tela, em uma fórmula algorítmica, vivendo não na rua ou em uma casa, mas em bancos de dados ou em realidades processadas por computadores. Nós adquirimos uma vida digital própria” (Kilgore, 2022, p. 22, tradução livre).

Em razão da maneira pela qual (*ainda*) legitimamos o sistema penal e carcerário atuais, viver sob a tutela permanente do Estado, em uma sociedade de controle tecnológico é a melhor opção? Há opção viável de resistência ao dito “progresso tecnológico”?

Importante é trazer ao debate a forma através da qual as fronteiras foram, são e seguem sendo borradas: a mera *vigilância* não seria mais suficiente para definir ou compreender o uso e o alcance que as novas tecnologias têm na vida cotidiana. O uso destas tecnologias faz parte de essência da vida contemporânea, sendo praticamente *impossível* seu descolamento das realidades individuais ou socializadas. Neste sentido, Menezes Neto (2014) contribui para o debate, afirmando que a tecnologia é aspecto indissociável da vida contemporânea.

inserido na prática criminal, isto é, como um “benefício”, uma simples medida alternativa ligada à execução da pena, o que impede sua exploração como verdadeira pena autônoma, para uma possível redução dos efeitos do cárcere e do déficit de vagas.” (Vieira, 2021, f. 147).

A tecnologia, antes de causa, é instrumento para coletar, armazenar, processar, classificar e transmitir informações. Ao invés de ser um aspecto externo – como nos remete a ideia de “vigilância” – a tecnologia é parte da textura que compõe a vida nas sociedades contemporâneas. (Menezes Neto, 2014).

O monitoramento eletrônico de pessoas é uma forma de aumento da extensão da rede do poder punitivo aniquilante do Estado e, portanto, não deve ser considerado como alternativa viável ou medida *milagrosa e revolucionária* para o desafogamento do sistema prisional. Um dos riscos inerentes à prática de monitoramento eletrônico é o de que as pessoas sob este tipo de tutela sofram com mais uma camada de punição: seus sofrimentos, desdobramentos de uso e restrições de movimentação geográfica podem recair sobre as existências de seus entes queridos, de forma que estes cumpram espécie de pena por ações e condutas que não lhes caberia. É cediço que a pena cominada é pessoal e intransferível, conforme afirma o §3º, art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “(..) A pena não pode passar da pessoa do delinquente.” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969) – afirmação recepcionada pela Constituição Federal Brasileira (1988), em seu art. 5º, XLV⁵.

Ainda neste sentido,

Nunca se pode interpretar uma lei penal o sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. (Zaffaroni; Pierangeli, 2008. p. 156).

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

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) (Brasil, 1988)

Seguindo esta linha de possíveis violações de direitos humanos através do emprego de tecnologias contemporâneas, é necessário voltar os olhares para as diferentes formas de violações. Há a possibilidade, conforme Menezes Neto (2014), de “(...) identificação, rastreamento, monitoramento e análise de informações relativas aos detalhes da vida íntima e da identidade das pessoas(...)”, e “(...) em razão das práticas de coleta, armazenamento, processamento, individualização e classificação das pessoas em determinados grupos (...)”.

A reprodução sistemática de uma lógica punitivista estatal, aliada à utilização de tecnologias de funcionamento obscuro e desconhecido com o objetivo de punição *continua refletindo* a preocupação com a *punição*. A permanente adoção e sustentação de um sistema que é concebido prevendo sua adequação constante ao contexto histórico em que está inserido⁶ não poderia facilmente ser contornada. Acredita-se, pois, na impossibilidade de pretensa reforma das punições sem, de maneira comprometida, refletir sobre o modelo de sistema penal vigente. De acordo com Rosa e Amaral (2017, p. 23-24),

A política dos *substitutos penais* – meios de *defesa social*, não esqueçamos ao fundo – assim, não elide a centralidade na punição do dispositivo da prisão. O centro do “arquipélago carcerário” é – pelo contrário, ao se reproduzir sua lógica – relegitimado, reforçado e ratificado. São aditivos às prisões que, quando não se tornam meros prolongamentos do encarceramento, esgarçar a rede de controle social formal. Por um lado, a extensão da rede de vigilância é ampliada; não se enfraquece a prisão que, por outra via, acaba por sair revigorada em sua função.

⁶ Sobre a flexibilidade da prisão, asseveram Rosa e Amaral (2017, p. 25) que “A história do sistema penal, em alguma medida, sempre foi a história da sua própria metamorfose. A sua reconfiguração é a da sua própria lógica. A própria prisão, (...), sempre utilizou-se desta propriedade de forma magistral: nasceu com o objetivo pautado pela sua perene reforma, ela é como que seu programa, e não tardará em se dar conta do momento de se “flexibilizar” para não perder sua centralidade. Ignorar a dinâmica expansiva do poder punitivo, menosprezar que algum *dispositivo* que for lançado nestas engrenagens, ainda que dotado das melhores intenções, incorporará e não ficará privado de suas propriedades estruturais, é ficar afeito a um delírio infrutífero.”.

Enquanto o corpo social mantiver o desejo comum de ver o indesejável punido, *aniquilado*, não é possível considerarmos métodos tecnológicos avançados para auxílio e contenção às vontades de vigilância, monitoramento, supervisão e exclusão. Compartilhamos as inquietações com Carvalho (2010), quando assevera que

A comprovabilidade empírica da hipótese central da criminologia crítica em relação aos substitutivos penais no Brasil demanda importantes questionamentos e novas reflexões no que diz respeito às estratégias político-criminais alternativas. A principal diria respeito à eficácia dos substitutivos como mecanismos de ruptura com a lógica carcerária. Questão empírica derivada é a que indaga se os instrumentos substitutivos, em nossa realidade, minimizaram o impacto das políticas punitivistas. (Carvalho, 2010).

O avanço constante das tecnologias de monitoramento e controle empregadas pelo estado brasileiro não são acompanhados pela população – talvez nem amplamente conhecidos ou divulgados. Os resultados destas novas modalidades de segregação transbordam os limites dos estabelecimentos prisionais, sendo capazes de criar e *rankear* regiões inteiras conforme a *classificação* de seus frequentadores – sob os olhares confusos, desviados e desviantes da sociedade.

Somos alertados para a massiva coleta de informações realizadas por aplicativos, *softwares* e programas interligados a redes e bancos de dados de agências de controle e vigilância estatais. Tais informações são processadas, armazenadas e, inevitavelmente, utilizadas para identificação, manutenção de segregação e exclusão de comunidades inteiras consideradas indesejáveis pelo corpo social em que habitam, sempre sob o signo da *manutenção da segurança pública*.

Por possibilitar a expansão do alcance punitivo das forças policiais, toda conduta tipificada, praticada em *qualquer lugar*, pode ser facilmente localizada e ter seu suspeito identificado e punido. Mecanismo imprescindível e extremamente útil

ao aprimoramento da gestão das criminalidades⁷ pela força policial estatal: tanto para satisfazer ânsias e clamores sociais por punição, quanto para estabelecer quais níveis de criminalidade são *toleráveis* e quais não são.

Práticas de vigilância e monitoramento de pessoas sem que, necessariamente, estejam física ou processualmente confinadas em instituições totalizantes estão se tornando cada vez mais recorrentes em todo o mundo. Com o ápice da pandemia de COVID-19, muitos Estados optaram por, em nome da segurança e da saúde de suas populações, rastrear indivíduos através do GPS de seus celulares, para que fosse possível a obtenção de informações sobre contato com possíveis outros infectados, por exemplo. Na recorrência deste tipo de prática, é possível inferir que, ao passo do progresso tecnológico, mas sem perder de vista a *imponência* das instituições totalizantes destinadas à *ressocialização do criminoso*, estamos caminhando em direção a um sistema híbrido de punição.

A combinação da crescente oposição ao encarceramento em massa, a evolução das tecnologias de *e-carceration* e a intransigência daqueles que permanecem leais aos complexos penitenciários-industriais está nos levando em direção a um sistema híbrido de punição. Este híbrido conterà duas partes: a primeira são as prisões existentes, os centros de detenção para imigrantes e outras instituições carcerárias que continuarão a, fisicamente, confinar pessoas sob a autoridade dos sistemas criminal e de segurança nacional. Podemos chamar o segundo componente de “prisões a céu aberto” (*open-air prisons*), ou uma coleção de instituições, programas e práticas que existem fora das paredes das prisões tradicionais. Algumas destas, como *probation* e *parole*⁸, estão diretamente

⁷ DA ROSA e AMARAL (2017, pp. 25-26) exemplificam: “A sua vez, pensar em chamar todos aqueles “refugos” do corpo social (seja para demonizá-los ou “heroizá-los”), de *marginais* seria facilmente esquecer a posição central que engendram no sistema (penal). Nunca ausente o alerta de Foucault ao afirmar: ainda que olhos complacentes enxerguem nestas *marginas* as marcas da “*fronteira da exclusão*” social, poucos atentam que *elas* mesmas são “*espaços discretos e ensurdecidos*” que permitem a lei mais austera se aplicar. Por onde *elas* circulam são locais completamente alheios ao lirismo que *as* imagina como um “fora”, mas são os próprios intervalos internos, pequenos interstícios que permitem o funcionamento da *gestão das ilegalidades* pelo sistema penal. Em algum sentido, faz parte da miríade da inclusão, da dinâmica da sociedade na qual o sistema penal desempenha o papel de gerenciar seletivamente quais serão as ações toleradas ou não, mesmo que ilegais.

⁸ Não há equivalência no direito brasileiro para os institutos “*probation*” e “*parole*” presentes no direito norteamericano. Contudo, pode-se traçar um paralelo entre “*probation*” e o instituto de “suspensão condicional da pena” (*sursis*), previsto no art. 77 do Código Penal, bem como entre

ligadas ao sistema de justiça criminal; enquanto outras, como programas de abuso de substâncias e casas de acolhimento, fazem parte da ampliação da rede de serviços sociais que seguem uma aproximação punitiva, em vez de uma abordagem restaurativa, transformativa ou mesmo reabilitativa. (Kilgore, 2022, p. 140, tradução livre).

Atento à aplicação de vigilância(s) sobre o existir de apenados, Wacquant (2001) já refletia sobre atualizações nas possibilidades de penalização, quando adverte que

Por outro lado, além das penas ditas intermediárias, tais como a prisão domiciliar ou em um centro disciplinar (*boot camp*), dos “testes intensivos” e da vigilância telefônica ou eletrônica (com a ajuda de grampos e outros dispositivos técnicos), a autoridade do sistema penal se ampliou consideravelmente, graças à proliferação dos bancos de dados criminais e à decuplicação dos meios e dos pontos de controle à distância que estes permitem. Nos anos 70 e 80, sob impulso da Law Enforcement Administration Agency, organismo federal encarregado de ativar a luta contra a criminalidade depois que esta se converteu em tema-fetiche dos políticos em campanha, as polícias, tribunais e administrações penitenciárias dos 50 estados implantaram bancos de dados centralizados e informatizados, que já proliferaram e todas as direções. (Wacquant, 2001, p. 84).

Ainda, anuncia a guinada ao passado que objetivos e resultados da punição sofreriam, bem como percebe e alerta acerca *da nova sinergia entre as funções de “captura” e de “observação” do aparelho penal* (Wacquant, 2001, p. 86):

Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal da reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 70 e de sua substituição por uma “nova penalogia”, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas *isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos* mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de “detritos sociais” que com trabalho social.

“parole” e o benefício “livramento condicional”, art. 83, Código Penal e 131, da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984).

Alexander (2012), advogada e ativista, argumenta que o sistema penal depende do rótulo de criminoso que é conferido a alguém, não ao tempo que alguém possa ter passado, efetivamente, na prisão.

A partir do momento em que uma pessoa é rotulada como criminosa, ele ou ela é introduzido num universo paralelo onde discriminação, estigma e exclusão são perfeitamente legais e privilégios da cidadania, como votar ou ser jurado, estão fora de cogitação. Não importa se você realmente passou algum tempo na prisão; sua cidadania de segunda classe começa no momento em que você é marcado como criminoso. É o distintivo da inferioridade - o registro do crime - que relega às pessoas, por toda a vida, o status de cidadão de segunda classe. (Alexander, 2012, p. 94, tradução livre).

O estigma socialmente conferido a quem relaciona-se com o sistema penal permanece durante toda sua existência civil. Nos Estados Unidos da América ou no Brasil, a mera acusação de conduta *ilegal* garantirá ao sujeito o rótulo de criminoso, independentemente do cumprimento ou não de pena privativa de liberdade. As inúmeras possibilidades eletrônicas e *smart* de manter estas pessoas sob vigilância estatal, *na espreita* de eventual cometimento de crime que possa levar-lhe, efetivamente, ao estabelecimento prisional parece tentadora às ânsias populistas e punitivistas. *E por que não?* Para manter a sociedade *segura* e longe daqueles que possam perturbar a ordem e tirar sua paz, a utilização da vigilância e do monitoramento eletrônico ininterrupto seduzem.

Relegando a recortes populacionais específicos o estigma de *cidadãos de segunda classe*, ou, ainda, espécie de *casta inferior*, dificultando o acesso destes sujeitos a (busca por) trabalho, educação, saúde e direitos fundamentais, de modo a ser perfeitamente possível que estes indivíduos acabem por formar bairros, comunidades e regiões com estas características. Comunidades inteiras viram alvos e destinatários de tecnologias voltadas ao monitoramento constante, ao policiamento ostensivo e à espreita de qualquer equívoco que possa vir a ser punido.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness**. New York: The New Press, 2020.

AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 98, p. 385-411, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 mar.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09/09/2015, processo eletrônico DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In.*: GAUER, Ruth Maria Chittó. (org.); LOPES JR. Aury Celso Lima. [et. al.] **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora 34, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. (Brasil). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**: electronic monitoring, the surveillance state, and the future of mass incarceration. New York: The New Press, 2022.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, v. 939, p. 159-182, jan. 2014. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 26 mar. 2023.

MIRANDA DE FREITAS, C. R.; PELEGRINO, F. W. Anotações sobre o Monitoramento Eletrônico de Presos no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia**, v. 44, n. 1, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v44n1a2016-35888>. Acesso em: 02 out. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. 3ª edição revista e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VIEIRA, Thainá Rodrigues. **O Monitoramento Eletrônico De Presos Como Alternativa Aos Regimes Aberto E Semiaberto**: Uma Possibilidade Frente Ao Déficit De Vagas Do Sistema. 2021. Escola De Direito Programa De Pós-Graduação Em Ciências Criminais Mestrado Em Ciências Criminais PUCRS, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/10088/8/DIS_THAINA_RODRIGUES_VIEIRA_COMPLETO.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: A Luta por um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2020.

A PROMESSA DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF ENQUANTO A OMISSÃO SE MANTÉM: POR QUE CONTINUA TÃO DIFÍCIL A PERSECUÇÃO CRIMINAL DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL

THE PROMISE OF THE “ADO Nº 26/DF” AND THE “MI Nº 4.733/DF” ON BRAZIL’S JURISPRUDENCE WHILE THE OMISSION REMAINS: WHY THE CRIMINAL PROSECUTION OF HOMOTRANSFOBIA REMAINS SO DIFFICULT IN BRAZIL

LA PROMESA DEL “ADO Nº 26/DF” Y “MI Nº 4.733/DF” MIENTRAS LA OMISIÓN PERMANEZCA: POR QUÉ LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA HOMOTRANSFOBIA SIGUE SIENDO TAN DIFÍCIL EN BRASIL

Solon Flores Bessony de Sousa¹

RESUMO

O presente artigo busca questionar o porquê permanece tão difícil a persecução criminal da homotransfobia no Brasil, mesmo após o julgamento da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF. Indaga-se de que modo tal julgado repercute na praxe das Delegacias de Polícia e nas Varas judiciais, além de investigar quais os desafios ordinários da persecução penal do racismo e quais as controvérsias específicas que a discriminação sexual e de gênero demanda dos operadores do Direito, ratificando o entendimento da discriminação sexual e de gênero como uma das espécies de racismo social e político, compreensão já adotada pelo STF desde o julgamento do HC 82424/RS no ano de 2003.

Palavras-chave: Violência homotransfóbica; Racismo; Discurso judicial; Criminalização da homotransfobia; Habeas Corpus n. 82424/RS.

¹ Pós-Graduando em Direito Público Municipal pela Universidade Católica de Salvador (BA). Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (BA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8881471444144460>. E-mail: solonbflores@gmail.com.

ABSTRACT

This article seeks to question why the criminal prosecution of homotransphobia remains so difficult in Brazil, even after the judgment of the “ADO nº 26/DF” and the “MI nº 4.733/DF” by the Brazilian’s “STF” Court. In questioning in what way such judgment has repercussions in the practice of Police Stations and in the Judicial Courts, in addition to investigate what are the challenges of the criminal prosecution of racism and what are the specific controversies that sexual discrimination and gender demand from Law operators, ratifying the understanding of sexual and gender discrimination as one of the types of social and political racism, understanding already adopted by the STF since the judgment of the “HC 82424/RS” in the year of 2003.

Keywords: Homotransphobic violence; Racism; Judicial speech; Criminalization of homotransphobia; “HC 82424/RS”.

RESUMEN

Este artículo busca cuestionar por qué la persecución penal de la homotransfobia sigue siendo tan difícil en Brasil, incluso después de la sentencia de ADO nº 26/DF y MI nº 4.733/DF. Se indaga de qué manera dicha sentencia repercute en la práctica de las Comisariías y de los Tribunales Judiciales, además de investigar cuáles son las impugnaciones ordinarias de la persecución penal del racismo y cuáles son las controversias específicas que la discriminación sexual y de género demandan a los operadores del Derecho, ratificando el entendimiento de sexualidad y género discriminación como uno de los tipos de racismo social y político, entendimiento ya adoptado por el STF desde la sentencia HC 82424/RS en 2003.

Palabras clave: Violencia homotransfóbica; Racismo; Discurso judicial; Criminalización de la homotransfobia; Hábeas Corpus n. 82424/RS.

Data de submissão: 23/06/2023

Data de aceite: 23/08/2023

1 INTRODUÇÃO

Uma vez considerado o sistema jurídico como um organismo que se efetiva tanto na produção normativa quanto na operação concreta no campo prático, existindo na correlação entre um plano das normas e dos fatos e sendo linguisticamente concretizado nos mais variados fatos jurídicos, torna-se

possível constatar como sua linguagem técnica condiciona algumas praxes sociais. A linguagem constitui, nesse sentido, uma das instituições humanas resultantes da vida em sociedade, estando aqui incluído o Direito como uma das formas sociais institucionalizadas que se manifesta através dela, a qual possibilita e proporciona a sua existência. A expressão “Direito como linguagem” deve, então, ser compreendida como uma prerrogativa da juridicidade que permite constituir as relações jurídicas no campo pragmático, constituindo o que Alexy (2001, p. 211) denomina de um caso especial de argumentação prática geral.

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao trato dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, principalmente os de dispor de sua própria sexualidade e identidade de gênero, expressões de sua autonomia, um dos grandes problemas que se vivencia é como as normas jurídicas estão dispostas e até mesmo de como o nosso sistema está organizado para atender as demandas daquela comunidade e o que se verifica na experiência nacional é que a sociedade brasileira foi formada por um pilar homotransfóbico, definindo um padrão binário como paradigma a ser seguido, o que implica assumir a heterossexualidade e uma identidade cisgênero sempre como únicas opções possíveis.

É tanto que ainda não existe uma lei própria contra a discriminação sexual e de gênero no país, ou seja, mesmo com os comandos normativos previstos na Constituição de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, o Congresso Nacional se omite em tutelar própria e especificamente a homotransfobia.

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que tal prática preconceituosa, enquanto perdurar o estado de mora legislativa, deverá ser equiparada ao crime de racismo previsto na dita lei nº 7.716/1989, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733. O Relator da ADO nº 26, Ministro Celso de Mello, entendeu que a homotransfobia configura uma modalidade de

racismo político e social, em conformidade com a definição de racismo já adotada pela Corte em outra ocasião (o julgamento do “Caso Ellwanger” no Habeas Corpus (HC) 82424/RS, julgado pelo STF em 17/09/2003), visando conceder a mesma proteção jurídica.

Este artigo busca, dessa forma, explorar o porquê que ainda permanece difícil a persecução criminal da homotransfobia, mesmo após o julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020), investigando quais são os fatores, tanto a nível institucional quanto estrutural, que ainda obstam a máxima efetividade das teses lá aprovadas pelo STF.

Isso porque, apesar da decisão tomada, tem-se que a praxe das delegacias e dos tribunais ainda não alcançou todos os efeitos desejados, não combatendo corretamente o preconceito, a intolerância e a violência que pessoas LGBTQIAP+ são submetidas no Brasil. Questiona-se, assim, quais os fatores que obstam a máxima efetividade da persecução penal da homotransfobia, dificultam a punição da discriminação sexual e de gênero, facilitam a tolerância com esse comportamento preconceituoso e flexibilizam as teses aprovadas pelo STF no referido julgado, tornando meramente simbólica a promessa da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020).

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO NA SEARA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: DISCURSO *QUEER* COMO UM CASO ESPECIAL DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Preliminarmente, de modo a ressaltar a relevância do correto entendimento acerca da diversidade sexual e de gênero na hermenêutica judicial, destinar-se-á este momento inicial para o debate de alguns conceitos fundamentais sobre o discurso *queer* e de como ele não só se baseia, mas também necessita do procedimentalismo-argumentativo alexyano.

Por *queer*, de um modo geral, deve-se entender aquele que não se identifica com expressões dos sexos e gêneros heteronormativos, vindo a palavra do termo inglês que pode ser traduzido como estranho, “torto e desviado”, mas hoje ressignificado, de modo a se considerar que o gênero e a

identidade sexual são construídos social e culturalmente, variáveis, portanto, não sendo determinada por fatores biológicos. É um “conceito guarda-chuva”, assim como o “LGBTQIA+” ou “LGBTI+”, inclusive incluído pelo primeiro deles, mas preferível, principalmente por abarcar maiores identidades de gênero e sexo que as letras elencadas na sigla.

Esse é o *queer* enquanto sujeito e identidade, mas o *Queer*, enquanto movimento, surge nos Estados Unidos na década de 1980, influenciado pelo pós-estruturalismo francês, contrapondo criticamente os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e a política identitária dos movimentos sociais existentes até então, marcados, inclusive, por uma óptica similar à heteronormativa de se normalizar a posição sexual e neutralizá-la do ponto de vista político hegemônico (Miskolci, 2012, p. 22).

Reitera-se aqui essa preferência, dada a superação que as correntes *queers* promovem em comparação com outras correntes identitárias, porque os movimentos gays e lésbicos precedentes à Teoria *Queer* visavam criar, em um primeiro momento, uma identidade homossexual unívoca que pudesse ser aceita e integrada à sociedade, uma identidade normativa de sujeito gay, mas que ainda expressasse uma masculinidade nos moldes tradicionais para obter êxito em sua socialização.

O *Queer*, diferentemente, promove uma ruptura com a definição de uma identidade dentro do rol restrito das identidades já aceitas e legitimadas: homem ou mulher, hétero ou homo, desafiando essas dicotomias e problematizando as compreensões clássicas do que é um “sujeito” e do que é uma “identidade”, superando a estabilidade e coesão esperados de um sujeito central e determinado, e evitando, ao máximo, a formação de “*uma política de identidade pode se tornar cúmplice do sistema contra o qual ela pretende se insurgir, os teóricos e as teóricas queer sugerem uma teoria e uma política pós-identitárias*” (Louro, 2013, p.47).

Nessa perspectiva, os estudos *queers* se destacam, sobretudo, nas considerações sobre a travestilidade, a transgeneridade e a intersexualidade,

bem como a qualquer grupo pertencente a uma cultura sexual não-hegemônicas, sendo mais amplo, portanto, do que o termo LGBTQIA+.

Feita essa ressalva inicial, adotar-se-á neste trabalho ora o termo “*queer*”, como sujeito e movimento social, ora a sigla “LGBTQIAP+” ou “LGBTI+”, para a comunidade. Por conseguinte, ainda no tocante ao que Regina Facchini (2005) apelida, respeitosa e didaticamente, de “sopa de letrinhas”, torna-se possível também atestar que a comunidade LGBTQIAP+ não deve ser entendida como uma coletividade homogênea, ao revés, é uma comunidade caracterizada pela diversidade de seus integrantes, composta pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos com elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Ter esse universo conceitual como premissa ajuda a derrogar a ideia, já consolidada, da designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, que diz respeito à sua conformação física e anatômica pautada na mera verificação de fatores genéticos, gonadais, genitais ou morfológicos, como a observação de aspectos físicos externos, constatação de cromossomos femininos ou masculinos, ovários ou testículos etc.

De fato, a categoria “sexo” existe, porém não pode ser utilizada como forma de limitar as mais diversas identidades sexuais, muito menos as de gênero, afinal, o “sexo” não se confunde com este último. O gênero, dissociado dos caracteres biológicos, é assentado em fatores psicossociais e culturais, referindo-se à expressão da masculinidade e da feminilidade dentro de determinada sociedade, isto é, o gênero é construído socialmente a partir das relações sociais que são atribuídas entre os homens, mulheres e entre homens e mulheres.

Toda essa contextualização é necessária para sempre se ter em mente ao longo da leitura deste artigo que a linguagem, e principalmente a argumentação jurídica, podem servir como verdadeiro abuso de poder de uma política discriminatória relacionada aos direitos LGBTI+. A linguagem, vale lembrar, é “*a instituição social que supera todas as outras. Representa o mais*

poderoso instrumento de controle da sociedade sobre todos nós” (Berger; Berger, 2004, p. 163) desempenhando um papel quase que pedagógico dentro do que convém à própria sociedade, sendo ela um dos primeiros instrumentos de formação da subjetividade do indivíduo.

Nesse diapasão, a língua se torna um verdadeiro instrumento de socialização, incorporando sujeitos a sociedade, garantindo que ele tenha acesso à vida em coletivo, apesar de, para tal feito, alterá-lo em sua dimensão individual. Esse processo de socialização não é neutro, possuindo a linguagem uma carga valorativa e ideológica expressiva, indo desde o momento em que o indivíduo é socializado até o momento de perpetuação dessa sociedade na história, alcançando aqui as ciências e as instituições sociais, como dito. Essa linguagem produz conceitos, métodos e ciências, em especial a Antropologia, que colaboram com o nivelamento da cultura e com a exclusão de qualquer linguística que não a heteronormativa (Suárez, 1997, pp. 43-44).

Os conceitos e proposições lançados no cotidiano humano estão marcados pela binariedade na língua, o que colabora com a opressão de pessoas trans, não-binárias, intersexos e aquelas cujo gênero é não-conformante. O Direito, como toda ordem social, não foge a esse dado. Ele, além de ser um objeto cultural, é também um objeto linguístico, residindo aí duas portas de entrada para o abuso de uma normatividade cisgênero (a língua e a cultura), catalisando, dessa forma, os problemas destacados anteriormente de nivelar a identidade cultural e subjetiva das pessoas e perpetuar uma binariedade demarcatória.

Assim, percebe-se que modo o problema da concretização de direitos e garantias das pessoas *queers* está ligado como o modo que o sistema jurídico está organizado e positivado, principalmente no espaço do discurso jurídico, a depender da teoria e técnica hermenêutica utilizada. E, tendo o Direito uma língua própria, e sendo ele uma espécie de discurso, há, pois, de ser construído argumentativamente, como reconhece a Teoria da Argumentação de Robert Alexy na Ciência Jurídica.

De modo geral, o hermenêuta destaca o problema da justificação das sentenças normativas evidenciando que a imprecisão do direito como um objeto linguístico e a possibilidade de conflitos entre normas ou a de não haver norma prevista para o caso, funcionam como empecilhos para a aplicação das normas positivas e consequente concretização dos direitos. Isso o leva a construir uma Teoria sobre o Discurso Jurídico como um caso especial do Discurso Prático Geral (Alexy, 2001, p. 211), analisando de que forma, argumentativamente, se pode justificar regras, seja internamente em relação ao ordenamento jurídico ou externamente em relação às demandas da sociedade.

Destarte, o autor dá especial atenção à pretensão de correção que a argumentação e o discurso jurídico desempenham sobre o Direito, efeito causado a partir da consideração de premissas de regras de leis positivas, premissas de afirmações empíricas e premissas que não são nem regras de lei escrita nem afirmações empíricas (Alexy, 2001, p. 224), e mesmo que ampliando demasiadamente o campo de justificação do Direito, definindo de que modo o julgador deve manter uma decisão que seja racionalmente justificável.

Em suma, para a questão dos direitos das pessoas *queers*, não basta somente um processo indutivo silogístico no trato dos direitos positivados, como teorizam os positivistas, devendo-se deslocar o foco do julgador para um ambiente mais concreto para a operação do fenômeno jurídico, a própria decisão judicial, observando o procedimentalismo argumentativo alexyano. Nesse contexto, a busca pelo combate efetivo à discriminação sexual e de gênero no bojo da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020) foi discursivamente conduzida pelo STF, viabilizando argumentativamente, nos moldes alexyanos, a identificação do comportamento heteronormativo segregativo e o reconhecimento da homotransfobia como uma forma contemporânea de racismo social.

No que se refere a essa argumentação prática geral, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu na ADO nº 26, partindo da praxe *Queer*, que a transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não podem ser arbitrariamente negados, pois estão agasalhados pela abertura valorativa da

Carta Política de 1988, sendo que a autodeterminação do próprio gênero qualifica-se como poder fundamental daquele que compõe o grupo LGBTQIAP+, “*poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos*” (Brasil, 2019, p. 52-53, grifo próprio).

Esse julgado, como se verá a seguir, constitui um grande exemplo de como a Suprema Corte brasileira adotou, a partir do discurso jurídico, a discriminação sexual e de gênero como um caso específico de racismo, conciliando, por meio de uma argumentação prática, tanto as premissas do ordenamento quanto da moral comunitária, justificando sua decisão interna e externamente.

3 PORQUE É POSSÍVEL FALAR EM “RACISMO HOMOTRANSFÓBICO”?: DISSECANDO A ADO Nº 26/DF E O MI Nº 4.733/DF

Em 13 de junho de 2019, o STF decidiu, como resultado da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733 (Brasil, 2020), que as práticas LGBTI+fóbicas se enquadram na lei nº 7.716/1989, fazendo com que o movimento LGBTI+ compartilhasse com os movimentos negros a luta pela efetivação de um diploma legal que, não só enfrenta dificuldades para combater o racismo em todas as suas expressões, como também não é suficientemente utilizado para persecução dos tipos penais nela previstos. Neste momento, então, discutir-se-á de que modo a discriminação sexual e de gênero foram equiparadas ao delito de racismo, nos termos da lei nº 7.716/89 que prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

A controvérsia reside, no entanto, no fato de que a lei é voltada para condutas em que o preconceito manifestado ocorre em razão da raça ou da cor da vítima, o que, em tese, num primeiro momento, poderia levar a conclusão de que não está contida no seu âmbito de incidência a discriminação de gênero ou sexual. Assim, considerando a legalidade estrita e a taxatividade penal, poder-

se-ia afirmar, até 2019, que a Lei nº 7.716/89, por não conter previsão expressa nesse sentido, não serviria para a punição de condutas homofóbicas e transfóbicas.

A partir dessa conjectura, no ano de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o MI nº 4.733 (Brasil, 2020) pretendendo o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrassem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, sustentando a Impetrante que a demora do Congresso Nacional seria inconstitucional, tendo em vista o dever contido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF de editar legislação criminal sobre a matéria.

Após um ano, o Partido Popular Socialista ajuizou a ADO nº 26, também pugnando que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. Sustentou o Partido- Requerente que a criminalização específica das condutas homotransfóbicas e de discriminação sexual e de gênero em geral não era uma faculdade do legislador, mas sim um mandamento constitucional de combater o racismo e as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Parcela desses comandos já foi cumprida pelo Congresso Nacional na punição de diversas condutas discriminatórias já listadas na lei nº 7.716/89, mas havia ainda a omissão no que tange à homofobia e transfobia.

Isso decorre, historicamente, da correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, de maneira que a divisão dos seres humanos em raças pautadas nesse critério seria fruto de um processo político-social originado da intolerância dos homens dentro dos processos imperialistas e neocolonialistas.

Nesse contexto, o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito, não se resumindo a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológico. Ao revés, se propõe numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua

abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

A partir disso, é inegável reconhecer que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do “Caso Ellwanger” (HC 82.424/RS), a ponto de se conceber, ainda, que o legislador, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal da lei nº 7.716/89 apenas em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, por conseguinte, mesmo que omissivamente, o que estabelece a Constituição.

Ao chegar nessa conclusão, o Supremo Tribunal Federal, quanto ao MI nº 4.733 (Brasil, 2020), o julgou procedente para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Ademais, quanto à ADO nº 26, o Supremo, também julgou a ação procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação, declarando, por consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União.

Utilizou-se também da técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, qualificando as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada

pelo STF no julgamento do Caso Ellwanger, na medida em que tais condutas importam em atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

De um modo geral, afirma-se que este julgamento reflete a função contramajoritária que o STF possui de, no Estado Democrático de Direito, conferir efetiva proteção às minorias, desempenhando sua responsabilidade institucional de protegê-las contra eventuais excessos da maioria, representadas pelo Parlamento numa democracia representativa ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito e da discriminação.

Mais do que somente ver a discriminação sexual de gênero como uma forma de racismo social e político, ao se equiparar a homotransfobia ao delito previsto na lei nº 7.716/89, o combate à violência LGBTI+fóbica também incorpora um antigo e triste debate da persecução criminal dos delitos de discriminação racial: o embate de adequação típica entre racismo e injúria racial, ou seja, a linha tênue, às vezes muito falaciosa, entre atingir a honra de um sujeito individualmente ou coletivamente considerado.

Destarte, apesar da superveniência da lei nº 14.532/2023, responsável por alterar a lei nº 7.716/1989 e o Código Penal para tipificar como crime de racismo a injúria racial, verifica-se que ela ainda se limitou a definir como forma específica do crime de racismo a ofensa a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, porém nada dispendo sobre o gênero ou a sexualidade do ofendido, de modo que ainda permanece, para a persecução penal do racismo homotransfóbico, a celeuma anteriormente referida.

Sobre o tema, José Emílio Medauar Ommati (2019, p. 180-184), enuncia que é profundamente artificial a diferenciação pretensamente “ontológica” entre a ofensa a uma coletividade racial e a ofensa a um indivíduo em sua honra por elemento racial, meramente formal e ideal, e, desenvolvida majoritariamente pela jurisprudência brasileira.

Assim, qualquer ato que possa agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero transgênera, deve seguir o mesmo rumo que a decisão do STF, sendo falacioso o discurso que tente separar a ofensa ao indivíduo de uma agressão à comunidade LGBTQIAP+, pois a conduta revela inaceitável comportamento racista, na acepção social e política mencionada acima contra os LGBTI+.

Não se pode mais tolerar a relativização do discurso de ódio e a flexibilização da repressão penal à prática da homotransfobia, voltando ao obsoleto debate entre “racismo x injúria racial”, pois tais manifestações preconceituosas, mais uma vez, seja referentes à vítima individual ou coletivamente considerada, permanecem sendo o mesmo ato de racismo e configuram inegável discurso de ódio homotransfóbico, expressões que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Não obstante, deve-se também ter em mente que outro desafio específico da persecução penal da homotransfobia se dá em relação ao dolo homotransfóbico, ao qual se dispensa um tratamento mais singular da discriminação racial por cor, etnia ou procedência nacional, isto é, se no racismo por discriminação por cor, há a supremacia branca em detrimento de outras, aqui no racismo homotransfóbico, há a tentativa de consagração do que a doutrina chama de “heterossexismo” ou simplesmente supremacia da heterossexualidade.

A homotransfobia, então, deve ser entendida sob dois enfoques distintos, um pessoal, tipicamente emocional, que se manifesta pela rejeição dos membros da comunidade LGBTI+; e outro cultural, em que o objeto da rejeição não é o LGBTI+ ou o *queer* enquanto indivíduo, mas a ideia de homossexualidade, transsexualidade, de identidade de gênero não-conformante, o que pode se ver na atualidade com o fenômeno da “ideologia de gênero”.

Essa percepção de que a homotransfobia não se refere ao não-acolhimento afetivo, individual e psicológico, dos LGBTI+'s, mas também a essa questão cultural e política, permite com que se possa constatá-la como

“dispositivo de vigilância das fronteiras de gênero que atinge todas as pessoas, independentemente de suas orientações sexuais, ainda que em distintos graus e modalidades” (PRADO; JUNQUEIRA, 2011, p. 57, grifo próprio), evidenciando que as normas de gênero costumam estar associadas a um esforço corretivo e normalizador.

Isso decorre de um padrão de conduta heterocissexista, que tem o machismo como origem remota, pautado no binarismo de gêneros, menosprezando homens e mulheres que não se comportam conforme o que a sociedade espera em termos de masculinidade e feminilidade (Vecchiatti, 2008, p. 46). O dolo homotransfóbico reside, então, na consideração de outrem (no caso, homossexuais, transgêneros ou *queers*) como desigual, inferior, anormal, aproximando e se articulando a outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo.

Assim, questiona-se o porquê essas considerações não estão encontrando ressonância nos demais operadores do Direito, principalmente naqueles responsáveis pelo atendimento mais próximo e imediato da ocorrência do crime, como são os agentes de polícia judiciária e os magistrados que atuam no primeiro grau de jurisdição.

4 AS MEMÓRIAS DE SODOMA E GOMORRA NAS DELEGACIAS E NOS JUÍZOS BRASILEIROS: COMO TIRAR A DECISÃO DO STF DO PAPEL?

Indagando-se sobre uma possível genealogia da violência homotransfóbica, certamente aparecerá as figuras de Sodoma e Gomorra, vez que a ortodoxia judaico-cristã pode ser considerada a precursora das ideologias heterossexistas e homotransfóbicas amplamente disseminadas no contexto ideológico, social, cultural, religioso e jurídico no Brasil (Coelho, 2015, p. 165).

É como se os habitantes de Sodoma e Gomorra, cidades marcadas pela “perversão e pelo pecado”, na visão cristã, fossem merecedoras de punição por

serem “contrários à natureza” (Agostinho², 1977, p. 79 *apud* Coelho, 2015, p. 173) e, nesse contexto, essa mesma noção foi refletida no aparato institucional brasileiro a partir do processo de colonização do país. Exemplo disso é que as Ordenações Afonsinas, primeiro conjunto de normas jurídicas coloniais, nos padrões germânicos, além de definirem a prática homossexual como pecaminosa perante Deus, também a qualifica como crime, prevendo, como punição, que os que se comportassem de modo sodômico, deveriam ser queimados assim como foram os habitantes de Sodoma e Gomorra.

Percebe-se que tão evidente quanto o rigor da punição, que perdurou até a edição do Código Criminal do Brasil Império de 1830, é a necessidade de seu efeito corretivo de apagar o ideário homossexual (aqui devendo-se incluir a transexualidade e as identidades de gênero *queer*, adaptando-o à contemporaneidade), muito no intento de fortalecer a opressão e de fazer desaparecer o que um dia o indivíduo foi. Dá-se ênfase aqui à repercussão do ato de apagar e de fazer desaparecer, pois o Estado se comporta de forma realmente indiferente diante das violências perpetradas contra gays, lésbicas, travestis e transexuais, e até mesmo corrobora para a segregação desse grupo de pessoas.

Um relatório feito pela organização não-governamental “*All Out*” (Bulgarelli *et al*, 2021), por exemplo, apresentou 34 causas que obstam ou pelo menos dificultam a efetivação das denúncias ou causam resistência das forças de segurança pública e do sistema judicial em reconhecer e aplicar a decisão do STF na redução da violência contra pessoas LGBTQIAP+, mesmo após mais de três anos do julgamento. De fato, as memórias de Sodoma e Gomorra podem ser observadas em órgãos que atuam na área de Segurança Pública no Brasil dada a promoção de um verdadeiro esquecimento de tudo que é atrelado à prática e ao exercício dos direitos LGBTQIAP+.

O relatório foi feito com base em barreiras identificadas a partir de entrevistas realizadas com profissionais das polícias civil e militar, promotorias,

2 AGOSTINHO, S. **Confissões**. Porto: Oficinas, 1977.

defensorias, membros da magistratura, advocacia especializada em direitos LGBTQIAP+ e militantes de todas as regiões do país, concluindo por dificuldades de múltiplas dimensões como: processos estruturais e culturais, falta de transparência e opacidade do Estado, empecilhos para o reconhecimento jurídico e ineficácia dos procedimentos institucionais.

Neste artigo, sem menosprezar todas as outras barreiras, selecionar-se-á a causa estrutural do modelo de policiamento dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública que negligencia a proteção a grupos vulneráveis, quando não os antagoniza, a causa institucional geradas pelos treinamentos insuficientes das Delegacias de Polícia para lidar com os casos de homotransfobia nos procedimentos de denúncia, e, por fim, a causa jurídica propriamente dita sobre a dificuldade de produzir provas e de comprovar a intencionalidade do crime homotransfóbico e, mais uma vez, o dissenso dos órgãos jurisdicionais em não solucionar a adequação típica entre racismo e injúria racial.

Antes do modelo de policiamento, releva salientar, ainda, a pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), que detectou um comportamento evidentemente homotransfóbico presente em parte significativa de policiais militares, a começar pela formação dos oficiais. Um estudo (França, 2016, p. 154) feito a partir da entrevista de alunos homoafetivos que ingressaram no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar da Bahia evidenciou como a dominação masculina naturaliza uma cultura organizacional na qual o atributo “ser homem” fortalece valores belicistas, reiterando, dessa forma, um certo tipo de comportamento em toda a instituição.

Fácil observar, dessa forma, que a cultura organizacional das polícias brasileiras, em especial a das militares, permaneceu não só historicamente fechada ao debate racial (Bulgarelli *et al*, 2021, p. 36), mas também direcionada para a construção estrutural de uma hierarquia estigmatizadora, em uma organização profundamente machista, desenvolvendo dispositivos e estratégias de negação e silenciamento do antirracismo para a manutenção do heterocissexismo.

Convém também ressaltar que o mesmo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020, p. 23) mapeou no ano de 2020, ou seja, no ano subsequente ao da decisão do STF sobre a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, que 24% (vinte e quatro por cento) dos assuntos mais compartilhados por Policiais Militares são de conteúdos contrários à homossexuais e transexuais.

Mas não é só a mudança organizacional da Instituição que resolverá essa questão estrutural, sendo imprescindível reformar também o modelo de policiamento que constantemente se dedica à repressão ao tráfico de drogas e a persecução de delitos contra o patrimônio, negligenciando, por conseguinte, a proteção a grupos vulneráveis. A instituição não se volta ao reconhecimento e ao combate à discriminação contra pessoas negras e LGBTI+ de forma preventiva e permanece avessa a essas questões com baixa destinação de recursos financeiros, humanos, sociotécnicos e infraestruturais para atender grupos mais vulnerabilizados, o que impacta diretamente o julgamento do STF.

Verifica-se, ainda, uma constante descontinuidade de ações das instituições policiais e judiciárias direcionadas a efetivar direitos LGBTI+, sobretudo por conta de treinamentos insuficientes das polícias e dos auxiliares da Justiça (escrivães, chefes de secretaria e oficiais de justiça) para lidar com os casos de discriminação sexual e de gênero, seja no despreparo da Polícia Civil no exercício da competência de investigação dos crimes LGBTIfóbicos, que, como aponta Bulgarelli *et al* (2021, p. 52), apresentam padrões próprios de motivação e execução, seja na falta de capacitação para o mero atendimento da população LGBTI+, como, por exemplo, condutas impróprias destacadas nas entrevistas, falta de conhecimento sobre o significado de nome retificado, insistência durante o atendimento no uso do nome de registro civil quando ele ainda consta nos documentos pessoais.

O atendimento dos profissionais ligados à segurança pública para com as demandas da população LGBTQIAP+ tem caminhado mais para o campo da revitimização do que da viabilização de seus direitos, o que significa dizer que esse descrédito que a comunidade LGBTQIAP+ sofre por parte das instituições de segurança e justiça é agravado pelo receio de acaso escolham dar início à

persecução penal, serem revitimizadas, o que fundamenta o completo esvaziamento do julgamento do Supremo.

Inclusive, o relatório “Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+” (Brasil, 2022) realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2022, mapeou, dentre outras coisas, os casos judicializados de violências sofridas pela população LGBTQIA+, enquadradas ou não como homotransfobia, concluiu que não só o atendimento policial, responsável por colher maiores elementos informativos caracterizadores da justa causa penal, é relatado como revitimizador ao desqualificar, culpabilizar as vítimas, não investigar e ignorar provas fornecidas por elas, como também que, dos casos identificados, 85,3% (oitenta e cinco unidades e três décimos de por cento) foram caracterizados pela acusação como decorrentes de LGBTfobia, mas em apenas 46,1% (quarenta e seis unidades e um décimo de por cento) o magistrado considerou essa caracterização na fundamentação do decisório.

Isso permite evidenciar a formação de um senso comum de que parte considerável dos juízes permanecem com um posicionamento conservador e aplicam a dogmática tradicional sem muita reflexão, a despeito da decisão do STF, promovendo, em última análise, a dupla punição do ofendido.

A revitimização decorre, assim, do histórico de desrespeito à identidade de gênero pelos agentes públicos, acompanhada do mau atendimento prestado a pessoas LGBTI+ em unidades policiais, as quais às vezes insistem ora em não reconhecer a conduta denunciada como crime, ora em não dar a capitulação jurídica correta ao ato manifestamente racista. Essa é, por fim, talvez a mais perversa das barreiras, vez que casos de racismo são comumente entendidos como injúria racial, fator que tem um efeito bastante profundo ao desprestigiar a luta da comunidade LGBTQIAP+, retirando a eficácia da norma incriminadora do racismo e impossibilitando as suas condenações.

Esse entendimento limitado, que era até então aplicado à discriminação com base em raça e etnia, passa agora a afetar também os processos em torno da LGBTifobia, porém, como já visto, com a superveniência da lei nº

14.532/2023, ainda resta a discussão sobre qual os tipos penais aplicar para casos de racismo homotransfóbico.

Em suma, a decisão do STF, apesar de sua importância, depende de outros vários fatores, estruturais e institucionais, para se visualizar, na prática, a persecução penal da discriminação sexual e de gênero, constituindo apenas o primeiro passo para o efetivo reconhecimento institucional do preconceito e da discriminação sistemática contra pessoas LGBTQIAP+ no Brasil, o que não esgota a necessidade de aprimoramento no enfrentamento às barreiras institucionais apontadas para efetivar a aplicação da Lei 7.716/1989 à violência e ao racismo homotransfóbico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

BERGER, Peter; BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social?. *In*: FORACCHI, M.; MARTINS, J de S. **Sociologia e sociedade**: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista. Impetrado: Congresso Nacional. Min. Celso de Mello. Brasília: DJ, 06 out. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: DJ, 29 set. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório da pesquisa: discriminação e violência contra a população LGBTQIA+**. Brasília, DF: 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contra-lgbtqia.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. **LGBTifobia no Brasil**: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização. São Paulo: All Out; Instituto Matizes, 2021.

Disponível em:

https://s3.amazonaws.com/s3.allout.org/images/LGBTIfobia_no_Brasil_-_All_Out_e_Instituto_Matizes.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

COELHO, Rafael Teruel. A tradição judaico-cristã e a homofobia: substratos ideológicos de um preconceito. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, v. 1, n. 1, p. 162-180, 2015. Disponível em:

<https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/13945>. Acesso em: 21 fev. 2023.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DECODE. **Política e fé entre os policiais militares, civis e federais do Brasil**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/politica-e-fe-entre-os-policiais-militares-civis-e-federais-do-brasil/. Acesso em: 22 fev. 2023.

FRANÇA, Fábio Gomes. Hierarquia da invisibilidade: preconceito e homofobia na formação policial militar. *In*: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (org.). **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 10, n. 2, ago/set 2016. Disponível em:

<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/700/244>. Acesso em: 22 fev. 2023.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer**: um aprendizado pelas diferenças. São Paulo: Autêntica, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. *In*: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo, 2011.

SUÁREZ, Mireya. A Problematização das Diferenças de Gênero e a Antropologia. *In*: AGUIAR, Neuma (org.). **Gênero e Ciências Humanas: Desafio às Ciências desde a Perspectiva das Mulheres**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND ITS REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM

EL ACUERDO DE NO PROCESAMIENTO PENAL Y SUS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL BRASILEÑO

Amanda Pereira Neves¹
Alexandre Jacob²

RESUMO

Trata de um instituto de justiça negociada que o Ministério Público realiza com o investigado. A pesquisa analisa a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal entre os meses de junho de 2022 e março de 2023 na comarca de Linhares e os reflexos que vem trazendo ao judiciário. Seu objetivo é analisar se o instituto cumpre com o objetivo para o qual foi criado - a descarga do judiciário. A pesquisa usa de dados quantitativos e bibliográficos. Constata que na comarca de Linhares o Acordo de Não Persecução Penal vem trazendo uma diminuição de processos em virtude da celeridade no cumprimento dos acordos. Também se verifica que existe uma dificuldade do judiciário em sua aplicação, sobretudo em relação aos processos que tramitam na 3ª Vara Criminal de Linhares. Conclui que o instituto quando aplicado cumpre com o seu objetivo, mas como as varas criminais já estão muito sobrecarregadas, existe certa morosidade até mesmo na homologação desses acordos, prejudicando assim a sua efetividade.

Palavras-chave: Direito processual penal. Ministério público. Acordo de não persecução penal. Política processual penal. Reflexos.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares (2023). E-mail: nevesp.amanda@gmail.com <https://orcid.org/0009-0006-7601-2739>

² Professor de Direito Penal da Faculdade de Ensino Superior de Linhares, FACELI, Linhares-ES. Mestre em Ciências das Religiões pela Faculdade Unida de Vitória (2016). E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8220-5418>.

ABSTRACT

It deals with an institute of negotiated justice that the Public Ministry performs with the investigated person. The research analyzes the application of the Criminal Non-Prosecution Agreement between the months of June 2022 and March 2023 in the district of Linhares and the consequences that it has brought to the judiciary. Its objective is to analyze whether the institute fulfills the purpose for which it created - the discharge of the judiciary. The research uses quantitative and bibliographic data. It notes that in Linhares, the Criminal Non-Prosecution Agreement has brought about a decrease in cases due to the speed in fulfilling the agreements. It also appears that there is a difficulty for the judiciary in its application, especially in relation to the processes that processed in the third Criminal Court of Linhares. It concludes that the institute, when applied, fulfills its objective, but as the criminal courts are already much overloaded, there is a certain delay even in the approval of these agreements, thus impairing their effectiveness.

Keywords: Criminal Procedural Law. Public ministry. Criminal non-prosecution agreement. Criminal procedural policy. Reflexes.

RESUMEN

Se trata de un instituto de justicia negociado que el Ministerio Público realiza con el investigado. La investigación analiza la aplicación del Acuerdo de No Persecución Penal entre los meses de junio de 2022 y marzo de 2023 en el distrito de Linhares y las consecuencias que ha traído para el poder judicial. Su objetivo es analizar si el instituto cumple con el fin para el cual fue creado: la gestión del poder judicial. La investigación utiliza datos cuantitativos y bibliográficos. Señala que en Linhares, el Acuerdo de No Persecución Penal ha provocado una disminución de los casos debido a la celeridad en el cumplimiento de los acuerdos. También se verifica que existe una dificultad del poder judicial en su aplicación, especialmente en relación a los procesos que se tramitan en el 3° Juzgado Penal de Linhares. Concluye que el instituto, cuando se aplica, cumple con su objetivo, pero como los tribunales penales ya están muy sobrecargados, existe cierto retraso incluso en la aprobación de estos acuerdos, lo que perjudica su eficacia.

Palabras clave: Derecho procesal penal. Ministerio Público. Acuerdo de no persecución penal. Política procesal penal. Reflejos.

Data de submissão: 30/08/2023

Data de aceite: 25/10/2023

1 INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro certamente vive hoje um dos momentos de maior sobrecarga de processos já vistos na história. O número de demandas criminais apenas aumenta, em virtude de uma quantidade exorbitante de delitos que são cometidos todos os dias. Sabe-se que essa situação reflete diretamente na morosidade do sistema, onde o percurso para chegar até uma sentença leva anos, desde as ações criminais envolvendo crimes gravíssimos, como demandas decorrentes de crimes com penas menores.

Em virtude desse contexto crítico, houve a necessidade de buscar alternativas que viessem a melhorar ou até mesmo descarregar em parte o Judiciário, de forma a evitar um colapso, onde esse sistema viria a se tornar totalmente intolerável e possivelmente ineficaz.

Dessa forma, o advento da Lei nº. 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”, trouxe diversas mudanças legislativas muito importantes, e dentre elas a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), um instituto de “justiça negociada”, que primeiramente foi previsto na Resolução nº. 118/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. A criação desse instrumento processual teve o intuito de trazer uma alternativa, ao menos temporária, para diminuir o número de demandas que seriam levadas ao Judiciário, tornando o sistema judiciário mais eficiente e efetivo, deixando o processo criminal de ser a regra nos casos em que seria possível a realização do acordo.

O Acordo de Não Persecução Penal consiste de fato em um acordo realizado entre o Ministério Público e o acusado de um crime não violento, em que se busca a reparação do dano causado e a não abertura de um processo judicial, seguindo as condições existentes na previsão legal, como o tipo de crime, quantidade de pena máxima cominada ao delito, e condições subjetivas do acusado, sendo que cumpridas todas as condições acordadas acontece a extinção de sua punibilidade.

O tema é relevante e atual pois é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e a pesquisa poderá, com seu resultado, servir como fonte de consulta e instigação para futuras pesquisas sobre novos aspectos do tema, na

medida em que for utilizado pelo Ministério Público e novos reflexos forem sendo observados. Daí também reside a problemática de identificar se realmente o instituto, uma vez aplicado, tem sido realmente cumprido da forma esperada, sendo relevante avaliar sua efetividade e seus reflexos no Judiciário. Dessa forma, em virtude do ANPP ser um mecanismo relativamente novo, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: quais reflexos a adoção do ANPP trouxe ao sistema judiciário brasileiro?

A hipótese é que, a partir de um recorte espaço-temporal na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Linhares-ES entre os meses de junho de 2022 a março de 2023, os reflexos tenham sido positivos para o contexto do judiciário brasileiro, ocorrendo de fato uma redução dos feitos criminais, comprovando sua efetividade.

Assim, o objetivo da pesquisa é analisar o Acordo de Não Persecução Penal e seus reflexos no sistema judiciário brasileiro. Para tanto, é preciso estudar a legislação aplicada ao instituto, seu conceito, aplicação, requisitos e procedimento; conhecer os dados do local da pesquisa; enumerar a quantidade de acordos propostos; verificar o cumprimento dos acordos a partir de sua finalidade; examinar o resultado fático dos acordos; e prospectar os reflexos do ANPP no local da pesquisa em relação ao sistema judiciário brasileiro.

A pesquisa possui caráter exploratório e descritivo, com procedimento de pesquisa quantitativo e indutivo com a finalidade de verificar como ocorrem os acordos e quais reflexos trazem ao sistema judiciário. O local da pesquisa é a 2ª Promotoria de Justiça Criminal entre os meses de junho/2022 e março/2023 na Comarca de Linhares-ES. Como aporte teórico, a pesquisa tem caráter bibliográfico e documental a partir de resultados de outras pesquisas sobre o tema e doutrinas, sendo fontes primárias da pesquisa o Código de Processo Penal (Brasil, 1941) já atualizado pela Lei nº. 13.964 (CNPJ, 2019) e a Resolução nº. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2017) e secundárias as obras de Renato Brasileiro de Lima (2020), Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2022) e Rogério Sanches Cunha (2020), dentre outras.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

O Acordo de Não persecução Penal (ANPP) consiste em um ajuste obrigacional celebrado entre o Ministério Público – órgão de acusação e o investigado, que deve estar devidamente acompanhado de um advogado, o qual será homologado pelo juiz, onde deve o compromissário realizar a confissão do delito e assumir cumprir algumas condições para evitar a ação penal.

Inicialmente, esse instituto foi previsto pela Resolução nº. 181 de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que posteriormente foi modificado pela Resolução nº. 183 em 24 de janeiro de 2018 do mesmo órgão, que teve sua constitucionalidade questionada pela AMB (ADI 5790) e pela OAB (ADI 5793) principalmente devido à insegurança jurídica que trazia, em razão de o instituto não possuir nenhuma previsão legal.

Em resumo a AMB se insurgiu “Porque a despeito de agora haver a submissão ao Poder Judiciário de acordo firmado, é inegável que diante da inexistência da lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica sem tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato de a Resolução não poder dispor sobre a matéria sem prévia previsão legal”. No mesmo sentido a OAB: “O texto fere os princípios de reserva legal, segurança jurídica, extrapolando também o poder regulamentar conferido ao CNMP”. A violação da reserva legal, como se percebe, era o grande motivo de irrisignação dos críticos. Agora, com a introdução do instituto no CPP, a crítica desaparece (Cunha, 2020, p. 126).

Tal questionamento trazido por esses órgãos na época foram totalmente válidos, pois de fato nos parece estranho e inseguro passar a aplicar um instituto que vai contra o Princípio da Obrigatoriedade da Lei Penal, que supostamente traria vazão ao sistema judiciário brasileiro, mas que sequer possuía uma previsão legal. Ademais, como o Conselho Nacional do Ministério Público não possuía prerrogativa para criação de um instituto como esse, estaria extrapolando suas funções, tornando o instituto eivado de inconstitucionalidade e ilegalidades.

Porém, a Lei nº. 13.964/2019 veio para acabar com boa parte das críticas desse instrumento processual, trazendo sua previsão legal no artigo 28-A do Código de Processo Penal onde estabeleceu quais as condições para a ocorrência do acordo, quando será cabível, assim como os limites de sua aplicação.

Apesar de receber muitas críticas, a criação do instituto veio em um momento muito necessário e importante, pois devido à quantidade exorbitante de processos criminais tramitando atualmente no sistema judiciário brasileiro, a demora na conclusão da fase de instrução para se chegar a uma sentença era muito grande, conforme destaca Rogério Sanches Cunha (2020, p. 128):

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP, inegavelmente o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

Dessa forma, com o sistema saturado de ações que só aumentam a cada dia, se torna praticamente impossível que os prazos sejam cumpridos e que cada ação receba a atenção que deveria. Assim, esse instituto veio com o objetivo de trazer essa celeridade tão necessária, possibilitando que ações envolvendo crimes menos graves tivessem uma resolução mais rápida, sendo possível direcionar maior tempo e atenção para as ações envolvendo delitos mais graves.

Além desses fatores a própria Resolução nº. 181 do CNMP, que originalmente previu o instituto, destacou que os principais objetivos com a criação do Acordo de Não Persecução Penal seriam: a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (CNMP, 2017).

2.2 REQUISITOS E CONDIÇÕES

O artigo 28-A do Código de Processo Penal traz de forma expressa os requisitos cumulativos e as condições necessárias para que seja possível a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal. Quanto aos requisitos, previstos no *caput* do artigo, é possível verificar que para ser cabível o acordo é necessário que existam meios probatórios que comprovem a autoria e materialidade do delito, assim como a necessidade de o investigado confessar formalmente a prática da infração. A respeito da infração é importante destacar que o ANPP não é cabível em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, e que estes devem ainda ter pena mínima inferior a 4 anos.

Fazendo uma análise desses requisitos, se faz importante ressaltar que a pena mínima que traz o dispositivo legal deve levar em consideração as causas gerais de aumento e diminuição de pena, conforme disposto no artigo 28-A, §1º do CPP, para ser possível analisá-la de maneira mais realista, considerando os reflexos que teria e conseqüentemente o cabimento ou não do instituto no caso concreto.

Também verificamos que o legislador optou por delimitar um pouco mais a possibilidade de aplicação do ANPP ao não permitir que indivíduos que cometerem o crime mediante violência ou grave ameaça viessem a ser beneficiários. Através desse requisito entramos no mérito da reprovação do delito, e por considerar que crimes com violência ou ameaça são mais graves, o instituto não seria suficiente para sua reprovação e prevenção. Importante ressaltar ainda, que alguns doutrinadores definem que a violência que impede a realização do acordo é a que está presente na conduta do indivíduo e não em seu resultado (Cunha, 2020).

Outro ponto muito questionado para a aplicação do acordo é a necessidade de confissão do delito por parte do investigado, visto que ele não é obrigado a se autoincriminar combinado com o direito ao silêncio. Ocorre que essa confissão não caracteriza um reconhecimento expresso de culpa, não possuindo dessa forma repercussão legal.

Contudo, a confissão somente será válida se ela for voluntária, livre de qualquer tipo de coação ou obtenção através de meios clandestinos, devendo respeitar os limites constitucionais (Messias, 2020). Ademais, apesar de o ANPP ser um instituto de “justiça negociada” e não ser imposta ao investigado qualquer tipo de pena, as condições às quais ele se compromete a cumprir devem ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, não se trata de um instituto através do qual o indivíduo vai apenas se livrar da ação penal, através do seu cumprimento busca-se reprovar o delito e incentivar o investigado a não delinquir novamente.

Além dos requisitos cumulativos necessários para a aplicação do instituto, o dispositivo legal também informa no seu §2º que o ANPP não será admitido quando for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, quando o investigado for reincidente ou tiver conduta criminal habitual, caso tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e também que não será cabível nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (Brasil, 1941).

Há de se ressaltar que, no caso de ausentes os requisitos, o procedimento criminal teria continuidade e, salvo em caso de reincidência, a condenação dar-se-ia em regime aberto, ou seja, na maioria das vezes não há risco para a prisão pena desse réu, deixando claro que a finalidade do ANPP é desafogar o Judiciário de ações que, ao final, na prática, não resultariam em prisão pena em estabelecimento prisional, posto que o número de Casas de Albergado no Brasil são insuficientes para a população condenada em regime aberto ou limitação de fim de semana (Figueira, 2019).

Se cumpridos os requisitos e não sendo caso de nenhuma das vedações previstas no dispositivo legal, o investigado poderá ser beneficiário do instituto, onde antes do oferecimento da denúncia o Ministério Público poderá propô-lo, situação em que o investigado, devidamente acompanhado de um advogado

poderá aceitar, assumindo assim o dever de cumprir algumas condições. Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 283) destaca:

Não se trata de pena, justamente por faltar uma das características fundamentais de toda e qualquer pena, qual seja, a imperatividade. Em outras palavras, em se tratando de pena, o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento, pouco importando a voluntariedade do condenado. No acordo de não persecução penal, o investigado voluntariamente se sujeita ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, que, se cumpridas, esvaziam o interesse processual no manejo da ação penal, dando ensejo ao arquivamento do procedimento investigatório e ulterior declaração da extinção da punibilidade. Enfim, como não há imputação (denúncia), nem tampouco, conseqüentemente, processo penal, não há e nem poderia haver a imposição de pena.

Dessa forma, as condições as quais o próprio acusado assume em cumprir não podem ser chamadas de penas, mas sim: “direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência” (CNPJ, 2020).

Preenchidos os requisitos cumulativos de cabimento do ANPP, o artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê cinco condições possíveis de serem pactuadas alternativamente ou cumulativamente na realização do acordo.

A primeira condição é a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo quando não é possível fazê-lo. Essa condição traz a possibilidade da vítima ser ouvida no processo penal, e para tanto, o ideal é que na delegacia ou no momento da realização do acordo, a vítima seja indagada a respeito dos prejuízos sofridos e como ela considera que seria melhor a realização desse reparo, pois a intenção do dispositivo legal é que essa reparação seja integral (Cabral, 2022).

O dispositivo traz ainda que pode haver situações onde haverá a impossibilidade de reparação do dano, abrangendo assim situações onde o investigado não é capaz de reparar o dano ou restituir a coisa devido a outras circunstâncias, como por exemplo em caso de vulnerabilidade social, porém nesses casos, a situação deve ser devidamente justificada pelo investigado.

Emergindo mencionada situação, pontos relevantíssimos devem ser considerados: (a) incube ao investigado a prova cabal de sua

vulnerabilidade financeira, não bastando a mera alegação; (b) deve o agente ministerial, convencido e seguro da situação de insolvência do investigado, atentar-se para a conveniência de propor o cumprimento de outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada (Cunha, 2020, p.131).

A segunda condição é a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, buscando evitar o enriquecimento decorrente da prática de condutas ilícitas, assim como resolver a questão relativa à destinação desses bens. Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2022, p. 166) destaca:

Em suma, é possível afirmar que a condição estipulada pelo inciso II, do art. 28-A do Código de Processo Penal é extremamente importante, pois agiliza a transferência de bens que foram utilizados como instrumento, produto ou proveito do crime, sem a necessidade de esperar-se longos anos por uma sentença penal condenatória. Ademais, essa condição evita que simplesmente esses bens permaneçam apreendidos sem destino certo, além de viabilizar de forma mais concreta, efetiva e ampla a reparação do dano ou restituição da coisa, exigidas pelo inciso I, do art. 28-A, CPP.

A terceira condição é a possibilidade de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, art. 46, §2º, do CP, a fiscalização da realização desse serviço também será realizada pelo juízo da execução. Verifica-se que essa condição traz o caráter preventivo do ANPP, buscando evitar que o investigado venha a cometer novamente outros ilícitos, possibilitando uma reflexão a respeito de seus atos, assim como ajudar a comunidade ou entidade.

A quarta condição é o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Esse pagamento será definido considerando dois aspectos fundamentais, sendo eles a gravidade do injusto e a culpabilidade, assim como a capacidade econômica do investigado (Cabral, 2022).

Todas as condições sempre levarão em conta o crime cometido e as condições do investigado, pois assim busca-se de forma proporcional a

viabilidade do cumprimento desse acordo. Não levar em consideração esses aspectos, sobretudo as condições financeiras do investigado trarão por consequência a sua frustração pois muito provavelmente serão descumpridos.

E a quinta condição trazida pelo inciso V, do art. 28-A do CPP é mais ampla, onde prevê o cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Apesar de ser uma condição bem ampla, o dispositivo legal estabelece duas restrições em sua aplicação: a necessidade de ser proporcional à infração cometida pelo investigado, devendo ser analisada assim a gravidade e a culpabilidade do agente, e também que deve ser compatível com a infração penal imputada, não podendo assim ser totalmente dissociada do delito, limitando assim a discricionariedade do Ministério Público.

2.3 PROCEDIMENTO DO ANPP

O oferecimento do ANPP deve ocorrer antes do oferecimento da denúncia ou em ações que já estavam em curso quando o instituto entrou em vigor, podendo ser realizado através de uma audiência para a negociação das condições, onde o Ministério Público formaliza todas as cláusulas e condições por escrito para com o investigado devidamente acompanhado de um advogado, conforme artigo 28-A, §3º do CPP: “O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor” (Brasil, 1941).

Após o acordo ser firmado deverá ser submetido à homologação do juiz para assim passar a surtir efeitos, através de audiência com a presença do Ministério Público, do investigado e seu defensor, sendo verificada a sua voluntariedade e legalidade, de acordo com o art. 28-A, §4º: “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade” (Brasil, 1941).

Homologado o acordo o juiz devolve os autos ao Ministério Público para iniciar a sua execução perante o juízo de execução penal, conforme determina

o artigo 28-A, §6º: “Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal” (Brasil, 1941).

De se ressaltar que o magistrado não está obrigado a homologar o ANPP, posto que a legislação esclarece que as condições propostas pelo Ministério Público devem ser adequadas, suficientes e não configurarem abuso, bem como devem as condições do acordo atender aos requisitos legais para que sua finalidade seja alcançada.

A respeito do procedimento, existem algumas críticas de doutrinadores a respeito do poder dado ao juiz na sua homologação, pois o dispositivo legal define apenas que o Juiz poderá se recusar a homologar o acordo quando considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo.

Ocorre que nesse ponto é dado ao Magistrado um protagonismo maior que o objetivado pelo instituto, pois o intuito do ANPP é que as partes, investigado e Ministério Público, que negociem, e o Juiz mantenha uma atuação mais cautelosa de forma a manter sua imparcialidade, o que poderia ser afetado com essa discricionariedade que lhe é dada para homologar ou não o acordo (Cabral, 2022).

Nesse sentido é o entendimento de Vinícius Assumpção (2020, p. 83):

Entendemos que a lei atribui poderes excessivos ao juízo de garantias na fase de homologação do acordo de não persecução penal. A rigor, a inovação, neste ponto, é incompatível com a própria estrutura acusatória anunciada pelo art. 3º-A do CPP. Autorizar que o/a magistrado/a encaminhe o acordo para reformulação e recuse a homologação caso não haja adequação é, nitidamente, confundir as funções do órgão acusador e do juízo de garantias. A nosso sentir, a interpretação do dispositivo compatível com a separação de poderes reclama restringir a atividade do Judiciário a homologar ou não o acordo, sempre de forma fundamentada. A partir daí, cabe ao MP tomar providências para a sua reformulação, apresentando-o novamente em tempo hábil – inclusive porque não há vedação à nova propositura. Também é indevido que se preveja que os autos sejam devolvidos para que o MP inicie a execução. Ora, se as funções são efetivamente separadas, as iniciativas do órgão de acusação lhe cabem, não sendo próprio da atividade do/a julgador/a direcionar o que deve ser feito.

Da mesma forma, o réu não está obrigado a aceitar o acordo, por mais que lhe pareça benéfico. Neste caso, o procedimento retoma seu curso normalmente.

2.4 O DESCUMPRIMENTO E O CUMPRIMENTO DO ANPP

A celebração do ANPP faz com que o Ministério Público deixe de apresentar denúncia contra o investigado desde que ele cumpra com as condições que foram acordadas. Porém, caso sejam descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, conforme estipula o artigo 28-A, §10: “Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (Brasil, 1941).

Inclusive, rescindido o acordo e oferecida a denúncia, conforme o Enunciado nº. 27 do CNPG, a confissão feita pelo investigado poderá ser utilizada como suporte probatório: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado – prestada voluntariamente na celebração do acordo” (CNPG, 2020).

Ademais, o descumprimento do acordo também poderá ser usado pelo Ministério Público como justificativa para o não oferecimento do benefício processual da Suspensão Condicional do Processo em virtude de o próprio investigado ter apresentando desinteresse com a benesse, conforme artigo 28-A, §11: “O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo” (Brasil, 1941).

Por outro lado, se cumprido integralmente o acordo, o juiz deverá declarar a extinção da punibilidade do investigado, o que não irá constar na certidão de

antecedentes criminais, salvo como registro para impedir o oferecimento de um novo acordo (cf. inteligência dos parágrafos do artigo 28-A do CPP).

Pode-se considerar que, embora o Judiciário seja o maior beneficiado com o ANPP em razão de sua principal finalidade, que é reduzir a quantidade de ações em trâmite, é inegável que sua presença no ordenamento jurídico processual penal brasileiro é benéfica aos acusados, ainda que se possa mitigar, de alguma forma, os princípios constitucionais penais e processuais penais da presunção da inocência e do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, aceito e cumprido, prejudica o trâmite da ação penal.

Assim, pelo menos aos acusados que seriam de fato condenados, o ANPP não ofende à finalidade de prevenção especial da pena em sua totalidade, pois mesmo não condenado, ele suporta o cumprimento de condições que podem fazer com que repense sua conduta.

3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS

A pesquisa foi desenvolvida na Comarca de Linhares-ES, durante os meses de junho de 2022 a março de 2023. O local da pesquisa foi escolhido em razão de a autora estagiar na 2ª Promotoria de Justiça de Linhares e ter facilidade em coletar os dados e analisá-los. Ressalte-se que os dados coletados são públicos, posto que as possíveis ações penais objeto de ANPP não tramitam em segredo de justiça, mas, resguarda-se a identidade das partes, por questões éticas.

3.1 OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL REALIZADOS PELA 2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE LINHARES-ES

A 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Linhares-ES possui como atribuição os crimes dolosos contra a vida e crimes de trânsito, os quais são de competência da 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, e os crimes residuais, envolvendo todos os crimes que não são dolosos contra a vida, crimes de trânsito, crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher, crimes

envolvendo tráfico de drogas e crimes de competência do juizado especial criminal, até o oferecimento da denúncia, que são de competência da 3ª Vara Criminal de Linhares-ES.

Os seguintes dados foram coletados da pasta compartilhada em que constam as movimentações processuais da referida promotoria, assim como do sistema GAMPES e TJES.

No mês de junho de 2022 foram realizados 11 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES envolvendo crimes de trânsito. Desses 11 acordos, 10 foram homologados em juízo e 1 não foi homologado pelo fato do investigado apesar de intimado não comparecer à audiência, razão pela qual foi oferecida denúncia em seu desfavor. Dos 10 acordos, 2 acordos foram homologados no dia 23/08/2022, 7 acordos foram homologados no dia 28/09/2022 e 1 acordo foi homologado no dia 24/11/2022.

Até o presente momento 4 dos acordos realizados no referido mês tiveram seu cumprimento integral e por consequência foi extinta a punibilidade dos investigados nas datas 18/11/2022, 01/12/2022, 25/01/2023 e 27/03/2023.

Ainda no mês de junho de 2022 foram realizados 9 Acordos de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residuais. Desses 9 acordos realizados, até o momento nenhum foi homologado em juízo. A princípio a audiência de homologação havia sido marcada para ocorrer no mês de março de 2023, porém foi cancelada pelo juiz justificando a necessidade de dar prioridade aos processos incluídos nas Metas Nacionais do Poder Judiciário definidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

No mês de julho de 2022 foram realizados 6 Acordos de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residuais. Desses 6 acordos realizados, até o momento 1 acordo foi homologado no dia 09/02/2023 e 5 acordos não foram homologados em juízo.

Assim como nos processos do mês anterior, também foi justificado o cancelamento da audiência de homologação em virtude da necessidade de priorizar outros processos.

No mês de agosto de 2022 foram realizados 11 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES envolvendo crimes de trânsito. Desses 11 acordos celebrados, 10 foram homologados em juízo e 1 não foi homologado pelo fato de o investigado apesar de intimado não comparecer à audiência, razão pela qual foi oferecida denúncia em seu desfavor.

Dos 10 acordos, 8 acordos foram homologados no dia 23/08/2022 e 2 acordos foram homologados no dia 28/09/2022. Até o presente momento, 3 dos acordos realizados no referido mês tiveram seu cumprimento integral e por consequência foi extinta a punibilidade dos investigados nas datas 30/09/2022, 18/11/2022 e 25/11/2022.

Ainda no referido mês foram realizados 3 Acordos de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residuais. Dos 3 acordos realizados, até o momento nenhum foi homologado.

No mês de setembro de 2022 foi realizado 1 Acordo de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES envolvendo crimes de trânsito. O referido acordo foi homologado no dia 28/09/2022 e no dia 25/11/2022 foi declarada extinta a punibilidade do investigado pelo cumprimento integral do acordo.

Nesse mesmo mês foram realizados 2 Acordos de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES envolvendo crimes residuais, porém nenhum dos dois acordos foram homologados em juízo devido ao fato dos investigados apesar de intimados não compareceram à audiência, razão pela qual foi oferecida denúncia em seu desfavor.

No mês de outubro foram realizados 5 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes de trânsito. Todos os acordos foram homologados em juízo, sendo que 1 foi homologado no dia 13/10/2022, 3 foram homologados no dia 07/11/2022 e 1 foi homologado no dia 24/11/2022.

Desses 5 acordos realizados, 4 foram devidamente cumpridos sendo declarada extinta a punibilidade do investigado pelo cumprimento integral do acordo nos dias 24/11/2022, 01/12/2022, 25/01/2023 e 14/02/2023.

Nesse mesmo mês foram realizados 5 Acordos de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residuais, 4 vindo a serem homologados no dia 10/02/2023. 1 acordo ainda não foi homologado em virtude de não ter sido possível intimar o investigado para a audiência. Desses 5 acordos, 2 já foram devidamente cumpridos, sendo declarada extinta a punibilidade dos investigados no dia 31/03/2023.

No mês de novembro de 2022 foram realizados 2 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes de trânsito. Os 2 acordos foram homologados 24/11/2022 e 1 acordo já foi devidamente cumprido, sendo declarada extinta a punibilidade do investigado no dia 29/03/2023.

No mês de dezembro de 2022 foi realizado 1 Acordo de Não Persecução Penal perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residual. O referido acordo foi homologado no dia 07/02/2023, e devido ao cumprimento integral das condições, o Ministério Público pediu a extinção da punibilidade do investigado no dia 31/03/2023, mas até o momento o Juiz ainda não proferiu a sentença.

No mês de janeiro de 2023 foram realizados 3 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes de trânsito. Os referidos acordos foram homologados no dia 18/01/2023.

Ainda no mês de janeiro foram realizados 4 acordos perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, sendo homologado 1 no dia 10/02/2023, 2 no dia 15/02/2023 e 1 no dia 16/02/2023.

Dos 4 acordos realizados, 2 acordos já foram devidamente cumpridos, sendo declarada extinta a punibilidade dos investigados no dia 03/04/2023 e 12/04/2023. Em 1 acordo houve o cumprimento integral das condições, e o Ministério Público pediu a extinção da punibilidade do investigado no dia 31/03/2023, mas até o momento o Juiz ainda não proferiu a sentença.

Durante o mês de fevereiro de 2023 não houve ANPP.

No mês de março de 2023 foram realizados 3 Acordos de Não Persecução Penal perante a 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes de trânsito.

2 dos referidos acordos foram homologados no dia 15/03/2023 e 1 acordo está pendente de homologação.

Ainda no mês de março foram realizados 3 acordos perante a 3ª Vara Criminal de Linhares-ES, envolvendo crimes residuais. 1 desses acordos foi homologado no dia 29/03/2023 e 2 acordos estão pendentes de homologação.

Dessa forma, através do levantamento de dados pode-se concluir que a 2ª Promotoria Criminal de Linhares-ES, entre os meses de junho do ano de 2022 e março do ano de 2023 realizou 36 acordos de não persecução penal perante a 1ª Vara Criminal da Linhares/ES, sendo que 33 foram devidamente homologados e até o presente momento 14 acordos foram cumpridos integralmente. Em relação à 3ª Vara Criminal da Linhares-ES, foram realizados 33 acordos, sendo que 11 foram homologados em juízo e até o momento 6 acordos foram cumpridos integralmente.

Através desses dados, pode-se visualizar a aplicação do ANPP de maneira mais ampla. Verifica-se que a maior parte desses acordos são devidamente realizados para com os investigados, o que leva a concluir que os termos desses acordos são aceitos por eles, dando a ideia de que as condições impostas pelo Ministério Público são viáveis, respeitando o determinado em lei, de forma a buscar a melhor condição para trazer uma reparação do dano quando for o caso, e uma justa contraprestação cujo objetivo é evitar a reiteração delitiva.

Pode-se inferir também que apesar de serem poucos, existem casos nos quais os investigados realizam o acordo com o Ministério Público, mas não comparecem à audiência de homologação do acordo. Nos dados, até o momento, 4 investigados que apesar de intimados não compareceram, sendo oferecida denúncia em seu desfavor. Isso demonstra de forma clara o desinteresse do indivíduo para responder à ação penal, apesar de ter a possibilidade de realizar um acordo com o órgão ministerial que viria a ser benefício para ele, abre mão e por sua própria desídia acaba sendo prejudicado. No entanto, como essa ocorrência é pequena em relação aos demais acordos realizados, verifica-se que em sua maioria os investigados demonstram interesse na realização.

Outro ponto extremamente importante e talvez o mais relevante a ser constatado por essa pesquisa envolve a demora na homologação desses acordos. Como a 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Linhares-ES é competente para atuar em duas Varas Criminais diferentes e em ambas há a realização dos Acordos de Não Persecução Penal, cabe uma análise a respeito das diferenças encontradas em relação à homologação desses acordos.

A 1ª Vara Criminal da Linhares-ES realizou 36 acordos, vindo a já ter homologado 33, sendo que 2 destes não foram homologados em virtude de os investigados não terem comparecido em juízo e apenas 1 acordo está pendente de homologação, sendo importante ressaltar que esse acordo foi realizado no mês de março de 2023. Em contrapartida, os dados da 3ª Vara Criminal da Linhares-ES, que no período analisado realizou 33 acordos e homologou apenas 11 desses acordos. A quantidade de acordos não homologados é grande em comparação com os dados da 1ª Vara Criminal da Linhares-ES.

Esses dados instigam a dúvida quanto à razão pela qual existe uma demora tão grande por parte do Judiciário. Pode-se considerar que isso seja na verdade reflexo de um sistema já abarrotado com milhares de processos, tendo em vista que os crimes de competência da 3ª Vara Criminal da Linhares-ES são mais recorrentes, vindo a formar então um volume gigantesco de processos que precisam ser movimentados todos os dias.

Dessa forma, analisando a própria justificativa do juízo ao desmarcar as audiências de homologação, o magistrado acaba dando prioridade aos processos mais urgentes, deixando os processos que envolvem os acordos de não persecução penal parados e sem homologação por meses. Embora justificada, essa demora na homologação pode ser extremamente prejudicial na efetividade dos acordos, pois vê-se que dos 11 acordos homologados até o momento, 6 já foram cumpridos, sendo dessa forma metade destes, o que demonstra o interesse dos investigados em cumprir com o pactuado.

Ocorre que com uma demora para a homologação, a chance dos investigados por exemplo, mudarem de endereço e não serem localizados para intimação quando da audiência de homologação é muito grande. E assim volta-

se ao marco inicial, em que processos envolvendo crimes com penas menores permanecem no judiciário por anos, trazendo abarrotamento, em virtude de não ser possível localizar os investigados.

3.2 OS REFLEXOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO

Feita a análise quantitativa dos acordos, chega-se a uma questão que talvez só haverá resposta conclusiva após mais alguns anos de aplicação do instituto: o ANPP realmente reduz os procedimentos no judiciário ou na verdade ele trouxe apenas um trabalho a mais a ser somado ao que já existia?

Com base nos dados é possível analisar os reflexos que o ANPP trouxe ao judiciário até o presente momento. Para tanto, são os dados quantitativos de todas as denúncias realizadas pelo Ministério Público entre os anos de 2017 e 2023.

Tabela 1 – Quantitativo de denúncias oferecidas.

VARA	ANO						
	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
1ª CRIMINAL	75	87	94	42	87	20	6
3ª CRIMINAL	130	211	219	126	229	163	26

Fonte: MPES (2023).

Analisando esses dados, verifica-se que em relação à 1ª Vara Criminal de Linhares-ES, que trata dos crimes de trânsito, houve uma diminuição significativa das denúncias oferecidas pelo Ministério Público, sobretudo no ano de 2022, nos quais foram oferecidas 20 denúncias e em comparação com o ano de 2019, ano em que houve a instituição do ANPP, foram oferecidas 94 denúncias. Essa diminuição significativa de denúncias oferecidas em relação aos crimes de trânsito leva a constatar de fato uma diminuição de processos do judiciário, pois como através dos dados dos acordos realizados no ano de 2022, 14 acordos já foram cumpridos integralmente, ou seja, 14 processos não tramitam mais em juízo.

Com esses dados foi feita mais uma análise, dos 20 processos nos quais foram oferecidas denúncias no ano de 2022, apenas 1 processo já houve o proferimento de uma sentença em 09/09/2022, e os outros 19 processos estão

em fase de instrução e julgamento, sendo que a maior parte desses teve as audiências marcadas para o mês de maio de 2024, ou seja, daqui a um ano, o que demonstra que de fato o ANPP é muito mais célere e tem certa efetividade, pois enquanto nos processos nos quais foi oferecida denúncia penas 1 teve sentença, nos processos nos quais foi realizado o ANPP 14 já tiveram a extinção da punibilidade.

Já em relação aos dados da 3ª Vara Criminal da Linhares-ES não houve diminuição de denúncias tão significativa. É possível verificar que no ano de 2019 houve 219 denúncias oferecidas, e no ano seguinte o número reduziu para 126 denúncias, porém em 2021 houve novamente um aumento para 229 denúncias, e novamente em 2022 uma diminuição para 163 denúncias. Essa mudança pouco significativa no número de denúncias oferecidas pode estar relacionada sobretudo em relação ao fato de que a grande maioria dos crimes de competência da referida vara envolvem crimes com violência ou grave ameaça, crimes com penas que ultrapassam o permitido pelo ANPP, e também o fato de que boa parte dos investigados possuem antecedentes criminais, impossibilitando assim o oferecimento do acordo.

Com base em todos os dados descritos, pode-se verificar que o ANPP em seu objetivo basilar, vem encontrando algumas dificuldades em sua aplicação. Em relação aos crimes de trânsito há resultados positivos, e de fato os acordos vêm trazendo o resultado esperado, diminuindo os processos do judiciário de forma muito mais rápida que os processos que seguem ao rito comum, nos quais há o oferecimento de denúncia. Porém, em relação aos chamados crimes residuais, há certa morosidade até mesmo na execução dos referidos acordos, pois o número de acordos não homologados é muito maior que o número de acordos homologados em juízo. Dessa forma, verifica-se também um baixo número de cumprimento integral dos acordos até o momento atual, mas que é visível que esse número somente é pequeno porque a quantidade de acordos homologados também é.

Com base em todos esses dados chega-se à conclusão que os objetivos do Acordo de Não Persecução Penal são totalmente válidos e necessários e que

o instituto tem sim capacidade de diminuir a carga do judiciário. Ocorre que devido às varas criminais já estarem abarrotadas de processos que estão correndo há anos, com a criação do instituto foi passando-se a não os tratar como prioridade, demorando assim meses para realizar as homologações.

Chegamos assim a um ponto importante dessa pesquisa, pelo qual é possível constatar que apesar do dispositivo legal ter força para cumprir com seus objetivos, o judiciário brasileiro se encontra em uma situação muito mais complicada, pois a depender da vara criminal, não há meios suficientes para realizarem sua efetivação.

4 CONCLUSÃO

Pode-se concluir assim que em virtude de haver apenas efetivos 3 anos de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, o instituto ainda carece de uma adaptação por parte do judiciário, pois os acordos são realizados, os investigados possuem interesse em seu cumprimento, mas ao chegar no judiciário os autos ficam muito tempo parados, retornando assim ao ponto de partida: inúmeros processos envolvendo crimes cuja penas são menores parados por anos no judiciário, correndo o risco até mesmo de prescreverem, sendo que uma audiência de homologação, que por sinal é extremamente rápida, traria uma significativa diminuição destes.

A pesquisa teve o objetivo de analisar os reflexos do ANPP no sistema judiciário brasileiro a partir de um recorte espaço-temporal e pretendeu responder ao seguinte questionamento: quais reflexos a adoção do ANPP trouxe ao sistema judiciário brasileiro?

Após a finalização e a partir dos dados encontrados, a hipótese inicial foi confirmada, posto que os reflexos têm sido positivos para o contexto do judiciário linharensense e brasileiro, ocorrendo de fato uma redução dos feitos criminais, comprovando sua efetividade. Contudo, também foi possível concluir que o judiciário vem apresentando certa dificuldade na aplicação do instituto, visto que em relação à 3ª Vara Criminal de Linhares o número de acordos que foram devidamente homologados em juízo é muito pequeno, ficando claro que na

prática, o que vem acontecendo é se dar prioridade aos processos que tramitam nas varas, enquanto os processos nos quais é realizado o ANPP ficam parados por meses por não serem considerados “urgentes”, prejudicando assim a sua efetividade.

Assim, o Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento que pode trazer uma descarga enorme do judiciário, porém hoje as varas criminais estão em uma situação de sobrecarga muito mais ampla, e que apesar de o ANPP ser uma saída, ao mesmo tempo se torna um peso a mais para um sistema já tão abarrotado.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime**: comentários à lei n.13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: <https://bit.ly/40gKG52>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da lei 13.964/2019 (pacote anticrime). 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº. 181 de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília-DF: DECNMP, 08 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/42AMtUb>. Acesso em: 24 mar. 2023.

CNPG. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados interpretativos da lei nº 13.964/2019 lei anticrime**. Salvador: CNPG, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3TlmbuV>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime - lei 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FIGUEIRA, Bianca Leite. A falta de casas de albergado em comarcas do interior para cumprimento de regime aberto. **Canal Ciências Criminais**, 13 ago. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3z1TPmb>. Acesso em: 24 mar. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

MPES. Ministério Público do Espírito Santo. **Dados quantitativos sobre os acordos de não persecução penal entre 2022 e 2023**. Linhares, 2023.

A RESPONSABILIDADE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PRODUTOS INDICADOS EM SUAS REDES SOCIAIS

*THE RESPONSIBILITY OF DIGITAL INFLUENCERS FOR PRODUCTS
INDICATED ON THEIR SOCIAL NETWORKS*

*LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS DIGITALES POR
PRODUCTOS INDICADOS EN SUS REDES SOCIALES*

Julia Alves de Andre¹

RESUMO

A presente pesquisa possui como objetivo geral prospectar a responsabilidade reflexa dos influenciadores digitais em decorrência de danos sociais sobre produtos indicados por eles. Para tanto, o trabalho teórico foi elaborado a partir da pesquisa documental e bibliográfica essencialmente qualitativa. Nessa toada, ele será fundamentado com livros, artigos, matérias jornalísticas, casos concretos, jurisprudências e leis para realizar o escopo proposto através de uma revisão de literatura sistemática. Assim, a pergunta-problema que rege esta pesquisa é: como o ordenamento jurídico e a doutrina pátria estão tratando a responsabilidade social dos influenciadores digitais perante suas práticas comerciais e publicitárias? Nesse diapasão, esta pesquisa visa trazer mecanismos para compreensão de como ocorre a responsabilidade pelos danos sociais frutos da publicidade dos influenciadores digitais frente aos consumidores e a coletividade vulnerável, considerados como parte vulnerável nas relações de consumo, haja vista que muitas vezes, ao depositar sua confiança nesses formadores de opinião na seara virtual, acaba induzindo-os a adquirir produtos e serviços.

Palavras-chave: Responsabilidade social; microssistema consumerista; Influenciadores digitais. Era Digital.

¹ Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Pós-graduanda *lato sensu* em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Contato: julialvesd@gmail.com.

ABSTRACT

This paper has the general objective of prospecting the reflex responsibility of digital influencers due to social damages on products indicated by them. For that, the theoretical work was elaborated from the essentially qualitative documental and bibliographical research. In this tone, it will be substantiated with books, articles, journalistic articles, concrete cases, jurisprudence and laws to carry out the proposed scope through a systematic literature review. Thus, the question-problem that governs this research is: how are the legal system and the national doctrine treating the social responsibility of digital influencers before their commercial and advertising practices? In this vein, this research aims to bring mechanisms to understand how responsibility occurs for social damages resulting from the advertising of digital influencers towards consumers and the vulnerable community, considered as a vulnerable part in consumer relations, given that often, when depositing their confidence in these opinion makers in the virtual field, ends up inducing them to purchase products and services.

Keywords: Social responsibility; Consumer Microsystem; Influencers; Digital Age.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo general prospectar la responsabilidad refleja de los influencers digitales por perjuicios sociales sobre los productos indicados por ellos. Para eso, el trabajo teórico fue elaborado a partir de la investigación documental y bibliográfica esencialmente cualitativa. En ese tono, se fundamentará con libros, artículos, artículos periodísticos, casos concretos, jurisprudencia y leyes para llevar a cabo el alcance propuesto a través de una revisión sistemática de la literatura. Así, la pregunta-problema que rige esta investigación es: ¿cómo está tratando el ordenamiento jurídico y la doctrina nacional la responsabilidad social de los influencers digitales ante sus prácticas comerciales y publicitarias? En esa línea, esta investigación pretende traer mecanismos para comprender cómo se produce la responsabilidad por los daños sociales derivados de la publicidad de los influencers digitales hacia los consumidores y la comunidad vulnerable, considerada como parte vulnerable en las relaciones de consumo, dado que muchas veces, al depositar su confianza en estos formadores de opinión en el ámbito virtual, acaba por inducirlos a la compra de productos y servicios.

Palabras clave: Responsabilidad social; microsistema consumista; Influenciadores digitales; Era digital.

Data de submissão: 09/08/2023

Data de aceite: 13/10/2023

1 INTRODUÇÃO

Nos dias correntes, a humanidade presencia a democratização da informação. Isto ocorre devido ao desenvolvimento da *Web*, o que possibilitou que a Internet alcançasse, em um corte espacial de cinco anos, a marca de 50 milhões de usuários em todo o mundo. Esta marca, de forma comparativa, só foi conquistada pelo rádio em trinta e oito anos e pela televisão *aberta* em dezesseis (Silveira, 2000).

Assim, a conquista dos meios de comunicação de massas, em um curto intervalo de tempo, trouxe aos indivíduos maior facilidade em obter informações e interagir com pessoas que podem estar em qualquer região do globo.

É nessa conjuntura que surgem os *Digital Influencers*, que são pessoas que possuem muito seguidores e, por conseguinte, alto engajamento nas redes sociais, como *Instagram*, *Youtube*, *Twitter* e *Tik-Tok*, conseguem influenciar padrões, comportamentos e modelos a serem seguidos, sendo considerados formadores de opiniões.

Nessa seara, as grandes empresas e corporações perceberam que a capacidade de divulgação de seus produtos ou serviços tornou-se mais eficaz nas redes sociais pelas pessoas com esse grande volume de seguidores e engajamento devido a atual sociedade *hiperconectada*.

Destarte, com essa nova forma de veiculação de informações e, por conseguinte, publicidade, surge também o debate sobre a responsabilidade social dos influenciadores digitais como canais de veiculação na cadeia de consumo imersa nas plataformas digitais.

Diante disso, o presente trabalho possui como objetivo geral prospectar a responsabilidade reflexa dos influenciadores digitais em decorrência de danos sociais sobre produtos indicados por eles.

Para tanto, o presente trabalho teórico foi elaborado a partir da pesquisa documental e bibliográfica essencialmente qualitativa. Nessa toada, ele será fundamentado com livros, artigos, matérias jornalísticas, casos concretos, jurisprudências e leis para realizar o escopo proposto através de uma revisão de literatura sistemática.

Assim, a pergunta-problema que rege esta pesquisa é: como o ordenamento jurídico e a doutrina pátria estão tratando a responsabilidade social dos influenciadores digitais perante suas práticas comerciais e publicitárias?

Nesse diapasão, esta pesquisa visa trazer mecanismos para compreensão de como ocorre a responsabilidade pelos danos sociais frutos da publicidade dos influenciadores digitais frente aos consumidores e a coletividade vulnerável, haja vista que, ao depositar sua confiança nesses formadores de opinião, acabam por ser induzidos a adquirir produtos e serviços.

2 O MICROSSISTEMA CONSUMERISTA FRENTE À REALIDADE DIGITAL

Na contemporaneidade, pesquisadores entendem que o Direito vem cedendo espaço da perspectiva individualista para uma noção de desenvolvimento social de forma coletivizada, como fruto desse fato, o Direito do Consumidor pugna pelo equilíbrio das relações naturalmente desiguais (Miragem, 2016).

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é um microssistema inserido no ordenamento jurídico brasileiro o qual busca equalizar as forças na relação de compra e venda de bens e serviços, uma vez que o consumidor não possui todo o conhecimento técnico por trás do bem adquirido, de modo que, não raro, os consumidores são lesados por acreditarem que não utilizaram o produto corretamente, quando, na verdade, o produto apresenta defeito ou vício.

Nesse diapasão, demonstra-se que a vulnerabilidade é o fio condutor deste microssistema jurídico, conforme se verifica no Art. 4º, I, da lei consumerista, (Brasil, 1990). E a razão de se estabelecer a vulnerabilidade do consumidor como o elemento operacional da legislação vai no sentido de ordem técnica e econômica.

Neste cenário, com o fortalecimento do ambiente virtual no cotidiano dos indivíduos, o comércio digital foi alavancado e, em razão da praticidade e comodidade, as redes sociais se tornaram um verdadeiro mercado para compra e venda de produtos e serviços de todos os tipos, considerando que não mais

se exige que o consumidor se desloque até o espaço físico da loja, se houver, já que na atualidade existem atividades comerciais que funcionam somente via *Internet* e os produtos são retirados no local ou entregues no endereço determinado pelo cliente (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Destaca-se que, mesmo diante das novas práticas comerciais e de consumo, no bojo do ambiente virtual, utiliza-se majoritariamente o Código do Consumidor. Mesmo sendo este da década de 1990, tendo sido delineado em um momento aquém das plataformas digitais, Razão pela qual não existe um dispositivo específico para esta prática, decorrendo a proibição de interpretações do mencionado texto legal consumerista (Simas; Souza Júnior, 2018).

Para além disso, compreende-se que o ambiente virtual comporta diversos indivíduos e, a partir da exposição destes às práticas mercadológicas, seja por anúncios ou influenciadores digitais, pode-se verificar situação de vulnerabilidade coletiva. Esse termo já foi adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça² em julgados que abrangem grupos de pessoas (coletividade consumidora).

2.1 PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As atividades comerciais utilizam diversos mecanismos e operações para que as vendas de produtos ou serviço possam alcançar maior número de consumidores. Dentre os principais, destacar-se a publicidade e a propaganda.

Nesse sentido, é importante diferenciar os dois termos. Assim, a publicidade tem uma finalidade comercial, para que o potencial consumidor seja cativado pelo que é veiculado e se motive a adquirir determinado serviço ou

² Processo REsp 1164710/MG; RECURSO ESPECIAL 2009/0209255-1 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 12/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2015.

produto. Já a propaganda está conectada a ideias e conceitos, de modo que se criem opiniões, convicções, entre outros (Khouri, 2021).

Destarte, as propagandas se configuram a partir do perfil psicológico do consumidor, explorando seus sonhos nos anúncios e os seduzindo para adquirir o produto (Troiano, 2021). Por outro lado, a publicidade é atividade empresarial intrinsecamente conectada ao marketing, de forma que se busca informar ao consumidor onde, quando e como determinado bem, produto ou serviço pode ser adquirido (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua publicidade, mas trata da sua veiculação e das modalidades ilícitas no Capítulo 5³. Partindo disso, com a democratização do acesso a redes de computadores em 1970, e a criação das redes sociais, a internet se tornou um meio comercial, já no final da década de 1990. Conseqüentemente, a forma de adquirir produtos se tornou mais fácil (Troiano, 2021).

No âmbito brasileiro, o avanço da publicidade está associado ao uso da Internet, sendo um pilar importante para o desenvolvimento do mercado de consumo na sociedade da informação (Ferreira Júnior; Souza, 2022). Passa-se a falar de *marketing de influência*.

No atual cenário brasileiro, o marketing de influência vem aumentando cada vez a forma de consumir, sendo elas: com ações de divulgações, parcerias e vendas, por meio de digitais influencers. Desse modo, por se tratar de um mercado amplo, o marketing de influência, vem proporcionando as empresas mais espaço e visibilidade no mercado. Isso ocorre justamente pelo fato de passar para os seus seguidores confiança e garantir os requisitos diante daquela publicidade nas redes sociais (Ferreira Júnior; Souza, 2022).

Nesse sentido, uma pessoa exposta a campanha publicitária poderá ser persuadida a adquirir determinado bem ou serviço. Contudo, no que se refere à Era Digital, e a produção de publicidade nesse meio, existe pouca regulamentação acerca das mídias digitais, muito embora seja um campo passível de existir ilegalidade e danos sobre os consumidores nesse meio.

³ Capítulo V: Das Práticas Comerciais; Seção III: Da Publicidade.

3 O SURGIMENTO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

O avanço dos meios de comunicação, com inicialmente o rádio e a televisão e, posteriormente, meios tecnológicos com acesso à *Internet*, transformaram as estruturas sociais. Nos dias correntes, essa mudança de paradigma é conhecida como a quarta revolução tecnológica por parte da literatura (Di Felice, 2008).

Assim, esses parâmetros de comunicação digital, propiciados pela *Internet*, tornaram a comunicação muito mais difusa, intervindo na opinião pública para além de limites geográficos e, conseqüentemente, impactando a relação dos indivíduos. Nesse cenário, a ceara virtual passou a ser vista também como um meio comercial já no início da década de 1990 (Gomes; Gomes, 2017).

Diante disso, torna-se evidente que, com a *Internet* e as novas plataformas de interação, houve o advento, não só de uma nova esfera pública, com a construção de novos protocolos de comunicação (Castells, 2010), mas, para além disso, da readequação de toda a realidade. Esse quadro revolucionou, não apenas a forma dos indivíduos se comunicarem, mas também se informarem e consumirem.

Nesse contexto, como fruto desse arsenal de ferramentas de interações sociais, as plataformas digitais, que inicialmente foram projetadas para conversas, contatos, exposição de fotos e interações entre pessoas passaram a ser utilizadas para a viabilização de comércio digital, por meio da exposição de produtos nessas “vitrines virtuais”, ou através da contratação de pessoas influentes para a publicidade dos produtos (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Nessa conjuntura virtual, o consumidor, por um lado, encontra maior facilidade para o consumo, haja vista que ele pode realizar por meio digital, a qualquer horário e sem a necessidade de se deslocar. Por outro lado, torna-se ainda mais vulnerável, pois a quantidade de publicidade sobre produtos e serviços aumentou.

Assim, diferente do que acontecia antes da Era Digital, com os “garotos propaganda”, a exposição em tempo integral dos influenciados é muito mais imersa, de modo que as pessoas que os acompanham nas plataformas digitais

são tendenciadas a compreender como seria seus traços de personalidade e do seu estilo de vida, o que, conseqüentemente, acabaria por determinar alguns padrões de consumo e comportamento social de parte dos seus seguidores. Portanto, muito mais do que divulgar um produto ou serviço, eles influenciam determinada parcela da sociedade (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Diante disso, o termo “Influenciador Digital” começou a ser usado no ano de 2015 (Dias; Cunha; Silva, 2022) para se referir a pessoas que influenciam opiniões sobre determinados assuntos ou produtos diariamente. Assim, a partir de sua interação diária com seus seguidores, passam a ganhar a confiança destes e, por isso, influenciá-los sobre qual o melhor produto ou serviço.

Por conseguinte, os influenciadores digitais trabalham a partir do engajamento operado pelos algoritmos das redes sociais, para ganhar maior visibilidade de seus conteúdos e, por consequência, atrair as produtoras ou fornecedoras de bens e serviços para monetizar seus perfis (Troiano, 2021). Assim, os influenciadores são aqueles que têm poder no processo de decisão de compra de um sujeito, como o de colocar discussões em circulação, seja o de influenciar em decisões sobre o estilo de vida, gostos e bens culturais daqueles que estão em sua rede (Karhawi, 2019).

Nesse sentido, muitos influenciadores profissionalizam a produção de seus conteúdos ao ponto de contratarem uma equipe para moldar sua imagem e auxiliá-lo na produção de suas mídias, como contadores, marketing, cameraman, editores, roteiristas, fotógrafos, dentre outros profissionais. Isto posto, torna-se nítida a prática de uma atividade empresarial e o profissionalismo (Troiano, 2021).

Enfatiza-se que a atuação dos influenciadores digitais tem sido tão corriqueira e impactante nas redes sociais que já foi criado no Brasil um curso de graduação superior para este segmento, consoante o site da instituição:

O Centro Universitário Brasileiro - Unibra, localizado na cidade de Recife, possui em sua grade de humanas o curso de graduação de Digital Influencer, conforme se extrai do site da instituição o objetivo do curso é “oferecer pensamento estratégico para que as influenciadoras e influenciadores digitais possam desenvolver seus negócios pessoais, municiando-os com ferramentas de marketing e Comunicação Digital para conquistarem a relevância, audiência e rentabilização” (UNIBRA,

2018) A grade do curso contempla matérias como Economia, Modelagem estética e virtual, Português, Inglês Comercial, Tecnologia e Estudo Dirigido. Nota-se que não há matéria voltada a noções jurídicas, este é um ponto preocupante já que a atuação destes profissionais, não raro, envolve questões atinentes aos mais diversificados ramos do direito (Simas, Souza Júnior, 2018).

Destarte, é possível identificar o poder de convencimento que o *influencer* estabelece com seus seguidores, tendo em vista que o consumidor considera a opinião e o comportamento do influenciador como padrão de referência e, dessa forma, acaba adquirindo o produto ou serviço, por estar convicto que atingirá os objetivos divulgados (Dias; Cunha; Silva, 2022).

Por consequência, as empresas passaram a investir na contratação dos *digitais influencers* para criar conteúdo em prol de suas marcas, de modo que se pode falar de uma relação publicitária (Ferreira Júnior; Souza, 2022).

Trata-se de uma modificação já delineada por Zygmunt Bauman (2011) na qual os indivíduos são, ao mesmo tempo, os promotores das mercadorias e as mercadorias que promovem. São, simultaneamente, os produtos e seus agentes de marketing, os bens e os seus vendedores (Bauman, 2011). Dessa forma, a forma que os seguidores veem os influenciadores digitais tem potencial de moldar a forma como enxergam os bens e produtos divulgados por eles, de forma a associá-los a sua imagem.

Partindo de todo o exposto, entende-se que os influenciadores digitais podem ser considerados como profissionais, ainda não regulamentados por normativos, frutos da evolução tecnológica do consumo nas plataformas digitais, representando uma nova forma de fazer propaganda e publicidade de bens ou serviços, afetando diretamente na forma que o consumidor se relaciona nas relações de consumo.

4 A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE VIOLAÇÃO NA MANIFESTAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS SOBRE BENS E SERVIÇOS

A partir da percepção pelos fornecedores de bens e serviços do quanto os influenciadores digitais podem moldar a opinião de seus seguidores, as empresas passaram a contratá-los para divulgarem os seus produtos e marcas. Assim, muitas vezes, a publicidade é feita, de modo que pareça que tal mercadoria é de uso diário do *digital influencer*, conquistando a confiança dos influenciados (Troiano, 2021).

Além disso, os algoritmos utilizados nas redes sociais são projetados para trazerem lucros às grandes companhias. Por efeito, os usuários se tornam meros produtos desse comércio (Martins, 2021).

Dessa forma, com o advento das plataformas de interação digital, a exposição dos consumidores a propagandas e publicidades se tornou muito mais feroz e massiva, sem balizas quanto à vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade do usuário e da coletividade. Isto é, basta o indivíduo ter acesso às redes sociais que se torna um alvo, uma vez que não existe qualquer limitação de idade ou classe social para a exposição do produto ao potencial consumidor. Conforme pesquisas realizadas pela QualiBest (Karhawi, 2020):

Em 2018, com 4.283 internautas brasileiros, constatou-se que os influenciadores digitais são quase tão presentes na tomada de decisão de um consumidor para a compra de um produto quanto os familiares e parentes. Em uma escala de 0 a 100%, os respondentes confiam, em média, 50% nos influenciadores digitais e 56% em amigos e parentes.

Acrescenta-se o agravamento trazido pela pandemia da COVID-19, devido à necessidade de realização de medidas como o distanciamento social para contenção do vírus, o ambiente virtual tornou-se o principal meio de compra dos consumidores como substituição das lojas físicas. Assim, já no ano de 2020, o faturamento do *e-commerce* com compra e venda de produtos pela *Internet* cresceu em 41% com mais de 194 milhões de pedidos feitos no ano, consoante estudos *Webshoppers* realizado pela empresa Ebit/Nilsen & Bexs Banco (Martins, 2021).

É nessa conjuntura que os influenciadores digitais são contratados para a participação em campanhas publicitárias. Assim, empresas, fornecedoras de bens e produtos, escolhem qual influenciador seria o ideal para divulgar seu produto a partir da credibilidade e histórico dele, bem como o número de seguidores e engajamento alcançado. A partir disso, os contratados poderão utilizar de toda a sua criatividade para a divulgação de determinada marca ou produto na produção do conteúdo visando despertar o interesse no público que o acompanha (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Assim, utilização dos “*publiposts*” pelo digital influencer se deve ao fato de que se enquadra, dentro dos cinco princípios psicológicos que, segundo Malanga (1979), são necessários ao sucesso de um anúncio publicitário: atenção, interesse, desejo, ação e convicção.

Diante disso, é evidente que as postagens dos influenciadores digitais não se resumem apenas à sua rotina, utilizando-se também das suas redes sociais para incentivar o consumidor a comprar determinado produto ou adquirir determinado serviço. Analisando esse comportamento, parte da doutrina entende que eles são considerados fornecedores por equiparação, por servir de intermédio na relação de consumo (Ferreira Júnior; Souza, 2022).

Por conseguinte, o influenciador, aproveitando-se da relação de proximidade com os seus seguidores e do seu engajamento nas redes sociais, apresenta o produto ou serviço com conotação de que ele faz parte da sua vida cotidiana, transmitindo, assim, a ideia de que tal objeto é utilizado com frequência e imprescindível para o seu público fazendo propagandas e publicidades veladas (Troiano, 2021).

Dessa forma, verifica-se uma nova forma de se fazer publicidade e, conseqüentemente, uma nova configuração nas relações de consumo. Pois, além de que o fator confiança e aprovação do produto pelo divulgador demonstra uma nova relação jurídica. Sendo esta formada pelos influenciadores digitais, como formadores de opinião, e os seus seguidores (ou influenciados).

Contudo, importa destacar que nem sempre os produtos anunciados nas redes sociais através de influenciadores digitais possuem a clareza necessária

quanto à eficácia e qualidade, razão pela qual, nem sempre o que é anunciado condiz com a verdade dos fatos, gerando, não raro, danos ao consumidor final do produto (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Cita-se o caso concreto ocorrido com a influenciadora digital Bianca Andrade, conhecida também por “Boca Rosa”, no ano de 2017 decorrente de publicidade enganosa. À época, a influenciadora com aproximadamente 14 milhões de seguidores na rede social Instagram, divulgava produtos naturais para emagrecimento e estética, alegando mostrar os resultados no próprio corpo. Contudo, em participação de programa de grande repercussão na Internet, sem saber que estava ao vivo, afirmou que teria realizado cirurgias modeladoras, contrariando o que divulgou nas campanhas publicitárias veladas (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Há também o caso da Virgínia Fonseca. Esta realizou campanha publicitária de uma empresa responsável por telefones. Na ocasião, uma seguidora adquiriu o produto via Internet, contudo, mesmo após o pagamento, não recebeu o bem móvel. Assim, ajuizou ação em face da influenciadora digital, sendo esta condenada ao pagamento no valor do produto para a consumidora (Silva; Caderna; Gomes, 2022).

Em que pese casos como os explanados serem cada vez mais comuns, não existe ainda, no ordenamento brasileiro, a regulamentação para o exercício da profissão de influenciador digital, de modo que os profissionais que atuam nesta área são vistos como autônomos, uma vez que são contratados para o serviço e pode ser realizado utilizando de toda a técnica e instrumental disponível. Considerando que não existe legislação específica, incide sobre a publicidade nas mídias digitais o Código de Defesa do Consumidor.

Sobre essa ocorrência, Ana Filipa Ribeiro Couto (2019) alerta que a ausência de regulamentação deixa os consumidores, considerados como a parte vulnerável na relação de consumo, desamparados.

Para além disso, como se trata de uma divulgação para uma quantidade massiva de pessoas que se utilizam das plataformas virtuais, podendo a publicidade ou propaganda atingir não só os seguidores, mas demais usuários

das redes sociais, trata-se de uma vulnerabilidade coletiva, na qual a coletividade assume a condição de consumidora (STJ. REsp. 1164710/MG, Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 12/04/2012).

Urge-se, então, a questão da responsabilidade civil dos influenciadores digitais e a extensão da mesma perante o dano causado.

Nesse bojo, considera-se responsabilidade civil aquela que está relacionada ao dever de não prejudicar a outrem. Isto é, a obrigação de ressarcimento pelo dano causado a vítima (Martins, 2021).

Por conseguinte, a doutrina majoritária, encabeçada por Rizzato Nunes (2021), entende que o fornecedor do bem ou serviço, bem com aquele que presta o serviço publicitário são solidariamente responsáveis pelos prejuízos gerados na relação de consumo, independentemente do contrato que tenha vincule o fornecedor ao anunciante, conforme disposição do Código de Defesa do Consumidor, artigo 7º, parágrafo único.

Na mesma linha está Carlos Roberto Gonçalves (2012), que defende que todos aqueles que lucram com uma situação devem responder pelos riscos ou desvantagens dela resultante.

Tais premissas estão em coerência com o Código de Defesa do Consumidor, que prevê que nas relações de consumo a responsabilidade civil é, em regra, objetiva, solidária e fundamentada na teoria do risco.

Portanto, para grande parte dos estudiosos, a responsabilidade pelas informações prestadas não fica adstrita aos fornecedores, como menciona Priscila Wândega Jezler (2017):

Os influenciadores possuem liberdade de criação, sendo um dos motivos do sucesso da parceria com os fornecedores. A forma que a mensagem consegue ser transmitida, gerando uma maior aceitação dos seguidores, é ocasionado pela originalidade e pelo conteúdo autêntico produzido. Eles se envolvem diretamente com o produto e serviço, dando forma a publicidade, além disto os posts são veiculados em seus perfis pessoais, passando por seu crivo. Por consequência, eles devem ser, ao lado do fornecedor anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos. O propósito de incidência da solidariedade é gerar para todos os participantes da estruturação e divulgação da atividade publicitária, a assunção do ônus decorrente de sua atividade. Isso amplia a possibilidade de o consumidor acionar os sujeitos responsáveis e,

consequentemente, alcançar a reparação do dano, não arcando sozinho com o prejuízo.

Já Fábio Ulhoa Coelho (2012) entende que a responsabilidade de indenizar consumidores por danos advindos da publicidade é exclusiva do anunciante, com base legal no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, a doutrina de Leonardo Roscoe Bessa (2011) defende que os influenciadores digitais devem ser tidos como fornecedores por equiparação, por tratarem-se de indivíduos que atuam frente aos consumidores como se fossem os próprios fornecedores dos bens, devendo responder solidaria e objetivamente pelos produtos e serviços divulgados nas suas redes sociais.

Fortalece essa argumentação o artigo 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitário, o qual classifica como anúncios publicitários os *posts* dos influenciadores digitais em suas redes sociais (*publiposts*). Portanto, o seguidor equiparar-se-ia ao consumidor, uma vez que é destinatário final da publicidade realizada.

Portanto, há uma certa dissonância em relação ao tema pela jurisprudência e doutrina atuais.

Todavia é pacífico que quando o influenciador digital transmite alguma publicidade, mediante remuneração e demais elementos constantes da relação de consumo com escopo de instigar a compra, ele deve sinalizar que se trata disso, do contrário será considerada clandestina, nos moldes do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, devendo cumprir com o propósito da transparência e da informação exigidos por esse microssistema (Troiano, 2021).

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 2021), editou normativas para que a publicidade promovida pelos influenciadores digitais nas redes sociais, possa ter alguma diretriz do que deve ou não ser exposto. Contudo, se trata de órgão não governamental, e, portanto, essa regulação não possui força de lei, apenas o condão de sanções nos âmbitos ético e administrativo.

Ademais, até o momento, nenhum caso relacionado a responsabilidade dos influenciadores digitais foi julgado pelos Tribunais Superiores.

Sob uma análise comparada, a França aprovou lei para regular a profissão dos influenciadores digitais em redes sociais com o apoio de 356 Senadores. Segundo o normativo francês, os formadores de opinião não poderão mais promover produtos ou serviços considerados de risco, como tratamentos estéticos cuja prescrição deva ser realizada por profissionais de saúde, também estão impedidos de fazer publicidade com relação às apostas, como investimentos em criptomoedas e outros tipos de produtos financeiros de risco, além de produtos relacionados ao consumo de tabaco e nicotina. A norma também impõe deveres, como o de alertar aos seguidores sobre imagens produzidas por inteligência artificial, bem como fotos e vídeos que tenham passado por filtros de edição. Dentre as sanções previstas pelos descumprimentos vão de multa e até penas de dois anos de prisão (Folha De São Paulo, 2023).

Partindo dessa ótica, no que se refere à política nacional das relações de consumo brasileira, a Constituição Federal de 1988 expressa que determinadas categorias necessitam de uma maior proteção do Estado, sendo uma das ações governamentais a proteção efetiva do consumidor (Brasil, 2017). Assim, enquanto não há uma normatização específica dessa nova realidade trazida pelas redes sociais de interações virtuais, deve-se tanto a doutrina quanto a jurisprudência balizar-se a partir dos princípios fundamentais do microssistema consumerista e das premissas constitucionais.

Contudo, muito embora esse microssistema possa suprir os casos da responsabilização das práticas comerciais em ambientes virtuais, ainda não existe um normativo específico capaz de coibir ou prevenir condutas ilícitas, como ocorreu no caso francês. Assim, os influenciadores digitais brasileiros ainda estão livres para divulgar procedimentos estéticos, medicamentos, aplicativos de apostas, dentre outras práticas que tem grande potencial de lesar a parte mais vulnerável da relação de consumo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Zarpando-se em todo o exposto, o escopo da pesquisa foi o de prospectar a responsabilidade reflexa dos influenciadores digitais em decorrência de danos sociais sobre produtos indicados por eles.

Para tanto, inicialmente explanou-se acerca do microsistema consumeristas e sua configuração sobre os novos comportamentos e formas de se relacionar surgidas no bojo das plataformas digitais. Assim, por se tratar de um novo espaço de interações simultâneas, os integrantes da cadeia de consumo perceberam a potencialidade de publicizar seus produtos e serviços nas redes virtuais e, uma das principais formas, foi através dos influenciadores digitais. Estes tornando-se responsável pela ponte entre o produto ou serviço e o consumidor.

Apoiando-se nisso, foi esclarecido o que são os influenciadores digitais, por meio da conceituação produzida por diversos pesquisadores, sendo esses, em suma, pessoas com capacidade de influenciar outras no ambiente virtual, a partir da sensação de proximidade trazida por essa conjuntura e da criação de conteúdos de cunho diário.

A partir disso, demonstrou-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui legislação específica para regular a publicidade desempenhada nas redes sociais pelos influenciadores. Assim, tal demanda fica preenchida pelo microsistema consumerista, bem como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 2023), embora não se trate de órgão estatal e possa dispor apenas de sanções administrativas, como o recolhimento da campanha publicitária, o que não é o suficiente para impedir a reiteração de possíveis condutas danosas.

Contudo, parte da doutrina, inclusive alguns tribunais brasileiros, entendem que o influenciador deve responder solidariamente de forma objetiva pelo dano causado ao consumidor, posto que àquele pode ser caracterizado como fornecedor por equiparação, já que atua como intermediário para que a relação de consumo ocorra, de modo que também pode ser inserido em uma cadeia de fornecedores.

Nesse diapasão, ao analisar a legislação comparada, identificou-se que na França ocorreu recentemente a aprovação de uma lei que regulou a profissão dos influenciadores digitais nas suas redes sociais, de forma a criar direitos, obrigações e proibições no exercício desse ofício, como o impedimento de promover publicidade de serviços considerados de risco.

Por todo o analisado, conclui-se com o presente estudo que os influenciadores digitais exercerem o poder de persuasão sobre aqueles que os acompanham nas redes sociais, podendo induzir a comportamentos e incentivar escolhas, convertendo seguidores em potenciais consumidores dos bens e serviços que são divulgados, não podendo ter a responsabilidade afastada na ocorrência de abusos ou ilegalidades.

Destarte, muito embora o Código de Defesa Consumidor consiga suprir casos concretos de responsabilidade de danos causados pelos influenciadores, ainda não existe normativo legal que vise coibir ou prevenir tais danos como ocorreu no ordenamento francês. Razão pela qual deve ser melhor regulada a relação jurídica entre o prestador de serviços ou vendedor do bem com o profissional de publicidade nas redes em função do que chega aos usuários-consumidores imersos nas redes sociais, haja vista que as relações de consumo são essencialmente desequilibradas, estando o consumidor ou a coletividade vulnerável no lado mais baixo da balança.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BESSA, L. R. Fornecedor equiparado. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org). **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

CASTELLS, M. **The power of identity, the information age: Economy, Society and Culture.** Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR (Brasil). **Guia de publicidade por influenciadores digitais.** Conar, online, 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 27 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR (Brasil). **Sobre o CONAR: História.** Online. 2023. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 27 maio 2023.

COUTO, A. F. R. **O processo de decisão de divulgação de publicidade remunerada: um estudo dos influenciadores digitais no Instagram, em Portugal.** 2019. Dissertação (Mestrado em Gestão Comercial) - Faculdade de Economia Universidade Porto, Portugal, 2019.

DI FELICE, M. **Do público para as redes.** São Caetano do Sul: Difusão, 2008.

DIAS, M. C. C.; CUNHA, W. O.; SILVA, M. F. P. Responsabilidade Civil dos Digitais Influencers quando garantem a qualidade dos produtos e/ou serviços divulgados à luz do CDC. **JNT Facit Business and Technology Journal.** ed. 34, v. 1, p. 392-407, 2022. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. Acesso em: 27 maio 2023.

FERREIRA JÚNIOR, A. C.; SOUZA, M. V. B. A Responsabilidade Civil do Digital Influencer e a Vulnerabilidade do Consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 23, n. 1, p. 55–63, 2022. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/view/10073>. Acesso em: 14 jun. 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. **França aprova lei para regular ‘selva’ dos influenciadores nas redes sociais.** 2023. Brasil. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/06/franca-aprova-lei-para-regular-selva-dos-influenciadores-nas-redes.shtml>. Acesso em: 09 jun. 2023.

GOMES, E. C.; GOMES, E. F.. O papel dos Influenciadores Digitais no relacionamento entre Marcas e Millebbials na Era Pós-Digital. *In*: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 19., 2017, Fortaleza, CE. **Anais [...].** Fortaleza: Intercom, Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, jul. 2017.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JEZLER, P. W. **Os influenciadores digitais na sociedade de consumo**: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita. 2017. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia. Bahia/BA, 2017.

KARHAWI, I. Crises geradas por influenciadores digitais: propostas para prevenção e gestão de crises. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO CIENTÍFICO DE COMUNICAÇÃO ORGANIZACIONAL E DE RELAÇÕES PÚBLICAS, 13., 2019, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: Abracorp, jun. 2019. Disponível em: [https://abrapcorp.org.br/site/manager/arq/\(cod2_22771\)IssaafKarhawi_GT6_Abrapcorp2019.pdf](https://abrapcorp.org.br/site/manager/arq/(cod2_22771)IssaafKarhawi_GT6_Abrapcorp2019.pdf). Acesso em: 15 mar. 2023.

KHOURI, P. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2021

MALANGA, E. **Publicidade**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 1979.

MARTINS, M. F. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais nas relações de consumo. **Revista Conteúdo Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57127/responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-nas-relaes-de-consumo>. Acesso em: 23 maio 2023.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor I**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, A. M.; CARDENA, J. R.; GOMES, S. E. R. Influenciadores digitais: análise acerca da responsabilidade civil. *In*: HEWLDSO, R. M; COSTA; C. E. F. (org.). **Direito contemporâneo**: desafios e possibilidades. Ponta Grossa: Editora Aya, 2022. DOI: 10.47573/aya.5379.2.82.17. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/Livros/L167C17.pdf>. Acesso em 01 jun. 2023.

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. Um estudo do poder na sociedade da informação. **Revista de Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 03, set./dez. 2000. DOI dx.doi.org/10.1590/S0100-19652000000300008.

SIMAS, D. C. S.; SOUZA JÚNIOR, A. M. Sociedade em rede: os *influencers* digitais e a publicidade oculta nas redes sociais. **Revista Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Salvador/BA, v. 4, n. 1, p. 17-32, 2018.

TROIANO, J. M. **A responsabilidade do digital influencer por dano social.** 2021. Monografia (Graduação). Curso de Direito, Centro Universitário Curitiba, Paraná, 2021.

RONALD DWORKIN: PRINCÍPIOS E INTEGRIDADE

RONALD DWORKIN: PRINCIPLES AND INTEGRITY

RONALD DWORKIN: PRINCIPIOS E INTEGRIDAD

Alexandre Brandão Rodrigues¹

RESUMO

Este estudo aprofunda a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, focando nos princípios e na interpretação como elementos centrais dessa abordagem. O objetivo é compreender como os princípios desempenham um papel essencial na atividade jurídica, orientando as decisões de acordo com valores morais da sociedade. A interpretação construtiva é analisada como um processo criativo e reflexivo na busca da resposta correta para cada caso concreto. Como resultado se concluiu que teoria de Dworkin oferece uma visão crítica ao positivismo jurídico, enfatizando a importância da legitimidade moral das decisões judiciais e da coerência do sistema legal.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo. Princípios. Integridade.

ABSTRACT

This study delves into Ronald Dworkin's theory of law as integrity, focusing on principles and interpretation as central elements of this approach. The goal is to comprehend how principles play an essential role in legal activity, guiding decisions in accordance with society's moral values. Constructive interpretation is analyzed as a creative and reflective process in the pursuit of the correct answer for each specific case. As a result, it is concluded that Dworkin's theory offers a critical view of legal positivism, emphasizing the importance of the moral legitimacy of judicial decisions and the coherence of the legal system.

Keywords: Contemporary constitutionalism. Principles. Integrity.

¹ Bacharel em Ciências Militares pela APM/RS (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestre em Direito pela UNISC (2018). Ex-Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do RS. E-mail: alexandre@defensoria.rs.def.br

RESUMEN

Este estudio profundiza en la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin, centrándose en los principios y la interpretación como elementos centrales de este enfoque. El objetivo es comprender cómo los principios desempeñan un papel esencial en la actividad jurídica, guiando las decisiones de acuerdo con los valores morales de la sociedad. La interpretación constructiva se analiza como un proceso creativo y reflexivo en la búsqueda de la respuesta correcta para cada caso específico. Como resultado, se concluye que la teoría de Dworkin ofrece una visión crítica del positivismo jurídico, enfatizando la importancia de la legitimidad moral de las decisiones judiciales y la coherencia del sistema legal.

Palabras clave: Constitucionalismo contemporáneo. Principios. Integridad.

Data de submissão: 17/08/2023

Data de aceite: 17/10/2023

1 INTRODUÇÃO

A teoria do direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, representa uma das mais influentes abordagens da teoria do direito no constitucionalismo contemporâneo. A partir da premissa de que o direito é uma construção moral contínua e que os princípios desempenham um papel central na atividade jurídica, Dworkin desafiou paradigmas estabelecidos e provocou uma nova compreensão da relação entre direito, moral e interpretação.

Este artigo tem como objetivo aprofundar a compreensão dos principais elementos da teoria de Dworkin, com especial ênfase no papel desempenhado pelos princípios e pela interpretação. Pretende-se compreender o papel fundamental que os princípios desempenham em sua teoria e de que forma eles atuam como padrões morais que orientam a atividade jurídica, conferindo coerência ao sistema legal. Além disso, busca-se compreender a importância da interpretação no contexto do conceito de “direito como integridade”.

Dessa forma, ao analisar a teoria do “direito como integridade”, visa-se proporcionar uma abordagem aprofundada e crítica sobre o papel dos princípios e da interpretação na compreensão da atividade jurídica. O intuito é explorar a

complexa relação entre direito e moral, bem como as implicações dessa concepção para o constitucionalismo contemporâneo. Ao discutir esses aspectos fundamentais da teoria de Dworkin, pretende-se contribuir para enriquecer o debate acadêmico e promover a reflexão crítica sobre a aplicabilidade e relevância dessa abordagem filosófica no contexto jurídico atual.

2 A CONCEPÇÃO DE DIREITO DE RONALD DWORKIN: O LUGAR E A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Ao questionar o positivismo jurídico, especialmente a vertente analítica de Herbert Hart, Ronald Dworkin construiu sua própria teoria. A principal crítica de Dworkin à obra de Hart centra-se na interpretação e na integração de normas jurídicas em decisões judiciais. Para Hart, em casos onde o direito é incompleto, não oferecendo uma resposta clara para situações concretas, o juiz deve recorrer ao seu poder discricionário, ou seja, a sua capacidade de tomada de decisão, seu poder de criação, embora limitada pela necessidade de conformidade com os fundamentos do sistema jurídico existente².

Dworkin contesta essa discricionariedade deixada em aberto pelo positivismo jurídico na área cinzenta das normas, considerando-a uma forma de arbitrariedade. Ele argumenta que essa prática não apenas contraria o princípio da não retroatividade da lei, mas também possibilita que o juiz desempenhe um papel de legislador. Dworkin sustenta que essa função não está dentro do escopo das competências institucionais do juiz no Estado (Rodrigues, 2005).

Ele adota a perspectiva interna dos participantes, particularmente dos juízes, para embasar sua análise e crítica tanto o convencionalismo (positivismo jurídico) quanto o pragmatismo jurídico. Sua principal discordância com o positivismo reside na interpretação das regras. Enquanto o positivismo se apoia em critérios factuais para determinar a verdade ou falsidade de uma proposição

2 Para saber mais sobre a teoria de Hart: “RODRIGUES, Alexandre Brandão. Hart e a discricionariedade judicial: o papel da filosofia analítica e dos princípios em sua teoria. **Revista da Defensoria Pública RS**, Porto Alegre, ano 14, v 1, n. 32, p. 122-140, 2023”.

jurídica, Dworkin advoga por uma abordagem interpretativa, argumentando que o direito deve ser entendido de maneira conceitual (Rodrigues, 2005).

Dworkin rejeita a suposta objetividade e clareza prometidas pelo positivismo, oferecendo uma descrição interpretativa. Ele sustenta que o melhor sentido moral a ser extraído do direito não se limita a regras claras. “Além disso, em sua visão, o melhor sentido moral que se pode extrair do direito exige que não pensemos que o direito se esgota em regras claras.” (Guest, 2010, p. 131). Seus argumentos contra a discricionariedade judicial permitida pelo positivismo jurídico podem ser resumidos em duas principais ideias: primeiro, essa discricionariedade vai contra o princípio da separação de poderes, permitindo que o juiz assuma um papel legislativo; segundo, essa prática discricionária do juiz se traduz em uma norma retroativa, violando o princípio da legalidade. “Se os juízes inventam o direito em casos difíceis, segue-se que as partes são sujeitas à lei que, por hipótese, não estava em vigor quando dos acontecimentos ocorreram.” (Guest, 2010, p. 168).

A teoria de Dworkin também se afasta do pragmatismo jurídico, pois considera que os direitos não podem ser simples instrumentos para aprimorar a sociedade. Em sua visão, a teoria do "direito como integridade" enfatiza a necessidade de coerência entre os ideais de justiça, imparcialidade e igualdade, promovendo ajustes. Esse ajuste é mais simples em casos onde existem regras claras, mas em situações complexas, quando não há regras específicas, um processo argumentativo baseado em princípios se torna essencial. (Dworkin, 2014).

A integridade para Dworkin se coaduna com a ideia de virtude política, de ideal político, ligada à ideia de comunidade de princípios. Trata-se, portanto, da melhor interpretação constitutiva para as práticas legais, em especial, se utilizada nos casos difíceis. Conforme essa perspectiva teórica, as opiniões interpretativas combinam dois tipos de elementos: um voltado ao passado (próprio do convencionalismo) e outro para o futuro (como programas instrumentais pragmáticos) (Campos; Ardisson, 2013).

Ao analisar vários casos práticos, Dworkin (2014) propõem um novo conceito de direito. Ele argumenta que o direito não é mais apenas a

interpretação lógico-semântica do texto da lei, mas a interpretação da lei deve ser feita juntamente com os princípios que norteiam o sistema jurídico. Embora ele não descarte o conceito de regra jurídica, Dworkin reformula sua interpretação, afirmando que as normas não são apenas textos, mas os significados construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos, como diz Ávila (2004, p. 22): “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.

Essa foi a grande guinada dada por Dworkin, a guinada interpretativa. Chueiri (2006) resume as principais teses defendidas por Dworkin em: a tese dos direitos, em que há uma distinção entre princípios e políticas, sendo que aqueles são baseados em argumentos jurídicos; seguida pela tese da única resposta certa; que por sua vez conduz a concepção do direito como uma cadeia (romance em cadeia):

Assim concebido, o Direito experimenta o que se pode chamar de *guinada interpretativa*. Na esteira das teses anteriores Dworkin parte da compreensão do Direito como um conceito interpretativo da prática jurídica. Somente a partir de uma atitude interpretativa (crítico-hermenêutica) em relação à prática jurídica é possível compreender o direito para além de sua descrição, normativamente. (Chueiri, 2006, p. 260).

Outra característica essencial da teoria de Dworkin é a visão da necessidade da legitimação moral para o conceito de direito. Essa característica de sua teoria fez com que vários outros autores o qualificassem como jusnaturalista³. Dimoulis (2006), inclusive, o qualifica com um jusmoralista radical, por entender que existe uma união conceitual entre direito e moral na sua teoria, ou seja, que o direito não pode ser interpretado senão de acordo com as concepções morais da sociedade. Guest (2010) entende que, para Dworkin, a descrição e a objetividade do argumento jurídico não dão conta da justificação moral da coerção do Estado. E que essa avaliação moral deve ser feita de forma objetiva: “Se não houve objetividade e as questões de moralidade fossem

3 A exemplo de Ferrajoli et al., 2012.

apenas uma questão de gosto, não de julgamento, não haveria nenhum sentido em participar de debates sobre tais questões.” (Guest, 2010, p. 2).

A ausência de normatividade dos princípios e, até a ausência dos princípios no conceito do direito, bem como a discricionariedade da decisão judicial na zona de penumbra da norma são as maiores críticas que foram feitas por Dworkin ao positivismo jurídico. Mas, como visto, não foram as únicas, pois o seu conceito substancialista da norma jurídica, difere do conceito formalista do positivismo jurídico.

Dworkin, rejeita as bases do positivismo jurídico, pois entende que a postura meramente descritiva (pré-interpretativa) é somente uma fase do argumento jurídico. O argumento jurídico exige justificação (fase interpretativa) e que lhe seja dado o melhor sentido moral (fase pós-interpretativa), isso é o que ele chama de direito como integridade. Por isso o positivismo se trata de uma perspectiva teórica superada e é “inevitavelmente contraditório, pois, apesar de apenas reconhecer como direito o que for previamente convencionado como direito, ele admite que o juiz possa, discricionariamente, 'criar' a norma.” (Campos; Ardisson, 2013, p. 255).

Para Dworkin, toda norma é composta por princípios e tais princípios não podem ser explicados pela regra de reconhecimento (Bitencourt; Calatayud; Reck, 2014; Rodrigues, 2005). Segundo Lois (2006), para Dworkin, as regras são normas que:

se aplicam na forma do tudo ou nada; princípios aplicam-se numa dimensão de peso e importância; e políticas são aquelas que fixam objetivos a serem alcançados, visando melhorias políticas e sociais. Diferenciam-se dos princípios, pois estes devem promover às exigências de justiça ou de equidade. Assim, ele vai defender a coexistência de direitos morais ao lado de direitos legais, sendo que estes não têm necessariamente primazia sobre os primeiros. A moralidade, por seu turno, encontra-se albergada nos princípios, porém ele alerta que a relação entre direito e moral é bastante problemática e necessita de critérios claros para seu uso. (Lois, 2006, p. 274).

Isso porque os princípios têm como característica serem gerais e indeterminados e a colisão de princípios deve ser analisada no caso em concreto, ponderando de acordo com o peso e a importância de cada um. O princípio que tiver maior peso preponderará sobre o outro, mas o princípio

preterido manterá a validade. Dessa forma, o sistema jurídico para Dworkin não é um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios (Bitencourt; Calatayud; Reck, 2014).

Mas, segundo Guest (2010), com o “Império do direito”, Dworkin refinou a sua teoria, a base da sua teoria está na integridade, que exige coerência entre ideais de justiça, imparcialidade e igualdade, ou seja, um ajuste. Esse ajuste nos casos em que a norma for uma regra se dá de maneira mais simples, mas nos casos difíceis, quando não existir regra (ou regra clara), precisará de um processo argumentativo mais elaborado, com base em princípios.

Ressalta Habermas que, para Dworkin, os princípios têm um caráter deontológico, por isso que não são arbitrários, pois, tendo fundamentação deontológica, eles terão “[...] um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso são suficientes para ir além de justificativas e fundamentar as próprias premissas” (Habermas, 2003, p. 262). Por isso, é necessário que haja a integração dos princípios na decisão judicial dos casos difíceis. O direito, portanto, é mais do que a lei para Dworkin, não se esgota no conteúdo das regras legais e, muito menos, na interpretação semântica dessas regras. Assim, com base nos princípios, Dworkin constrói uma teoria que visa desautorizar a discricionariedade judicial, sustenta um modelo jurídico que tem bases muito mais materiais do que formais (Rodrigues, 2005).

Para Dworkin, é dever do juiz eliminar a arbitrariedade da decisão, descobrindo o direito específico das partes em um conjunto coerente de princípios que provêm da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade. Mas, para identificar esses princípios, primeiro deve diferenciá-los de políticas. A diferença do conceito de princípios para o de políticas, para Dworkin, é que: Os argumentos políticos são utilizados pela prática legislativa com o fim de apresentar uma solução para um grupo, ou seja, visa um fim coletivo, que pode ter um caráter econômico, político ou social; já os princípios visam proteger ou garantir um direito individual ou coletivo, mas dizem respeito a questões de justiça, equidade, ou seja, tem uma dimensão moral. São os princípios, não a

política, que informam a prática judicial (Bitencourt; Calatayud; Reck, 2014; Rodrigues, 2005).

Segundo Guest (2010, p. 64), “[...] em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas”. Os princípios nunca podem ser reduzidos a políticas, ou seja, o juiz não pode afastar um princípio que visa garantir um direito em prol de uma meta utilitarista (política), mesmo que essa meta vise beneficiar grande parte da comunidade: “Isso é confirmado pela conhecida afirmação de Dworkin de que direitos são ‘trunfos’ que vencem metas utilitaristas.” (Guest, 2010, p. 67).

Delimitada as bases gerais da teoria de Dworkin e a função e o papel dos princípios na sua teoria, é necessário agora entender o que se trata de direito como integridade e detalhar melhor como se dá, na sua teoria, a interpretação das normas jurídicas frente ao caso concreto.

3 O PAPEL DA JUSTIÇA E DA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS NO CONCEITO DE DIREITO: O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Existem duas áreas em que Dworkin tem grande interesse: a interpretação e a ideia de integridade. Ressalta Guest (2010) que, em termos de interpretação, a teoria de Dworkin é puramente moral, mas ele confere um status especial à moralidade, que não decorre de uma visão subjetiva, mas sim que está sujeita à revisão, à correção e, em resumo, à razão. Segundo a teoria de Dworkin, são os princípios de igualdade e liberdade “[...] que justificam as instituições da democracia e do direito. Ele também afirma que o direito é uma parte integral da democracia, particularmente interessada no papel dos ramos característicos da democracia: a legislatura e o judiciário.” (Guest, 2010, p. 2)

A sua teoria da interpretação jurídica tem dois pontos fundamentais: Primeiro, que há sempre uma resposta correta para o direito; e no seu conceito de integridade, está englobado o devido processo legal. Segundo que essa resposta correta está no contexto de coerência do sistema normativo. Por isso, ao responder o que é o direito, Dworkin não desconsidera o sistema legal, ao contrário, parte dele (Rodrigues, 2005). Dworkin não é contrário à descrição e à

normatividade do direito; ele entende que existem conceitos que necessitam ser melhor interpretados e que a mera descrição não consegue fornecer esses significados (Guest, 2010).

Dworkin defende que não existe uma interpretação geral, a interpretação tem que ser feita de forma holística, de modo a congregar uma variedade de valores. Ele compara a interpretação jurídica à interpretação artística, pois em ambas o intérprete analisa o trabalho iniciado por outra pessoa. Portanto, interpretação não deve ser confundida com criação⁴. O intérprete deve respeitar o trabalho que foi iniciado, mas também realizar uma interpretação criativa, preocupando-se com as intenções e os propósitos do intérprete, não do autor. A interpretação construtiva não transforma o objeto conforme o mero desejo do intérprete, mas busca torná-lo o melhor possível (Dworkin, 2007, 2014). Guest destaca que a teoria de Dworkin não é meramente idealista, pois é sensível a argumentos reais utilizados pelos juízes nas decisões, sendo assim testável. “Além disso, o pano de fundo deve ser o melhor sentido moral que se possa tirar dos materiais jurídicos, pois sua teoria é uma teoria do *direito*, não de como as coisas deveriam ser moralmente em um mundo ideal.” (Guest, 2010, p. 44)

O melhor sentido moral a que Dworkin se refere não é nem a justiça, nem a igualdade, nem a imparcialidade, mas a integridade. Essa integridade exige coerência com ideais de justiça, igualdade e imparcialidade. Guest afirma que a fusão da teoria jurídica com a teoria moral de Dworkin se dá com a ideia de integridade, que é distinta, mas coerente com a justiça e a imparcialidade: “[...] justiça, segundo a qual o estado correto de coisas existe na sociedade, e distinta da imparcialidade, uma concepção de igualdade segundo a qual ‘se deve conceder voz a cada ponto de vista no processo de deliberação’.” (Guest, 2010, p. 44-45)

Portanto, a interpretação jurídica deve ser coerente com esse pressuposto de integridade, que tem como base uma comunidade de princípios como

4 Ou com criação discricionária do Direito, como entendem algumas correntes positivistas jurídicas.

concepção única de justiça e equidade. Nessa concepção, as proposições jurídicas só são verdadeiras se derivarem desses princípios. Embora a compartimentação seja condenada, não pode ser ignorada, pois faz parte da prática jurídica (Rodrigues, 2005). Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 105) ressaltam que: “[...] ao se fundamentarem os princípios em sentimentos de justiça, Dworkin não reconhece os direitos vinculados pelos princípios como oriundos genuinamente da legislação ou da jurisprudência e, sim, como preexistente à sua positivação”.

A coerência é um conceito-chave no pensamento de Dworkin, pois fornece racionalidade à argumentação legal. É um critério de legitimidade das decisões judiciais, pois está relacionado aos princípios gerais e à capacidade das normas do sistema jurídico de fazerem sentido com esses princípios. Guest destaca que a coerência não é apenas consistência, ou seja, ausência de contradição lógica, mas "deve expressar uma única e abrangente visão de justiça", descrevendo "uma situação em um nível altamente abstrato, onde somos reduzidos a dizer que as coisas devem fazer sentido, ou 'se sustentar', sem sermos muito específicos. A coerência só é plenamente compreensível em um contexto específico." (Guest, 2010, p. 46-47)

A coerência é convocada no “direito como integridade”, pois as normas devem ser interpretadas e as decisões judiciais prolatadas em conformidade com a história legal e com os princípios ético-políticos da comunidade. A coerência é a chave do sistema legal, pois conduz o direito a uma resposta correta (Rodrigues, 2005). Assim, para que um ato normativo seja coerente, deve estar de acordo com a história da comunidade, com os precedentes e com as normas existentes, buscando sempre um melhor sentido de tudo.

Nesse contexto, como já foi adiantado, de acordo com Dworkin (2014), a atitude interpretativa se desdobra em três etapas:

Na primeira etapa, pré-interpretativa, identificam-se as regras que regulam o caso concreto, exigindo certo consenso quanto a essas regras. Afirma-se a existência da regra, mas sem referência ao seu conteúdo (Dworkin, 2014).

Na segunda etapa, interpretativa, apresenta-se a justificação geral dos elementos elencados na primeira fase. O intérprete apenas interpreta, não inventa: “[...] as pessoas entendem suas compreensões do significado das regras a caso não evidentes.” (Guest, 2010, p. 36) Busca-se o sentido, trata-se da fase significativa para a filosofia do direito. Ressalta Guest (2010) que a teoria de Hart é um bom exemplo da fase pré-interpretativa, mas com elementos interpretativos. É pré-interpretativa “[...] porque é um bom relato que as pessoas aceitariam (e aceitam) como descrição razoavelmente precisa do direito” (Guest, 2010, p. 35); e interpretativa porque “[...] valeu-se da identificação empírica factual de razões para considerar certos critérios como determinando o que era direito.” (Guest, 2010, p. 35)

Na terceira etapa, pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete molda sua ideia sobre o que a prática requer, de modo a servir como justificção, sempre buscando o melhor sentido da norma, conforme os critérios de integridade e coerência. Guest (2015) adverte que, para Dworkin, o argumento moral está na essência do argumento jurídico. Portanto, o direito é uma justificção moral para coerção estatal: “[...] é um conceito por meio do qual entendemos que o sentido do direito é limitar e autorizar a coerção estatal.” (Guest, 2010, p. 38). Assim, resume Dworkin (2014, p. 83-84):

Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob uma melhor luz, e de juízos se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo. Essas convicções substantivas devem ser independentes das convicções sobre adequação que descrevemos há pouco; do contrário, estas últimas não poderiam exercer coerção sobre as primeiras, e, ao final, a pessoa não poderia distinguir interpretação e invenção.

Para demonstrar essa metodologia, devido à associação de Dworkin ao movimento *Law and Literature*, ele utiliza-se da metáfora “romance em cadeia” (chain novel) para explicar e identificar a prática legal como um exercício interpretativo. Dworkin (2014) atribui um papel ativo às disposições legais, pois combina elementos descritivos e avaliativos e estabelece um elo entre a literatura e o direito (Rodrigues, 2005). Ele compara o trabalho do juiz a um autor de um romance em cadeia, que pega a obra já iniciada, mas não terminada. O

romancista, no caso do romance em cadeia, tem que ser intérprete e criador do romance ao mesmo tempo, pois deve interpretar e considerar o que já foi escrito, para criar a sua parte de forma coerente com o todo (Dworkin, 2014). Esse método reformula a tese não intencionista de Dworkin, visto que o que importa não é a intenção dos autores anteriores, mas a interpretação do contexto da obra coletiva (Rodrigues, 2005).

O prius metodológico é o caso jurídico. A norma é o produto da interpretação do texto da lei e não o texto da lei. O objeto é orientado como critério normativo jurídico para a solução do problema. A norma deve ser encarada na perspectiva do caso em concreto e no quadro do sistema. O texto é o ponto de partida para interpretação jurídica e estabelece-se uma dialética entre norma e o caso. A interpretação jurídica se consuma na continuidade entre a interpretação, aplicação e integração (Rodrigues, 2005). Trata-se de um excelente exemplo de aplicação de coerência no direito como integridade, pois: “Como no romancista em cadeia, as conclusões pós-interpretativas do juiz, consubstanciadas na decisão judicial, devem ser derivadas de interpretação que se adapte aos fatos anteriores e, na medida do possível, os justifique.” (Decat, 2015, p. 225).

Portanto, o direito como integridade não abandona o convencionalismo (e, conseqüentemente, o positivismo), mas parte dele. Habermas (2003) ressalta que Dworkin pretendeu criar uma teoria do direito e não uma teoria da justiça. Portanto, os princípios para ele não são princípios de justiça, mas determinações de objetivos válidos, para justificar uma ordem jurídica concreta, na qual as decisões tomadas se encaixem de forma coerente.

Verifica-se que, ao contrário do que muitos pensam, a teoria de Dworkin não é jusnaturalista. Apesar de, na busca da resposta certa e nas decisões que o intérprete precisa tomar em cada uma das fases da interpretação, ele ter que se valer da intuição. Guest (2010, p. 18) reconhece que a abordagem de Dworkin é "intuitiva e prática". Por ser intuitiva, traz consigo muito do subjetivismo do intérprete, o que pode torná-la solipsista e deixar margem para discricionariedade. Embora, como adverte Guest (2010, p. 18), "Dworkin nos

oferece muitos de seus discernimentos intuitivos, misturados com tentativas de explicá-los em um relato estruturado".

Para materializar a sua perspectiva ideal do processo interpretativo (que leva em consideração a integridade e coerência), Dworkin (2014) cria a figura idealizada do juiz Hércules, que, como a figura mitológica, é capaz de realizar façanhas impossíveis, por ser dotado de uma imensa capacidade e paciência infinita. Com o procedimento utilizado pelo juiz Hércules para julgar, Dworkin pretende demonstrar que os juízes devem se valer dos princípios de justiça e também atentar para os objetivos e estratégias políticas da sociedade em que estão inseridos.

Dworkin (2014) destaca que o juiz não é um legislador; por isso, suas decisões não podem se basear em questões políticas, mas sim em princípios. O juiz deve questionar se a sua decisão está de acordo com o precedente e verificar se ela é coerente com uma rede de estruturas e decisões da comunidade, excluindo decisões que não estejam coerentes com a prática jurídica. Segundo Habermas (2003, p. 264)., o juiz Hércules faz a sua análise:

Partindo da moldura constitucional e passando pelas normas particulares do direito constitucional, simples leis e direitos consuetudinários, até decisões de princípios, comentários e outras fontes de direito, cresce a contingência dos contextos de surgimento e, com isso, o espaço para uma avaliação retrospectiva modificada. Dworkin discute, de maneira convincente, os pontos de vista sob os quais, por exemplo, precedentes têm pesos diferentes para decisões atuais, de tal modo que Hércules "pode deixar fora de consideração uma determinada parte da história institucional". Uma teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.

Segundo tal procedimento, o juiz Hércules poderá criar um esquema de princípios concretos e abstratos que permitam uma justificação coerente da decisão dentro do sistema no qual ela está inserida (Rodrigues, 2005). "Assim, para Dworkin, a atitude 'hercúlea' do guardião da Constituição - a busca do

melhor argumento derivado dos princípios - sintetiza o papel da Corte Constitucional numa democracia." (Bitencourt; Calatayud; Reck, 2014, p. 119).

A teoria de interpretação e integridade de Dworkin representa uma valiosa contribuição para a compreensão do direito como uma disciplina moral e normativa, que visa à construção de uma sociedade mais justa e equitativa. Ao considerar os princípios como elementos centrais da interpretação jurídica, Dworkin oferece uma visão holística do sistema legal, capaz de equilibrar tradição e mudança, coerência e criatividade, em busca de uma resposta correta e justa para os casos concretos.

5 CONCLUSÃO

Ronald Dworkin desenvolve uma abordagem crítica e inovadora sobre a concepção do Direito, em contraposição ao positivismo jurídico e ao pragmatismo jurídico. Sua teoria busca superar as limitações do positivismo, especialmente no que diz respeito à discricionariedade judicial na interpretação das normas jurídicas. Para Dworkin, o juiz não deve ter um poder ilimitado de criação de normas, pois isso violaria princípios fundamentais do estado de direito e da separação dos poderes.

A concepção de direito de Ronald Dworkin representa uma importante abordagem para a interpretação e integração das normas jurídicas na decisão judicial, que se distancia do positivismo jurídico e busca uma visão mais substancialista e principiológica do Direito.

O cerne da teoria de Dworkin é a ideia de direito como integridade, que propõe uma interpretação conceitual e holística das normas jurídicas, levando em conta os princípios éticos e morais que fundamentam o sistema jurídico. Valoriza a coerência entre os ideais de justiça, igualdade e imparcialidade, buscando sempre a melhor interpretação das normas jurídicas em consonância com os princípios fundamentais da comunidade. Ele rejeita a visão positivista de regras jurídicas como meros comandos que podem ser interpretados de maneira puramente lógico-semântica.

Em vez disso, Dworkin argumenta que as normas jurídicas têm uma dimensão moral e que os juízes devem buscar o sentido mais justo e coerente de acordo com os princípios fundamentais da comunidade. O que pressupõe uma atitude interpretativa, combinando elementos descritivos e avaliativos para chegar à resposta correta em cada caso concreto.

Dworkin diferencia princípios de políticas, destacando que os princípios têm um caráter deontológico, referindo-se a questões de justiça e equidade, enquanto as políticas são metas utilitaristas. Os princípios não podem ser reduzidos a meras políticas, e os juízes não devem sacrificar princípios em favor de objetivos políticos, mesmo que pareçam benéficos para a sociedade em geral.

O autor propõe uma interpretação construtiva, em que o juiz deve ser como um autor de um "romance em cadeia", construindo uma narrativa coerente e consistente com os princípios jurídicos e a história legal da comunidade. Essa interpretação não é meramente subjetiva, mas sujeita a revisões racionais e críticas. Defende, portanto, um conceito interpretativo da prática jurídica, envolvendo a construção de sentidos a partir do sistema jurídico. O juiz deve desempenhar o papel de intérprete-criador, buscando a coerência e a integração das decisões com o sistema jurídico como um todo.

A visão de Dworkin sobre o Direito também destaca a necessidade de legitimidade moral das decisões judiciais, garantindo que as decisões sejam justificadas de acordo com os princípios éticos e morais da sociedade. Ele argumenta que o direito não pode ser reduzido a uma mera questão de gosto ou opinião subjetiva; ao contrário, deve ser objeto de debates racionais e argumentativos.

Ao utilizar a figura do juiz Hércules como uma metáfora para o intérprete-criador, Dworkin ressalta a importância da busca pela resposta correta, baseada em princípios, e não em questões políticas. O direito como integridade exige uma análise cuidadosa dos casos, levando em conta a história legal, os precedentes e a coerência com a prática jurídica.

Em suma, a concepção de direito de Ronald Dworkin representa uma abordagem integrativa e substancialista do direito, que valoriza os princípios e busca a coerência e a integridade na tomada de decisões judiciais. Sua teoria

oferece uma alternativa crítica ao positivismo jurídico e enfatiza a importância da interpretação e da aplicação do direito como uma atividade criativa e reflexiva, sempre em busca da melhor resposta com base na coerência e consistência com os valores fundamentais da comunidade.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo**. Santo Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
- CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 67, p. 251-276, dez. 2013.
- CHUEIRI, Vera Karam de. DWORKIN, Roanld, 1931-. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006. Coleção Gilmar Mendes, Série 2.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

LOIS, Célia Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 52, jul. 2006.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**. Coimbra: Almedina, 2005.

EXPANSÃO DO OBJETO DA CRIMINOLOGIA: ATUALIZAR AS LENTES PARA COMPREENDER DANOS ESTATAIS-CORPORATIVOS

*EXPANDING THE OBJECT OF CRIMINOLOGY: UPDATING THE LENSES
TO UNDERSTAND STATE-CORPORATE HARMS*

*AMPLIANDO EL OBJETO DE LA CRIMINOLOGÍA: ACTUALIZANDO LOS
LENTES PARA ENTENDER LOS DAÑOS ESTADO-CORPORATIVOS*

**Rafaela Bogado Melchiors¹
Vitória Battisti da Silva²**

RESUMO

O presente artigo está inserido no marco teórico da criminologia crítica e, inicialmente, aborda os Crimes dos Poderosos, que versam sobre a conduta de atores sociais de expressiva relevância social, política e econômica. A pesquisa propõe um alargamento no objeto da criminologia, a fim de compreender danos sociais estatais-corporativos. Assim, questiona-se: considerando a seletividade penal, que imuniza agentes poderosos e recruta ao sistema penal as camadas mais vulneráveis da população, de que maneira o estudo dos danos sociais pode contribuir para desnudar a lesividade da atividade corporativa e promover a reparação e a responsabilização por tais danos? A pesquisa é do tipo qualitativa e o método utilizado é o descritivo. No primeiro momento, as corporações são conceituadas e localizadas no contexto de sua regulamentação jurídica, com o objetivo de verificar quais estratégias autorizam um vácuo de responsabilização, mesmo diante de atividades nocivas. Após, é evidenciada a relação de permissividade por parte do Estado, por meio de sua ação ou omissão. Por fim, dedica-se à discussão acerca dos danos sociais, categoria mais abrangente do que aquela de “crime”, utilizada a fim de compreender condutas não tuteladas pela lei penal. Como conclusão, destaca-se a relevância de aprofundar a compreensão sobre danos sociais, uma vez que isso possibilitaria visibilizá-los, bem como as vítimas anteriormente invisíveis, sobretudo as do Sul global. A partir disso, sugere-se sejam atualizadas e refundadas as categorias

¹Mestra e Doutoranda em Ciências Criminais (PUC-RS). Bolsista CAPES. E-mail: rafaelamelchiors@hotmail.com.

²Mestranda em Ciências Criminais (PUC-RS). Bolsista do Programa Institucional PRO-Stricto. E-mail: vbattistidasilva@gmail.com.

criminológicas, fomentando a criação de novas estratégias de responsabilização e a não repetição dos danos causados.

Palavras-chave: Crimes dos Poderosos. Danos sociais estatais-corporativos. Vítimas.

ABSTRACT

This article is situated within the theoretical framework of critical criminology and initially addresses Crimes of the Powerful, which concern the conduct of social actors of significant social, political, and economic relevance. The research proposes an expansion of the criminological scope in order to understand state-corporate social harms. Thus, the question arises: considering penal selectivity, which immunizes powerful agents and recruits the most vulnerable layers of the population into the penal system, how can the study of social harms contribute to exposing the harmfulness of corporate activity and promoting reparation and accountability for such harms? The research is qualitative in nature, and the method used is descriptive. First, corporations are conceptualized and situated within the context of their legal regulation, with the aim of identifying which strategies allow a void of accountability, even in the face of harmful activities. Subsequently, the state's permissive relationship, whether through action or omission, is highlighted. Finally, the discussion centers on social harms, a broader category than that of "crime," used to understand behaviors not covered by criminal law. In conclusion, the importance of deepening the understanding of social harms is emphasized, as this would make them visible, as well as the previously invisible victims, especially those in the global South. Based on this, it is suggested that criminological categories be updated and redefined, promoting the development of new accountability strategies and the prevention of repeated harms.

Keywords: Crimes of the Powerful. State-corporate social harms. Victims.

RESUMEN

Este artículo está enmarcado en la teoría criminológica crítica y aborda inicialmente los Crímenes de los Poderosos, que se refieren a la conducta de actores sociales de gran relevancia social, política y económica. La investigación propone una ampliación en el objeto de estudio de la criminología para comprender los daños sociales estatales-corporativos. Se plantea la pregunta: considerando la selectividad penal, que inmuniza a los agentes poderosos y recluta a las capas más vulnerables de la población en el sistema penal, ¿cómo puede contribuir el estudio de los daños sociales a exponer la prejudicialidad de la actividad corporativa y promover la reparación y la rendición de cuentas por estos daños? La investigación es de naturaleza cualitativa y el método utilizado es descriptivo. En un primer momento, se conceptualizan las corporaciones y se sitúan en el contexto de su regulación legal, con el objetivo de identificar las

estrategias que permiten un vacío de responsabilidad, incluso frente a actividades perjudiciales. Posteriormente, se destaca la relación de permisividad por parte del Estado, ya sea a través de su acción u omisión. Por último, se aborda la discusión sobre los daños sociales, una categoría más amplia que la de "crimen", utilizada para comprender comportamientos que no están cubiertos por el derecho penal. En conclusión, se enfatiza la importancia de profundizar en la comprensión de los daños sociales, ya que esto permitiría hacerlos visibles, así como a las víctimas que antes eran invisibles, especialmente en el Sur global. A partir de esto, se sugiere actualizar y redefinir las categorías criminológicas, promoviendo el desarrollo de nuevas estrategias de rendición de cuentas y la prevención de la repetición de los daños causados.

Palabras clave: Crímenes de los Poderosos. Daños sociales estatales-corporativos. Víctimas.

Data de submissão: 23/08/2023

Data de aceite: 25/10/2023

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como ponto de partida o marco teórico da criminologia crítica e os danos produzidos por agentes poderosos. Dentre tais agentes estão compreendidos organismos internacionais (como o Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, por exemplo), além de Estados e Mercados, em razão dos massivos processos de vitimização por eles causados no contexto do capitalismo transnacional.

Como resultado das atividades desses agentes pode-se mencionar as condutas consideradas criminosas que lesam trabalhadores, consumidores, a natureza, a saúde de determinada coletividade e a economia. Para além dos atos delitivos mencionados, há ainda os Crimes de Estado, como os crimes de guerra, genocídio, ou aqueles cometidos no contexto das ditaduras militares latino-americanas do século XX. Há também uma série de condutas que, ainda que não sejam compreendidas como ilegais ou estejam amparadas pelo direito penal, são responsáveis por danos coletivos, como a remoção de comunidades inteiras, incluindo povos originários, de sua localidade inicial, para a instalação de grandes empreendimentos, sobretudo extrativistas e energéticos.

Diante da massiva danosidade social corporativa, ao realizar pesquisa a partir do envenenamento da água pela corporação Shell, em Paulínia/SP, Medeiros (2013) construiu o conceito de *necrocorporação*, fundamentada nos estudos de Banerjee (2008), que trata do necrocapitalismo, compreendido como a subjugação da vida ao poder da morte.

Ferrajoli (2019), diante da problemática acerca da tutela penal acerca de tais condutas danosas, convida a pensar se a criminologia, a ciência jurídica, política e o debate público podem ignorar ou não se interessar por atrocidades causadas pelo anarcocapitalismo global de hoje. Em vista disso, a ênfase da presente pesquisa consiste na criminalidade especificamente corporativa. Isso porque as corporações são compreendidas como atores sociais poderosos³, por serem detentoras de um gigantesco poder político.

A partir da discussão acerca do objeto e limites da criminologia, tais elementos são confrontados com a *zemiologia*, entendida como uma nova proposta de disciplina, ao romper as fronteiras epistemológicas do pensamento criminológico dedicando especial atenção aos danos causados, para além da classificação jurídica alcançada pelo tipo penal. Assim, questiona-se: considerando a seletividade penal, que imuniza agentes poderosos e recruta ao sistema penal as camadas mais vulneráveis, de que maneira o estudo dos danos sociais pode contribuir para desnudar a nocividade da atividade corporativa e promover a reparação e a responsabilização de tais danos?

Para responder ao problema de pesquisa, o trabalho parte da compreensão crítica da seletividade penal para, assim, demonstrar que os danos produzidos por corporações transnacionais, apesar de extremamente graves e de difícil reparação, não são visibilizados e passíveis de responsabilização. Posteriormente, demonstra-se que a estrutura burocrática e descentralizada das corporações promove uma *irresponsabilidade organizada*, situação amparada pelo Estado, suposto regulador das atividades corporativas. Finalmente, pontua-

³Corporações como a Walmart e a Shell, por exemplo, acumulam receitas superiores a países inteiros (69..., 2018).

se o cerne do debate em torno dos danos sociais que expandem, dialeticamente, as bordas da disciplina criminológica (Sarmiento *et al.*, 2017), em nome de uma maior proteção dos Direitos Humanos.

2 VÉU CORPORATIVO E ESTRATÉGIAS DE BLINDAGEM DAS CORPORAÇÕES

Sutherland (2015) desenvolveu o conceito de “crime de colarinho branco” a partir da Teoria da Associação Diferencial, em 1939, ao examinar os delitos de grandes empresas estadunidenses, tendo comprovado a existência de um padrão de criminalidade naquele ambiente. São incluídos na categoria de crimes de colarinho branco os delitos que acumulam condições pessoais do autor da conduta e características do próprio ato delitivo.

A descoberta somente foi possível em vista da análise de decisões administrativas e acordos extrajudiciais, justamente por causa da seletividade penal, que faz com que o rótulo de criminoso não recaia sobre aqueles de colarinho branco, ainda que responsáveis pela produção de danos massivos. Assim, Sutherland (2015) demonstrou que a prática de delitos não estava necessariamente ligada a agentes patológicos ou socialmente vulneráveis.

Ao desenvolver tal corrente de estudos, nasce a vertente criminológica acerca dos “Crimes dos Poderosos”. Bittle *et al.* (2018) afirma que o termo “Crimes dos Poderosos” foi introduzido pelo autor Frank Pearce, em 1980, a partir da crítica à criminologia ortodoxa liberal, especialmente à teoria da rotulação e ao interacionismo simbólico, que negligenciaram a investigação dos crimes cometidos pelo Estado e pelos membros da classe dominante.

Pearce (1980) sustenta que o descaso com esses crimes não apenas serve aos interesses hegemônicos, mas também decorre da falta de uma ferramenta analítica para questionar por que determinados grupos são alvo do sistema de justiça criminal, enquanto outros não o são. Portanto, embora as teorias criminológicas tenham identificado a desigual distribuição do estereótipo do criminoso, elas falharam em explicar as motivações subjacentes ao referido fenômeno.

Na criminologia latino-americana, a análise da repressão estatal e da violência policial remonta à década de 1960, principalmente durante as ditaduras que assolaram o Cone Sul. No entanto, os danos provocados pelos mercados, em colaboração com os Estados, têm sido subestimados, apesar do impacto significativo e das numerosas vítimas resultantes dessa aliança (Colognese; Budó, 2018), especialmente no contexto do capitalismo de oligopólio, onde as atividades corporativas são intensificadas (Barak, 2017).

Violências massivas contra os direitos humanos estão diretamente ligadas às atividades corporativas, e inúmeras são as situações ilustrativas de sua grande extensão. Os casos de contaminação por agrotóxicos como glifosato, 2.4-D, RounDup são exemplos desse cenário⁴. De forma mais complexificada, ainda, é possível referir a dependência econômica de Estados em relação à transnacionais como a Monsanto, empresa relacionada a concentração da terra, a desigualdade social, a violência contra agricultores⁵, trabalhadores sem terra⁶, indígenas e quilombolas, a contaminação de pessoas, animais e meio ambiente⁷.

⁴ 27 agrotóxicos são detectados em água de São Paulo, Fortaleza e Campinas. Fonte: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reporter-brasil/2023/10/16/27-agrotoxicos-sao-detectados-em-agua-de-sao-paulo-fortaleza-e-campinas.htm?cmpid=copiaecola>. Publicada em 16 out. 2023. Acesso em 21 out. 2023.

⁵ Juiz homologa acordo e encerra processo de 11 anos em que Monsanto cobrava indevidamente produtores de MT. Fonte: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=51619¬icia=juiz-homologa-acordo-e-encerra-processo-de-11-anos-em-que-monsanto-cobrava-indevidamente-produtores-de-mt&edicao=1>. Publicada em 1º jun. 2023. Acesso em 21 out. 2023.

⁶ "Bayer Monsanto é morte": mulheres do MST protestam em frente à sede da empresa em SP. Fonte: <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/20/bayer-monsanto-e-morte-mulheres-do-mst-protestam-em-frente-a-sede-da-empresa-em-sp>. Publicada em 20 set. 2019. Acesso em 21 out. 2023.

⁷ Bayer e Monsanto vão pagar US\$ 6,9 mi nos EUA por alegações falsas sobre herbicida. Fonte: <https://epocanegocios.globo.com/empresas/noticia/2023/06/bayer-e-monsanto-vaopagar-us->

Há, ainda, o desvelamento de relações ocultas de poder, como o fato de que a Seara Alimentos, financiadora da muito difundida campanha publicitária da Rede Globo denominada “Agro é Tech, Agro é Pop, Agro é tudo”, que tenta demonstrar a sustentabilidade do agronegócio, pertence ao grupo JBS, o maior produtor e exportador de carne bovina do Brasil⁸, controlada pela holding J&F, dos irmãos Joesley e Wesley Batista (Budó, 2017).

Afora tais danos, pode-se mencionar ainda os nefastos impactos gerados pelo rompimento de barragens de rejeitos da atividade mineradora da Vale S.A. e da Samarco, como as técnicas de neutralização que perpassam o silenciamento das vítimas, a concentração da gestão da reparação na própria empresa, a imposição de dificuldades em torno da associação de atingidos e atingidas e o pedido de recuperação judicial da Samarco, controlada pela Vale e BHP (Melchior, 2022). Esses são alguns exemplos que endossam o prêmio recebido pela empresa, chamado “Nobel Corporativo da Vergonha”, o título de pior empresa do mundo para o ambiente e para os direitos humanos, em 2012, pelo Public Eye Award (Helal Filho, 2019).

Em que pese a organização dos movimentos sociais no sentido de desvelar os grandes impactos causados pela atividade corporativa, as pessoas jurídicas difundem uma imagem de segurança, inerência e permanência social. Ao lançar mão de estratégias de representação de eficiência, idoneidade, responsabilidade social e autonomia, as corporações apresentam uma aparente desvinculação do Estado, o que se torna possível a partir do discurso neoliberal da autorregulação.

[69-mi-nos-eua-por-alegacoes-falsas-sobre-herbicida.ghtml](#). Publicada em 16 jun. 2023. Acesso em 21 out. 2023.

⁸A produção agropecuária, como comprovam dados levantados pela plataforma MapBiomass, é a principal responsável pelo desmatamento no país. No ano de 2022, o setor foi responsável por 95,7% da supressão de vegetação no Brasil. Fonte: <https://brasil.mapbiomas.org/2023/06/12/desmatamento-nos-biomas-do-brasil-cresceu-223-em-2022/> Acesso em: 14 out. 2023.

Apesar de ostentar uma imagem de racionalidade e unidade, a organização interna da empresa é composta por subdivisões e setores. Como indicado por Whyte (2020), as empresas possuem estruturas burocráticas que incluem divisões desumanizantes, hierarquia e fragmentação, promovendo assim um aparente distanciamento em relação às violências institucionais e sua banalização. Da mesma forma, essas estruturas foram adotadas pelo Estado em cenários como o do Holocausto, desempenhando uma função útil no afastamento de qualquer responsabilização em nível pessoal.

No contexto das ditaduras latino-americanas e, em especial no caso brasileiro, o relatório da Comissão Nacional da Verdade apontou a cumplicidade da Volkswagen (VW) do Brasil em relação a graves violações aos direitos humanos, o que levou a empresa a ter vantagens políticas e econômicas. Tais informações provocaram, pela primeira vez no cenário pós-ditadura brasileira, a instauração, pelo Ministério Público Federal, de um Inquérito Civil a fim de apurar tais fatos. Conforme Payne, Pereira e Bernal-Bermudez (2020), a dimensão dos danos relatados é extensa e perpassa o financiamento da violência, a detenção e tortura de trabalhadores, tortura, sequestro, deslocamento forçado, detenções e prisões arbitrárias. No ano de 2020, a empresa firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com os ministérios públicos Federal, Estadual e do Trabalho, que previu o pagamento de valores indenizatórios a trabalhadores e entidades sindicais perseguidas no período (Da Silva Filho, 2023).

Apesar do inédito episódio de responsabilização corporativa, as complexas redes de fornecimento transnacionais frequentemente colaboram para restringir e isentar agentes poderosos da responsabilidade na geração de danos em larga escala. É de se notar que os danos possuem uma periodicidade diária e que não há, nas corporações, qualquer excepcionalidade na abundância de danos, infrações e de capital (Tombs; Whyte, 2015).

Os crimes e danos corporativos não podem ser considerados marginais e, na verdade, são centrais às atividades empresariais. As práticas delitivas são ainda fomentadas pela personalidade jurídica e por “externalidades” (Tombs; Whyte, 2015). A primeira é compreendida como uma construção legal que blinda as corporações da responsabilidade por suas condutas e garante a impunidade.

A segunda consiste na terceirização dos prejuízos, aqueles com os quais a empresa não arca.

Há, inclusive, nessa estrutura, uma grande limitação de responsabilização e de custos, no sentido de que a corporação financia os insumos necessários para seu funcionamento, mas não suporta as despesas resultantes de sua atividade, como é o caso dos gastos partilhados com toda a comunidade quanto ao uso de estruturas do sistema de saúde público, por exemplo, ou as consequências climáticas provocadas a partir de grande poluição (Tombs; Whyte, 2015).

Apesar de ser entidade com enorme poder, tanto econômico quanto social, a lógica corporativista, levada a seu extremo através de uma racionalidade calculista e orientada ao lucro, subjuga populações vulneráveis que, em contraste com os grandes poderosos, são enfraquecidas, deliberadamente desorganizadas e desprotegidas enquanto coletividade, e não possuem conhecimento técnico suficiente para que estruturem uma organização para lutar em sentido contrário (Sutherland, 2015). Assim, são elas que arcam com os danos provenientes da exploração desenfreada do capital.

A atribuição de uma identidade à corporação é o elemento que permite a sua dissociação e diferenciação dos acionistas, diretores, gerentes e empregados, ao restringir a responsabilidade. Trata-se de uma forma de proteção, ou seja, um escudo com o fito de mitigar riscos financeiros, denominado “véu corporativo” (Tombs; Whyte, 2015, p. 85).

A Sociedade Anônima se fundamenta na concepção de pessoa jurídica e, paradoxalmente, exerce um efeito desumanizador que reduz a relevância de considerar os resultados financeiros e sociais das ações humanas dos agentes envolvidos. Na tentativa de resolver tais contradições, o sistema legal apenas aprimora o poder corporativo. Em relação ao direito penal, isso é demonstrado a partir da impunidade corporativa: um véu corporativo de fato (Tombs; Whyte, 2015, p. 99).

O véu corporativo envolve toda a complexa teia de propriedades, abrangendo empresas controladoras e controladas, empresas-mãe e

subsidiárias. A “blindagem corporativa” também assegura a proteção dos ativos contra a transferência para a corporação em caso de falência pessoal.

É que condutas danosas praticadas por agentes poderosos, em sua grande maioria das vezes, não são passíveis de responsabilização, tendo em vista o caráter legalista, classista, racista e seletivo do sistema de justiça criminal, que desconsidera condutas massivamente danosas por não serem tipificadas pelo direito penal nacional. Essa reflexão impõe a necessidade de superar contradições para alcançar uma esfera de proteção para além das normas, na condição de defensores dos direitos humanos (Schwendinger; Schwendinger, 1980).

Nesse sentido, persiste uma hipertrofia da atuação e repressão estatal sobre a criminalidade de rua. Tal prioridade limita o enfrentamento dos danos patrocinados por grandes empresas, os quais continuam a se propagar a despeito de qualquer responsabilização ou reparação. Para tanto, é necessário compreender a estrutura das corporações e o papel do Estado nessa atuação coordenada, o que será feito na seção seguinte.

3 A PERMISSIVIDADE E CUMPLICIDADE DO ESTADO

Como referido, a corporação é um ente, uma pessoa jurídica com fins lucrativos, separada dos acionistas ou investidores. Essa separação avaliza uma responsabilidade limitada e fomenta a reprodução irrestrita do capital (Whyte, 2020). A criação de uma personalidade própria à corporação permite distingui-la daquela dos acionistas, diretores, gerentes e empregados. Ademais, o uso de uma personalidade jurídica diferenciada tem a função de constituir um escudo contra riscos financeiros, reduzindo-os, conhecido como “véu corporativo” (Tombs; Whyte, 2015, p. 85).

A partir do discurso neoliberal da autorregulação, eficiência, autonomia e responsabilidade social, transnacionais buscam se manter afastadas de deliberações provenientes do Estado. No entanto, as empresas são dependentes de subsídios estatais. Isso demonstra que há, não um Estado de bem-estar social, mas um Estado de “bem-estar corporativo” (Bittle *et al.*, 2018).

Isso porque as corporações recebem subsídios estatais e são favorecidas com normas de regulamentação benéficas. A imagem corporativa como entidade dotada de credibilidade e honestidade é facilmente desfeita na medida em que entra em contradição com a realidade, em vista dos privilégios referidos (Tombs; Whyte, 2015, p. 14).

Há uma relação de interdependência entre Estados e corporações, uma vez que atuam de forma coordenada na produção de danos. Isto é, com a permissão do Estado ou até mesmo por sua postura omissa, por ausência de regulamentação, as corporações encontram espaços e brechas para atuar em nome do lucro.

Ainda, é necessário levar em consideração que é o Estado que detém o poder de estabelecer quais condutas são ou não alcançadas pela lei penal. No contexto do capitalismo de oligopólio, onde poucas empresas detêm muito poder sobre um determinado setor econômico, há uma clara necessidade de diálogo das corporações com as forças estatais. Estas últimas deveriam, em tese, buscar regulamentar e fiscalizar as atividades das primeiras, tendo por princípio a proteção da população e dos direitos humanos.

Entretanto, importa reconhecer que as ações ou omissões a nível estatal são também pautadas pela lógica da acumulação de capital, no sentido de sustentar as condições para sua manutenção. Esse pensamento permite a compreensão de que os Estados não são neutros, sobretudo na postura por vezes adotada de “observadores débeis y pasivos del continuo desarrollo del capitalismo global” (Garside, 2013, p. 232). Esperar que eles deliberadamente se posicionem através de políticas contrárias ao interesse do capital é irreal. Como conclusão lógica, são os Estados também responsáveis pela causa de determinados danos (Hillyard; Tombs, 2018).

Assim, o Estado também se insere nessa dinâmica ao mobilizar seu poder, inclusive a partir de permissões legais, subsídios e regulamentações permissivas, ao apresentar discursos filosóficos, jurídicos e políticos com fins de promover e sustentar a escolha de não responsabilizar as corporações pelos danos por elas causados (Zaffaroni, 2006).

Verifica-se, ademais, a ocorrência de zonas de “desestatização”, nas quais corporações passam a ter tanta importância e poder que, de maneira visível, passam a assumir funções do Estado. Este último, por consequência, abre mão de sua autoridade política, concedendo soberania aos entes corporativos e permitindo que a população se vulnerabilize mais ainda, agora com sua autorização (Melchior, 2022, p. 86-87).

Dessa forma, tem-se uma maior compreensão da relevância e impacto dessa espécie de imunização concedida pelo Estado aos entes corporativos. A lógica de permissividade e ausência de responsabilização serve aos interesses dos poderosos, que já lograram êxito em escapar do rótulo de criminoso (Friedrichs, 2015), e podem continuar exercendo suas atividades, sobretudo aquelas pautadas na exploração de populações vulneráveis ou vulnerabilizadas, tendo por objetivo o maior lucro alcançável.

Os crimes e danos dos poderosos podem ser lidos como estratégias experimentais que conduzem ao estabelecimento de novas éticas, regras e arranjos sociopolíticos (Ruggiero, 2015). Isso porque buscam pelo benefício das grandes empresas independentemente das consequências de suas atividades, impondo o discurso de que há um custo inevitável para o progresso. Assim, instituem-se diferentes valores, que cada vez mais intensificam desigualdades e individualismos. Exemplo disso é o caso do amianto, minério muito utilizado pelo setor industrial no último século. Apesar de abundante e de seu baixo custo de exploração, é uma substância cancerígena e não há nível seguro para a exposição a suas fibras (Brasil, 2022). A exploração do material deixou mais de três mil mortos por câncer de pulmão e de pleura em Casale Monferrato, na Itália, em vista da instalação da fábrica Eternit na cidade (Budó, 2019).

Não foi diferente no Brasil, terceiro maior exportador de amianto do mundo até novembro de 2018, onde a fibra foi tardiamente banida graças ao financiamento de pesquisas médicas enviesadas pela própria indústria do amianto, como a Eternit do Brasil cimento amianto S.A., primeira e mais antiga fábrica de fibrocimento do país, que lesou a saúde e a vida de diversos trabalhadores, bem como a legislação trabalhista (Silveira; Budó, 2020). Em 2017, a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade da lei federal que

regulava a extração e utilização do amianto. Entretanto, tal processo ainda pende de trânsito em julgado, o que possibilitou que mesmo após um período de “hibernação”, a empresa Eternit, amparada por uma lei do estado de Goiás, voltasse a extrair amianto exclusivamente para exportação. Assim, o Brasil passou a exportar o dano para outros países do Sul global (Budó; Pali, 2023, p. 178).

Para além dos efeitos relativos às próprias vítimas, negar ou neutralizar os danos estatais-corporativos gera um enfraquecimento das noções de legalidade e moralidade, as quais passam a ser reiteradamente negociadas e interpretadas a partir de novos valores, como em nome do suposto avanço econômico e do desenvolvimento, a serviço da acumulação do capital (Ruggiero, 2015; White, 2014).

Portanto, essa rede de permissividade somente é possível em razão do apoio do Estado. O discurso neoliberal que clama por progresso intensifica o potencial destrutivo da corporação, aliado a uma postura permissiva ou omissiva do Estado (Brisman; South, 2015, p. 31). Percebe-se que há uma contradição na medida em que é agente concomitantemente responsável pela definição das condutas puníveis ao mesmo tempo em que também é perpetrador de delitos, embora essa relação seja frequentemente ocultada.

A falsa eficácia do sistema penal ocupa papel relevante nessa dinâmica. De acordo com Andrade (2012, p. 136), sua proposta inicial, função primeira a qual serviria, seria aquela de eliminar a criminalidade. Entretanto, para além desse pretexto, utilizado para justificar sua existência e funcionalidade, verifica-se que ele é elemento essencial para a própria manutenção da delinquência, sobretudo para impedir a ascensão de determinados extratos da população, social e racialmente identificados. Além disso, consiste em uma estrutura de poder pautada na retributividade e na vingança, afastando-se de iniciativas com objetivos reparadores em relação ao ato danoso praticado.

Para Böhm (2019), as relações entre empresas e direitos humanos são objeto de agendas de pesquisa interdisciplinares, porém não são suficientemente visibilizadas pela criminologia. A possível explicação para isso encontra-se justamente na limitação de objeto de estudo da criminologia àquelas

condutas já criminalizadas pelo Estado. Como consequência, deixa de fora dessa análise a observação, investigação e punição de todas as ações que não interessam aos poderosos (corporações e Estados).

Ciente quanto ao poder dos agentes estatais e corporativos e como forma de contornar essa limitação, o desenvolvimento de teorias críticas não somente restritas aos limites do direito penal, mas atenta aos massivos danos produzidos, desaguou na abordagem do dano social. Essa perspectiva visa englobar eventos constituintes de todo ciclo vital dos indivíduos, de forma independente (Hillyard; Tombs, 2018) e é o objeto da seção abaixo.

4 TRANSPOR FRONTEIRAS EPISTEMOLÓGICAS A FIM DE RECONHECER AS VÍTIMAS

A abordagem do dano social alcança o que ficou às margens da criminologia até o presente momento. Como exemplo, pode-se elencar as grandes violências e o massivo número de vítimas, as quais foram invisibilizadas por limitações e barreiras normativas (Budó, 2019). A terminologia do dano social foi construída a fim de englobar fenômenos que fazem parte de todo ciclo vital (“do berço ao túmulo”) dos indivíduos de forma desvinculada das respostas do direito penal e da criminologia (Hillyard; Tombs, 2018).

Outrossim, os pressupostos do dano social visam a superação de contradições a respeito da questão criminal e a análise de violências visíveis e invisíveis, as quais são centrais para compreender a criminalidade corporativa. Ainda, a abordagem do dano social busca opor-se a processos de apagamentos históricos e esquecimentos (Melchior, 2022).

Hillyard e Tombs (2018) demonstram que essa transformação possibilita à criminologia compreender condutas não etiquetadas como ilegais, mas produtoras de danos massivos, razão pela qual propõem a adoção do conceito de dano social. Como possível efeito, ainda segundo os autores, há a readequação de respostas estatais em termos de políticas públicas, que, cientes da extensão dos danos causados por determinados atos, podem passar a ser mais eficazes. Ainda, os autores estão engajados em modificações

governamentais estruturais ou na própria natureza da propriedade das corporações, estratégias mais eficazes e efetivas que a punição de indivíduos.

Conforme refere Budó (2016, p. 137), o enfoque sobre o dano social permite desvelar vítimas invisíveis e toda uma rede de pessoas e estruturas também vitimizadas e silenciadas, como familiares, organizações e cientistas. Da mesma forma, é através da resistência contra esses danos massivos que se buscam novas alternativas a esse sistema tão violento:

O dano social aparece como um objeto de profundas possibilidades analíticas quando se pensa epistemologicamente na criminologia. Trata-se de permitir que as mortes mais numerosas e invisíveis possam aparecer, além de as vozes que estão silenciadas por detrás delas – de familiares de vítimas, de associações de afetados, de organizações não-governamentais, e mesmo de cientistas contrapostos à lógica do mercado – possam recuperar a capacidade de emitirem um grito de resistência perante os gigantes sem nome e sem face que provocam tanto sofrimento. Garantir que a criminologia não perca os poderosos de vista, sobretudo na relação entre Estados e Mercados, é o primeiro passo na compreensão desses danos gigantescos por eles causados, e, simultaneamente, na busca pelas alternativas a esse sistema.

Ao elencar os diferentes tipos de dano social, Colognese e Budó (2018) destacam que eles podem ser principalmente de quatro ordens: (1) físicos, como morte, ferimentos graves, exposição a poluentes, doenças, etc.; (2) financeiros/econômicos, como pobreza, perda de propriedade, desvios de fundos, etc.; (3) emocionais e psicológicos, sendo estes muito difíceis de se mensurar, em razão da grande subjetividade envolvida; e (4) relativos à segurança cultural, que dizem respeito a elementos para a manutenção de determinada comunidade, através de noções de autonomia, desenvolvimento e crescimento, a eventual destruição de biomas para exploração econômica, etc.

Ainda, são compreendidos os danos que não são violação à lei criminal; danos que são puníveis mas não punidos; danos do próprio sistema de justiça criminal, associados à não criminalização, às omissões e correlações com crimes ecológicos e crimes de ódio, no contexto de atravessamentos e opressões estruturais; e, por fim, danos associados a mercados legítimos, como agrotóxicos, armas, alimentos ou tabaco, por exemplo, amparados por Estados (Tombs, 2018).

A abordagem acerca dos danos sociais também alcança fenômenos nem sempre tradicionais nas agendas de pesquisa da criminologia, como a pobreza, a infância, a desigualdade, o heterossexismo, a migração, gênero e desemprego, por exemplo (Tombs, 2018, p. 16). Além disso, na perspectiva de Tombs (2018), a *zemiologia* não consiste em mero estudo dos danos sociais, porque tal entendimento removeria um potencial da disciplina e sua proposta de ruptura epistemológica.

A compreensão da palavra *zemia* é alvo de disputa de significados. Nesse sentido, não há que se falar em uma oposição entre criminologia e *zemiologia*, em vista da inexistência de uma dicotomia entre crime e dano, os quais não são categorias excludentes, mas que possuem diversos pontos de contato e imbricações (Kotzé, 2018).

Para Kotzé, no sentido oposto daquele apontado por Tombs, parece ser importante o desenvolvimento de análises levando em consideração o desequilíbrio da atuação estatal, seja por omissões ou por excessos. Segundo o autor, seria recomendável uma abordagem integrada e a partir da compreensão do neoliberalismo (Kotzé, 2018).

De maneira distinta, há estudiosos que entendem que o Estado não seria central na perspectiva dos danos. Para Hall e Winlow (2018), é tarefa da criminologia a construção de análises do “modo de vida capitalista avançado, de sua profunda ética e dinâmica de sistema às suas formas culturais, subjetividades e práticas cotidianas” (Hall; Winlow, 2018, p. 113), análise que não passa necessariamente pela participação estatal, consistindo em um panorama mais amplo. Além disso, a partir dessa chave de leitura, seria possível resistir ao discurso de justificação de que os danos são cometidos pelo Estado, ou permitidos, por este, que sejam produzidos, em nome de um objetivo de progresso.

Por sua vez, Brisman e South (2015) buscam avaliar danos ambientais a nível individual a partir de uma abordagem aberta e questionadora, ao invés de limitada por aquilo que entendem ser concepções restritas e tradicionais da criminologia. Nessa alternativa, seria considerado um padrão de atividade individual, o qual se relacionaria com o contexto ambiental e socioeconômico.

A partir deste breve apanhado teórico é possível identificar que as possibilidades de estudo sobre os danos causados por grandes corporações ou Estados são diversas e podem caminhar por múltiplas direções. Isso é possível em razão da grande complexidade da categoria, que desdobra-se em distintos níveis de impacto na vida das pessoas, das comunidades ou biomas envolvidos.

Independentemente das multiplicidades de formas e percursos de análise teórica, o ponto em comum entre todas elas é a relevância concedida à perspectiva das vítimas de danos produzidos por corporações em conluio com Estados. Ainda que sejam vítimas massivas, na maior parte das vezes, diante da grande extensão dos danos, identifica-se que a dimensão da memória e da experiência vivida são aspectos extremamente relevantes para a compreensão desse tipo de vitimização (Colognese; Budó, 2018). Assim, deixar de atentar a esse aspecto é também colaborar para a invisibilização daqueles e daquelas atingidas.

Da mesma forma, o relevante número de vítimas da criminalidade corporativa também é fator que dificulta sua identificação, para que sejam localizadas e ouvidas. Ainda, não se deixa de lado que os próprios agentes poderosos possuem instrumentos de impacto social e político para dificultar ou impedir articulações, mobilizações sociais, outros meios de denúncia e busca por reparação. Ademais, sabe-se que as vítimas podem falar para o público interessado em responsabilizar uma empresa, mas elas nem sempre são ouvidas (Garret, 2014, p. 123), ao menos não como deveriam.

Outro elemento relevante para a compreensão da realidade que se propõe analisar é a realidade vivenciada por territórios do Sul global. Marcados pela atividade extrativista, exportadora de riquezas, que atualiza a condição de colonizado, esses países se inserem no contexto do neocolonialismo e da racionalidade neoliberal, entendida como “a nova razão do mundo” (Dardot; Laval, 2016; Brown, 2019; Foucault, 2008).

É possível dizer que a avidez das grandes corporações sobre os territórios originados da violência colonizadora e da pilhagem de suas riquezas ganha contornos mais intensos num cenário em que passa a ser aceitável a geração de danos a populações, conhecimentos e recursos culturais e naturais

considerados previamente inferiores. Por esta razão a importância de uma criminologia global (Morrison, 2012), a qual pode ser pensada a partir da compreensão da violência estrutural, da memória como instrumento e forma de prevenção e reparação, e da categoria do dano social (Rivera Beiras, 2011).

As presentes considerações visam ampliar o horizonte de análise para além da criminologia tradicional, com foco nas violências de Mercados e Estados (Sarmiento *et al.*, 2017), a partir de uma transformação epistemológica, não somente do objeto criminológico como a seletividade penal no âmbito da violência de rua, mas na própria noção de “crime”, a fim de abranger danos massivos, tanto no intuito de repará-los, como de que não mais se repitam.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou enfrentar os pressupostos da seletividade penal e a imunização de agentes poderosos, produtores de danos massivos que se protraem no tempo e espaço e lesam diversas vítimas, em diversas dimensões. Posteriormente, com foco na criminalidade corporativa, foram evidenciados os artifícios e estratégias corporativas que autorizam tal permissividade, resultante em uma *irresponsabilidade organizada*. Para essa tarefa, coube compreender a complexa e sofisticada rede de agentes poderosos, como a interdependência entre Estados e grandes corporações, e de que forma o poder é mobilizado no sentido de manter tais estruturas e invisibilizar os danos por elas causadas (Zaffaroni, 2006).

Ademais, demonstrou-se a relevância de compreender esses danos sociais, os quais interessam sobremaneira na tarefa de não deixar condutas danosas à margem das preocupações e do objeto dos estudos criminológicos. Por essa razão, constata-se a relevância do estudo do dano social pela criminologia, a fim de denunciar e prevenir a lesividade corporativa. Trata-se de atualizar e refundar as categorias teóricas com as quais se compreende a realidade (Ferrajoli, 2019). Dessa forma, é possível que ela seja enxergada e entendida de forma radical, atenta aos impactos causados na vida das vítimas.

Ainda, aponta-se para a importância em averiguar quais são as condutas não punidas e suas motivações para tal. Dessa forma, o estudo dos danos sociais permite que se compreenda a nocividade da atividade corporativa na medida em que é possível promover uma inversão de mirada quanto à seletividade penal. Assim, passa-se a pensar não só nos crimes de rua e nos alvos usuais do sistema criminal, mas também nas suas imunizações e privilégios, em seu enfrentamento e, principalmente, em sua superação.

A partir do momento em que se mapeiam as consequências de tal atividade e os mecanismos de proteção e imunização dos verdadeiros agentes causadores, abre-se o caminho para que se pense em formas de responsabilização e reparação a tais danos. Com o intuito de transpor a ideia da criminalização como instrumento para o aprimoramento social e eliminação da criminalidade - uma vez que o sistema penal, em realidade, não se propõe a isso - o caminho parece indicar novas estratégias de enfrentamento do problema.

A visibilidade dada às experiências das pessoas vitimadas é um dos relevantes aspectos a serem considerados com a adoção do conceito de dano social como ponto de partida. Diferentemente da resposta estritamente criminológica, que se lança contra o réu e relega aos ofendidos posição secundária, a abordagem proposta tem na vivência e na memória das vítimas a chave de leitura central, a fim de revelar a nocividade da atividade corporativa.

Levando esse aspecto em consideração, podem ser traçadas novas estratégias e propostas de reivindicações sociais na luta contra as grandes corporações e a larga acumulação de capital, como a própria identificação das empresas que apoiaram e contribuíram para o regime ditatorial no Brasil, por exemplo, a qual já se constitui como uma forma de responsabilização, mesmo que não implique em outras medidas reparatórias (Payne; Pereira; Bernal-Bermúdez, 2020; Da Silva Filho, 2023). Além disso, pensar em transformações normativas e comportamentais, e de novas políticas públicas que adotem como princípios norteadores a responsabilização dos autores pelos danos causados e sua não repetição.

Essa alteração de ponto de partida, para além dos limites tradicionalmente criminológicos, valoriza as experiências vividas em territórios do Sul global,

também invisibilizadas por suas históricas condições de colonizados e manutenção de status de exportador de “commodities” e matérias-primas. Assim, fala-se na importância de uma criminologia global para que seja também ela um instrumento de impacto de transformação social, afastando-se da noção de Estado de bem-estar corporativo, para que sejam propostas novas políticas públicas de valorização das vítimas e visibilização da dimensão dos danos causados por poderosos.

REFERÊNCIAS

69 OF THE RICHEST 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show. In: **GLOBAL JUSTICE NOW**, 17 oct. 2018. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/blog/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/>. Acesso em: 03 out. 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BANERJEE, Subhabrata Bobby. **Necrocapitalism. Organization Studies**. v. 29, n. 12, p. 1541-1563, 2008.

BARAK, Gregg. **Unchecked corporate power**. New York: Routledge, 2017.

BITTLE, Steven; SNIDER, Laureen; TOMBS, Steve; WHYTE, David. Revisiting crimes of the powerful: an introduction. In: BITTLE, Steven; SNIDER, Laureen; TOMBS, Steve; WHYTE, David (Ed). **Revisiting Crimes of the Powerful: marxism, crime and deviance**. London; New York: Routledge, 2018.

BÖHM, Maria Laura. **The crime of maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South**. New York: Routledge, 2019.

BRASIL. Instituto Nacional do Câncer. **Amianto: A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas doenças, sobretudo mesotelioma**. [Brasília]: Instituto Nacional do Câncer, 14 mai. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/causas-e-prevencao-do-cancer/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/amianto#:~:text=Amianto%20ou%20asbesto%20s%C3%A3o%20nomes,e%20baixo%20custo%20de%20explora%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 21 out. 2023.

BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel. State-Corporate Environmental Harms and Paradoxical Interventions: Thoughts in Honour of Stanley Cohen. In: SOLLUND, Ragnild Aslaug (org.). **Green Harms and Crimes: Critical Criminology in a Changing World**. London: Palgrave Macmillan, 2015.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**. São Paulo: Politeia, 2019.

BUDÓ, Marília de Nardin. As mortes no campo e a operação greenwashing do "agro": invisibilização de danos sociais massivos no Brasil. **Insurgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais**, v. 3, p. 163-207, 2017.

BUDÓ, Marília de Nardin. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, p. 127-140, 2016.

BUDÓ, Marília de Nardin. Um massacre silencioso que continua: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 24, p. 483-513, 2019.

BUDÓ, Marília de Nardin; PALI, Brunilda. Restorative responses to harms caused by asbestos companies. **Revista de victimología (Online)**, n. 15, p. 171-204, 2023.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, p. 55-90, 2018.

DA SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Corporate Accountability for Involvement in Gross Human Rights Violations During the Brazilian Civil-Military Dictatorship – The Role of the Truth Commissions and the Case of Volkswagen Do Brasil. **Journal of White Collar and Corporate Crime**, 2023, v. 4, n. 2, p. 124-138.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. I crimini di sistema e il futuro dell'ordine internazionale. **Teoria politica. Nuova serie Annali**, n. 9, 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/tp/878>.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRIEDRICHS, David O. Crimes of the powerful and the definition of crime. In: BARAK, Gregg (Org.). **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. New York: Routledge, 2015.

GARRET, Brandon L. **Too big to jail**. Londres: Harvard University Press, 2014.

GARSIDE, Richard. Abordar el daño social: ¿ mejor regulación o transformación social?. **Revista Crítica Penal y Poder**, v. 5, p. 225-246, 2013.

HALL, Steve; WINLLOW, Simon. Big Trouble or Little Evils: The Ideological Struggle Over the Concept of Harm. In: KOTZÉ, Justin; BOUKLI, Avi (orgs.). **Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm**. London: Palgrave Macmillan, 2018.

HELAL FILHO, William. 'Oscar da Vergonha': Mineradora Vale foi eleita pior empresa do mundo para meio ambiente e direitos humanos em 2012. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 30 jan. 2019. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/oscar-da-vergonha-mineradora-vale-foi-eleita-pior-empresa-do-mundo-para-meio-ambiente-e-direitos-humanos-em-2012.html>. Acesso em: 03. out. 2023.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Para além da criminologia? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 142, p. 273-299, abr. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36579316/Para_al%C3%A9m_da_Criminologia. Acesso em: 03 out. 2023.

KOTZÉ, Justin. Criminology or Zemiology? Yes, Please! On the Refusal of Choice Between False Alternativas. In: KOTZÉ, Justin; BOUKLI, Avi (orgs.). **Zemiology: Reconnecting Crime and Social Harm**. London: Palgrave Macmillan, 2018.

MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. **Inimigos públicos: crimes corporativos e necrocorporações**. 2013. 316 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

MELCHIORS, Rafaela Bogado. **Criminologia verde: grandes corporações e danos socioambientais no Sul global**. São Paulo: Editora Blimunda, 2022.

MORRISON, Wayne. **Criminología, civilización y nuevo orden mundial** (Criminology, civilization, and the new world order). Barcelona: Anthropos, 2012.

PAYNE, Leigh A.; PEREIRA, Gabriel; BERNAL-BERMÚDEZ, Laura. **Transitional Justice and Corporate Accountability from Below: Deploying Archimedes' Lever**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

PEARCE, Frank. **Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación**. México: Siglo Veinteuno, 1980.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La Memoria: Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, n. 1, p. 40-55, 2011.

RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. In: BARAK, Gregg (Org.). **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. New York: Routledge, 2015.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal; CHAMORRO, Sebastián Cabezas; FORERO, Alejandro; RIVERA BEIRAS, Iñaki; VIDAL TAMAYO, Iván; QUEZADO SOARES, Marina. Para além da criminologia. um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados / Más allá de la criminología. un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 40-79, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2323>. Acesso em: 03 out. 2023.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org). **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SILVEIRA, Alexandre Marques; BUDÓ, Marília de Nardin. NUVEM DE POEIRA: A EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS OCUPACIONAIS E AMBIENTAIS DA INDÚSTRIA DO AMIANTO EM OSASCO-SP. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 182, ano 29, p. 229-260, agosto/2021.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. **The corporate criminal**: why corporations must be abolished. New York: Routledge, 2015.

TOMBS, Steve. For Pragmatism and Politics: Crime, Social Harm and Zemiology. In: KOTZÉ, Justin; BOUKLI, Avi (orgs.). **Zemiology**: Reconnecting Crime and Social Harm. London: Palgrave Macmillan, 2018.

WHITE, Rob. Eco-justice and Problem-solving approaches to Environmental Crime and Victimisation. In: SPAPENS, Toine; WHITE, Rob; KLUIN, Marieke (orgs.). **Environmental Crime and its Victims**: Perspectives within Green Criminology. Farnham: Ashgate, 2014.

WHYTE, David. **Ecocide**: Kill the corporation before it kills us. Manchester, UK: Manchester University Press, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología.** *In:* Congreso Internacional De Derecho Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma De México, 2006, Cidade do México: UNAM, 2006.

A VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA AS MULHERES NO CENÁRIO BRASILEIRO: REFLEXÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

*POLITICAL VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE BRAZILIAN SCENARIO:
REFLECTIONS, CHALLENGES AND PERSPECTIVES*

*VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EN EL ESCENARIO
BRASILEÑO: REFLEXIONES, DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS*

Caroline Dimuro Bender D'Avila ¹
Rozinaldo Victor do Nascimento ²

RESUMO

O presente artigo tem o propósito de discorrer acerca da violação dos direitos humanos e fundamentais das mulheres no Estado brasileiro no âmbito político. Para isto, serão analisadas, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, de viés exploratório, e do método dedutivo, as possíveis causas e consequências da violência política contra o gênero feminino, as suas principais características e as leis que reconhecem e criminalizam esse tipo de violência nos sistemas jurídicos interno e internacional. Com isso, aponta-se a importância e os desafios de uma democracia representativa com efetiva participação feminina. Ademais, destaca-se as perspectivas para amenizar e erradicar a violência política contra as mulheres no território nacional. Tudo com o objetivo de expor a realidade cercada de desigualdade do país e a necessidade de mudanças culturais e jurídicas para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais das mulheres no contexto político e, assim, contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Discriminação; Violência política contra as mulheres; Democracia representativa; Política brasileira.

¹ Mestre em Direito pela PUCRS. Professora do Curso de Direito da Atitus/POA. Doutoranda na PUCRS com bolsa da CAPES. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3874-1643>. E-mail: carolinebdavila@gmail.com.

² Graduando no Curso de Direito pela ATITUS Educação. E-mail: rozinaldo.victor@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7838-7178>. E-mail: rozinaldo.victor@gmail.com.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the violation of human and fundamental rights of women in Brazil in the political sphere. To this end, based on bibliographical and documentary research, with an exploratory bias, and the deductive method, the possible causes and consequences of political violence against women, its main characteristics and the laws that recognize and criminalize this type of violence will be analyzed in the domestic and international legal systems. With this, the importance and challenges of a representative democracy with effective female participation are pointed out. In addition, the prospects for mitigating and eradicating political violence against women in the national territory are highlighted. All with the aim of exposing the reality surrounded by inequality in the country and the need for cultural and legal changes to ensure the exercise of women's social and individual rights in the political context and, thus, contribute to the development of a pluralistic society without prejudice, as established by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Discrimination. Political violence against women. Representative democracy. Brazilian politics.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es discutir la violación de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres en Brasil en el ámbito político. Para ello, a partir de una investigación bibliográfica y documental, con un sesgo exploratorio, y el método deductivo, se analizarán las posibles causas y consecuencias de la violencia política contra las mujeres, sus principales características y las leyes que reconocen y criminalizan este tipo de violencia en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Con ello, se señala la importancia y los desafíos de una democracia representativa con participación femenina efectiva. Además, se destacan las perspectivas de mitigación y erradicación de la violencia política contra las mujeres en el estado brasileño. Todo con el objetivo de exponer la realidad rodeada de desigualdad en el país y la necesidad de cambios culturales y legales para asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales de las mujeres en el contexto político y, así, contribuir al desarrollo de una sociedad pluralista y sin prejuicios, tal como lo establece la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: Discriminación; Violencia política contra las mujeres; Democracia representativa; Política brasileña.

Data de submissão: 20/08/2023

Data de aceite: 04/10/2023

1 INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres na política brasileira é um problema grave e antigo em nível nacional, que agride a democracia e impede o progresso em direção à efetiva igualdade de gênero na sociedade. Durante os processos eleitorais e mesmo depois de inseridas no contexto político, as mulheres sofrem diversas formas de violação de direitos – intimidade, privacidade, igualdade, integridade física e moral, liberdade de reunião, associação e expressão – que repercutem negativamente em um Estado que se diz democrático.

Historicamente as mulheres sempre foram excluídas das instâncias superiores de poder. Entretanto, atualmente, verifica-se uma modificação gradativa nessa realidade, presenciando-se mulheres – ainda que poucas – ascenderem aos mais altos postos do poder político e econômico. Importante frisar que a entrada na política institucional permitiu às mulheres desconstruírem o mito do apoliticismo feminino, ao demonstrarem que tinham (têm) plena capacidade de assumir cargos políticos. Com isso, nota-se que se faz necessário um processo de efetivação dos direitos das mulheres assegurados em âmbito normativo interno e internacional, para que a discriminação não constitua um fator de afastamento do gênero feminino dessa área tradicionalmente masculina.

Diante do exposto, este artigo tem o objetivo de qualificar o debate sobre violência política contra as mulheres no Brasil, oferecendo visibilidade às possíveis causas, consequências sócio-políticas e formas de manifestação dessa violência, com base em pesquisa bibliográfica e documental, de viés exploratório, e do método dedutivo. Pretende-se contribuir para a construção de mecanismos de prevenção e de enfrentamento a esse tipo de violência no período pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral, bem como para a criação de políticas públicas eficazes de assistência e proteção às vítimas.

2 MULHERES NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA

A luta feminina pela participação política apresenta uma longa trajetória, repleta de adversidades e de desafios. Na primeira Constituição Federal

brasileira, que data de 1824 e foi outorgada por Dom Pedro I, era considerado cidadão ativo o homem que tinha mais de 25 anos, trabalhava e possuía uma renda anual. Mulheres eram declaradas apenas cidadãs passivas, destinatárias somente de direitos civis, como o direito ao recebimento de herança. (Marques, 2019).

Em 1880 iniciou-se a reforma na Lei Eleitoral Brasileira, consagrada em 09 de janeiro de 1881 pelo Decreto nº 3029, conhecido como Lei Saraiva. Esta lei instituiu o Título de Eleitor e adotou eleições diretas para todos os cargos eletivos existentes na época, a exemplo de senadores e membros das Assembleias Legislativas provinciais. Determinou, ainda, a proibição do voto para os analfabetos e a possibilidade da eleição de imigrantes e daqueles que tivessem uma crença religiosa diferente da oficial (religião católica), desde que possuíssem renda de, pelo menos, duzentos mil Réis. (Marques, 2019).

Com a inauguração da segunda Constituição – 1891 – debates sobre o sufrágio feminino no Brasil tiveram espaço, já que, em seu artigo 70, o texto constitucional definia os eleitores como “os cidadãos maiores de 21 anos”. Tal definição, por não negar de forma expressa o direito de voto à mulher, permitiu que surgissem contestações de mulheres que queriam participar da política, mas os pedidos foram rejeitados (Marques, 2019). Cabe ressaltar que o patriarcado reage à emancipação feminina desde as origens do Estado de Direito que remontam às Revoluções Liberais do final do século XVIII. Em vários países, como no Brasil, o voto feminino foi reconhecido décadas depois do voto masculino (Prá, 2013).

Novas frentes são buscadas, na década de 1920, pelas feministas, que se aproximam de outros movimentos – de operários, de intelectuais, da luta da classe média pela participação política – para conquistar o direito ao sufrágio (Prá, 2013). O Rio Grande do Norte, após a promulgação da Lei nº 660, de 25 outubro de 1927, foi o primeiro estado a estabelecer que não haveria distinção de sexo para o exercício do sufrágio. Um mês após a entrada em vigor da lei, o movimento sufragista no Brasil alcançou sua primeira grande vitória: Celina Guimarães Vianna foi a primeira mulher a conquistar o direito de voto no Brasil – e na América Latina –, alistando-se aos 29 anos de idade na cidade de Mossoró

(Professora..., 2023). Logo em seguida, no ano de 1928, ocorreu outro grande feito do movimento sufragista, mais uma conquista para a luta das mulheres: Luiza Alzira Soriano Teixeira é a primeira prefeita eleita – no município de Lages (RN) – a nível nacional e latino-americano (Os 80..., 2023).

Na era Vargas, no ano de 1932, com o advento do primeiro Código Eleitoral brasileiro, as mulheres conquistaram o direito de participação no processo eleitoral. Contudo, a combinação entre o voto voluntário (facultativo para mulheres) e o Código Civil vigente, implicava que o direito só seria exercido por mulheres alfabetizadas e casadas com autorização do chefe da família (o marido), sendo o voto obrigatório apenas para homens e mulheres que exerciam função remunerada em cargos públicos. (Marques, 2019).

Houve então, em 1933, a criação de uma Assembleia Nacional Constituinte e, devido aos esforços de Bertha Luz e Nathércia Silveira, ocorreu a inclusão do voto feminino na Constituição de 1934. No ano de 1946, a promulgação de um novo texto constitucional permitiu o voto aos alfabetizados – restrição abolida em 1988 – e aos maiores de 18 anos (Prá, 2013).

Já em 1988, foi instituído um Estado Democrático destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme o preâmbulo da Constituição Federal; e foram garantidos direitos e deveres iguais entre homens e mulheres perante a lei (art. 5º). Pouco tempo depois, iniciou-se uma sequência de grandes vitórias em âmbito normativo interno e internacional.

O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966) entrou em vigor no Brasil em 1992. Logo, em 1993, foi adotada a *Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher* na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena. Em 1995, a eliminação de violência foi incluída pela Conferência de Pequim como uma de suas doze áreas de preocupação especial.

Já em 1996, o Congresso Nacional instituiu o sistema de cotas na Legislação Eleitoral brasileira, incentivando e garantindo a inscrição mínima de 20% de mulheres em chapas eleitorais. Sem demora, ainda em 1996, é adotada a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* – de Belém do Pará – criada em 1994. Sobre a reserva de vagas para

mulheres em partido ou coligação, a inscrição mínima aumentou de 20% para 30% através da Lei nº 9.504/1997. Porém, embora bem intencionado, o sistema de cotas, na visão de Reis Prá (2013) não teve pleno sucesso na distribuição equitativa de poder entre os gêneros e deveria ser substituído por políticas redistributivas que busquem a participação paritária entre os gêneros nas listas eleitorais.

Em 2010 foi eleita, no primeiro turno, a primeira mulher presidente do Brasil, Dilma Rousseff. No ano de 2015, a *Declaração sobre a Violência e o Assédio Político contra as Mulheres* foi emitida pelo *Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará* (MESECVI). (Cartilha de prevenção..., 2021).

Para mais, em 2015 o Brasil assumiu o compromisso da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, que estabelece os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Dentre eles, os que podem ser relacionados à temática aqui tratada são: ODS 5 - “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”; ODS 10 - “Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles”; ODS 11 - “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” e ODS 16 - “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Finalizando, em 2021, foi aprovada a Lei 14.192, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. O documento normativo altera o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) e a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) para criminalizar a violência política contra a mulher, para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais.

3 DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER POLÍTICO

A evolução da condição das mulheres se mostra bastante morosa ao longo da evolução humana. No século XVIII, a função principal da mulher – atendendo aos interesses de uma sociedade patriarcal e da Igreja – era cuidar da educação dos filhos, bem como da casa. Assim, a mulher exercia funções próprias do mundo privado e os homens dominavam os assuntos políticos e econômicos, próprios do domínio público. Para Arendt (2001, p. 68), ficar restrito ao mundo privado significa:

[...] ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação ‘objetiva’ com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. [...] o homem privado não se dá a conhecer, e, portanto, é como se não existisse.

Neste período, mulheres e crianças eram consideradas frágeis e necessitadas de proteção masculina, em uma divisão de papéis que, segundo Rocha-Coutinho (1994), tornou possível “o domínio do homem sobre a mulher, disfarçado de capa de proteção”. Em reação a esse cenário, surgem os movimentos feministas. Merece ser abordado aqui, especialmente, o feminismo latino-americano, que surgiu na vigência de regimes militares repressivos (década de 1970), como movimento de oposição ao patriarcado e à dominação masculina na “família tradicional” (Alvarez; Aranguren; Chuchryk, 1994).

No início do movimento, muitas mulheres uniram-se à esquerda e apoiaram, antes mesmo da luta pela igualdade de gênero, a luta de classes e, até mesmo, a luta contra o imperialismo. Trata-se, portanto, de um movimento de origem multifacetada e heterogênea na dimensão política e social que, inicialmente, se pautava por uma agenda muito diferente daquela das feministas norte-americanas e europeias, as quais apresentavam outras preocupações à época, como autonomia reprodutiva e violência doméstica. Em 1981, na capital da Colômbia, aconteceu a primeira reunião de feministas latino-americanas. Após muita discussão e divisão entre militantes dos partidos de esquerda e feministas independentes prevaleceu o espírito de conciliação. Formava-se,

assim, um movimento de proporções continentais (Alvarez; Aranguren; Chuchryk, 1994).

No II Encontro, realizado em Lima no ano de 1983, os partidos políticos foram apontados como uma instituição patriarcal, o que permitiu um diálogo entre feministas e militantes. Na ocasião, dois temas ganharam visibilidade: o lesbianismo e o racismo. O III Encontro se realizou no Brasil, em 1984, na cidade de Bertioga, onde um incidente aconteceu: chegou um ônibus de mulheres negras, oriundas de comunidades periféricas, que não foram admitidas no evento porque se acreditava que elas tinham sido alvo de uma manipulação política com a finalidade de desacreditar o movimento feminista. Este fato repercutiu negativamente e reforçou a ideia de que o movimento feminista é burguês e elitizado. (Alvarez; Aranguren; Chuchryk, 1994).

Nesta esteira, importa afirmar que mulheres negras e indígenas apresentam demandas particulares, que vão além da “rubrica da questão de gênero”, como afirma Carneiro (2003). Ainda, conforme a autora (2003), a “solidariedade racial intragênero” não acontece de forma espontânea e, dentro do movimento feminista, as mulheres negras tiveram que lutar por suas questões específicas, tais como: inserção no mercado de trabalho (sem ser na condição de empregada doméstica) e no sistema educacional, papel nas relações afetivas, promoção da saúde e dos direitos reprodutivos e representação nos meios de comunicação. Tal temática, contudo, não é discutida no recorte proposto no presente artigo.

Nos Encontros seguintes que se realizaram, evidencia-se a expansão e a diversificação do movimento feminista. Destaca-se, entretanto, que o poder sobre as decisões políticas, que deveria abranger a todos, ser representativo e proporcional a população em geral, ainda é marcado por gênero, raça e classe, o que fragiliza a representatividade das instituições políticas.

As consequências da exclusão política da mulher são variadas e afetam não só a vida da mulher na política, mas a vida pessoal das vítimas, suas famílias e a própria comunidade, pois fere direitos garantidos na Constituição, como o direito de exercer a liberdade de opinião e de expressão (Cartilha de prevenção..., 2021). São muitas as dificuldades para que as mulheres ocupem

espaços na política. No Brasil, as dificuldades começam pelo sistema eleitoral, que é de lista aberta, isto é, todos os candidatos dos partidos disputam entre si. Se apenas 5% do fundo partidário é destinado às candidatas mulheres, por óbvio que elas saem em desvantagem frente a candidaturas masculinas. Apesar da representatividade feminina ser a maioria nas urnas, – 52% do eleitorado – na política há sub-representação, pois o gênero feminino representa apenas 34% das candidaturas (Estatísticas..., 2023). A pequena representatividade das mulheres deixa claro a existência de uma estrutura conservadora e de uma sociedade patriarcal e misógina, que o movimento feminista luta para combater.

Nas palavras da ministra substituta Maria Cláudia Buchianeri, do Tribunal Superior Eleitoral, (Violência política de gênero: Brasil..., 2023) “o ambiente político ainda é muito tóxico para as mulheres, que são comumente ofendidas, humilhadas, ameaçadas e desrespeitadas em razão da sua condição feminina”. A ministra substituta aponta que a violência política contra as mulheres é um dos principais fatores citados por estudiosos para a pequena presença feminina política. O que se agrava mais ainda no caso de mulheres negras e pobres.

Quando alguma mulher consegue representatividade política, não raro recebe ataques misóginos pela mídia e pelas redes sociais. Luciana Panke e Sylvia Iasulaitis (2016) afirmam que a equidade na política não é uma realidade que está próxima de se concretizar, pois, muito embora existam leis de cotas e de gêneros, o âmbito político é fundamentalmente masculino.

Acredita-se, então, que o sistema de cotas para participação feminina na política possa e deva ser melhorado, sendo possível aos partidos políticos solucionar a discrepância entre candidaturas. As mulheres brasileiras precisam fazer parte do cenário político no Brasil para a construção de um Estado verdadeiramente democrático (Rezende, 2017).

Desde 2006, o Fórum Econômico Mundial publica anualmente o relatório *Global Gender Gap*, que avalia e classifica o desempenho dos países em relação à paridade entre os gêneros masculino e feminino. Na edição de 2022 (*Global*

Gender Gap Report 2022)³, o Brasil ficou na 94ª posição do ranking, de 146 Estados participantes. No quesito empoderamento político – uma das quatro dimensões analisadas – o Brasil apresentou piora, por causa de uma contração na proporção de mulheres no parlamento. Quando considerado apenas esse subíndice, o Brasil cai para 104º lugar no ranking global (World Economic Forum, 2022). Já no relatório de 2023 (*Global Gender Gap Report 2023*)⁴, o Estado brasileiro subiu para 57ª posição – um aumento significativo – que se deve, entre outros fatores, ao aumento de mulheres parlamentares (2.9 pontos percentuais em relação à edição anterior). Apenas a título de curiosidade Islândia e Afeganistão são os países com o melhor e o pior índice de paridade de gênero, respectivamente (World Economic Forum, 2023). O relatório atual aponta, também, que se os países seguirem evoluindo no ritmo que estão, levará 131 anos para que sejam alcançados níveis adequados de igualdade de gênero (World Economic Forum, 2023).

4 VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA O GÊNERO FEMININO: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

De início, importante atentar-se para o conceito de *Violência Política Contra a Mulher* (VPCM). A Lei nº 14.192/2021 define em seu art. 3º, *caput* e parágrafo único, que toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher são considerados atos de violência política, bem como qualquer acepção, segregação ou restrição no reconhecimento, ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do seu gênero. Cabe ressaltar que se deve entender a mulher como gênero e não como sexo biológico, incluindo as transgênero, e não excluindo nenhuma raça, etnia ou outro fator que seja limitador da proteção.

³ World Economic Forum, 2022.

⁴ World Economic Forum, 2023.

Além disso, a violência não atinge somente as mulheres, mas também as pessoas negras, pessoas com deficiência, a comunidade LGBTQIA+, os quilombolas, os indígenas, e, principalmente, o Estado Democrático de Direito. Por isso, registra-se a existência da Lei nº 14.197/2021, que incluiu no Código Penal o art. 359-P, relativo à violência política independentemente do sexo da vítima.

A violência política se manifesta de diversas formas – ação ou omissão, isolada ou generalizada (combinada), diretamente ou por terceiros, agentes públicos ou privados, pessoa física ou jurídica, ambiente físico ou virtual – durante e após o processo eleitoral. Essa agressão pode ser de natureza moral, psicológica, simbólica, econômica, física e sexual. Pode ocorrer a configuração de vários desses tipos ao mesmo tempo, uns de modo mais sutil e outros mais visíveis. (Cartilha sobre..., 2021).

Entende-se como violência política moral injúria, calúnia e difamação, que atingem a dignidade, o decoro e a reputação da vítima. Já a psicológica é a que viola a intimidade da vítima ou de membro de sua família ou pessoa próxima, seja mediante ameaça, humilhação ou manipulação. A violência econômica afeta economicamente a vítima, por meio da privação de recursos de campanha e extorsão, por exemplo. A chamada violência simbólica pode ser cometida por atos/falas de intimidação, silenciamento, desmerecimento, restrição do uso da palavra, linguagem excludente, questionamentos sobre aparência, vida pessoal e sexualidade, ausência de assento próprio nos parlamentos, entre outros.

Um das violências mais aparentes acontece contra a integridade física, caso em que há lesões corporais, tortura, maus-tratos e o próprio crime de feminicídio. Além da violência física há ainda a violência sexual que, por sua vez, compreende o estupro, o contato sexual não consentido, o assédio, as insinuações, o registro e a divulgação de fatos íntimos não autorizados e os atos e as falas de natureza sexual que causem constrangimento.

Entre os agressores estão as forças de segurança e as forças armadas, as instituições governamentais, os agentes eleitorais, os servidores públicos, os candidatos, os líderes e os membros de partido, os veículos de comunicação, os eleitores, a comunidade, os familiares etc. Vale ressaltar: de ambos os sexos.

Há, por conseguinte, uma multiplicidade de vítimas, dentre elas: candidatas, eleitas, militantes, integrantes e servidoras dos órgãos eleitorais, servidoras públicas, jornalistas, comunicadoras, ativistas, eleitoras e cidadãs.

Para mais, é preciso registrar que os direitos políticos impactados são amplos, não se limitando apenas ao direito de votar e ser votada, mas também a vários outros, como o exercício da atividade de militância, a associação e reunião, a participação em partidos e em manifestações/campanhas políticas, o exercício da liberdade de opinião e de expressão, seja na posição de eleitora, candidata, eleita, profissional da imprensa, defensora dos Direitos Humanos ou defensora dos direitos femininos. (Cartilha sobre..., 2021).

Diante do exposto, essencial apresentar os meios de denúncia do crime de violência política. Em agosto de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral e a Procuradoria-Geral Eleitoral firmaram o *Protocolo Para Atuação Conjunta no Enfrentamento da Violência Política de Gênero (2022)* para a criação e divulgação de um canal específico de denúncias em casos de violência política, que está disponível no site do TSE e da Ouvidoria do Tribunal. Também existe o Disque 180 para denúncias.

5 IMPACTOS DA DISCRIMINAÇÃO E DA VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA AS MULHERES

Conforme o Censo das Prefeitas Brasileiras (mandato 2021-2024), realizado pelo Instituto Alziras (Censo..., 2023)., as mulheres são cerca de 51,5% da população, mas governam 12% dos municípios. Além disso, as mulheres negras são 28% da população, mas governam apenas 4% dos municípios. Ou seja, os homens seguem no comando de 88% das prefeituras do país.

Ainda, segundo a pesquisa empírica, 58% das Prefeitas afirmam ter sofrido assédio ou violência política pelo fato de ser mulher. Um aumento de 5 pontos percentuais em relação às prefeitas do mandato anterior. Elas responderam ao seguinte questionamento: “Além do fato de ser mulher, você considera que já sofreu alguma violência política ao longo de sua trajetória também pelos motivos abaixo?”. Dentre os motivos estão: idade (preconceito

etário), com 20%; religião/culto (intolerância religiosa), com 7%; e, orientação sexual e/ou identidade de gênero (LGBTfobia), com 1%.

Em muitos casos as vítimas não denunciam a(s) agressão(ões) que sofreram. É o que demonstra o levantamento do Instituto, através do qual ficou constatado que 1 em cada 2 Prefeitas não registrou queixa ou boletim de ocorrência em função de assédio ou violência política sofridos ao longo de sua trajetória. Dentre as que não registraram, 40% não acreditam na eficácia da apuração de denúncias sobre esse tipo de violência. Além disso, 50% das que registraram consideram que os casos não contaram com a devida apuração e responsabilização dos agressores.

Também foi registrado pelo Censo (Censo..., 2023) que, na campanha de 2020, as violências mais frequentes foram a divulgação de informações falsas (“Fake News”), no topo, com 74%; em segundo lugar ataques, ofensas e discursos de ódio nas redes sociais, com 66%; e, na terceira posição, ataques, ofensas e xingamentos verbais presenciais, com 29%. A violência pode chegar ao extremo de até mesmo as levar a morte, assim como aconteceu com Marielle Franco, em março de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, quando foi alvejada por 7 (sete) tiros dentro de um carro quando voltava de um evento promovido por seu partido (PSOL).

Partindo para uma visão mais ampla, o Observatório da Violência Política e Eleitoral (OVPE) (Observatório..., 2023) mostra dados sobre a dinâmica e o impacto da violência na democracia brasileira desde o início de 2019, através do Grupo de Investigação Eleitoral da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (GIEL/UNIRIO). A publicação é feita trimestralmente desde 2020. O Boletim Trimestral nº 13, que corresponde aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2023, registrou queda no número de casos de violência política, pois, nesse período, foram contabilizados 114 episódios, representando uma redução de 13% em comparação com o semestre anterior. O material frisa que desde 2019, o início da contagem, alcançou-se a marca de 1666 casos.

Entretanto, se comparado com o primeiro trimestre de 2020 e 2022 (anos eleitorais), é possível observar que houve maior número de casos. Assim, verifica-se uma tendência de alta (Observatório..., 2023). Percebe-se que as

mulheres são alvo diariamente, dentro e fora de seus locais de trabalho, em período eleitoral ou não, e de variadas formas. Algumas das consequências sociopolíticas da VPCM são: redução do número de mulheres candidatas às eleições, contenção ou ausência de financiamento para campanhas, diminuição no número de mulheres eleitas, limitações à visibilidade, menos ativismo político, renúncia forçada de eleitas, abandono de carreira política antecipado, dentre outras.

De acordo com a Agência Câmara de Notícias (Violência política de gênero, a maior..., 2023), a maior causadora da baixa representatividade feminina no Parlamento e nos espaços de poder e decisão é a violência política de gênero, ainda que a Constituição Federal disponha que “Todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I) e que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (art. 14, *caput*).

6 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA DE PARTICIPAÇÃO FEMININA: IMPORTÂNCIA E DESAFIOS

Com a ditadura militar se encaminhando ao fim, a partir de 1985 a democratização no Brasil se fez necessária. Em 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte. Paralelamente, em um ato de ousadia e coragem, ativistas e legisladoras uniram-se para garantir que a “nova Constituição Federal” garantisse democraticamente os direitos femininos. Para isso, redigiram uma carta – assinada por “nós mulheres brasileiras” – onde elencavam dezenas de propostas para o futuro texto constitucional. Entre as muitas exigências, apontavam a necessidade de que todo tipo de violência contra as mulheres fosse considerado crime e a igualdade entre homens e mulheres no acesso ao mercado de trabalho.

Apesar de ter representado um papel tão importante e inovador para a democracia brasileira, esse grupo, que ficou conhecido como *Lobby do Batom*, foi esquecido nas narrativas históricas oficiais. Conforme a cientista social Beatriz Della Costa, um dos maiores desafios das mulheres na política é a

invisibilidade de suas ações e realizações. Para Della Costa, não é coincidência sabermos pouco sobre o fato de que os direitos adquiridos hoje são frutos da luta, da estratégia e das movimentações do *Lobby do Batom*. (Conheça..., 2023).

Entre as conquistas da “carta das mulheres brasileiras aos constituintes” estão: a igualdade jurídica em relação aos homens, a licença maternidade de 120 dias, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos da mulher e o direito a serem donas de suas próprias terras. Porém, as garantias constitucionais não são suficientes para garantir o protagonismo feminino no cenário político brasileiro e para coibir as articulações políticas com o intuito de causar o “desempoderamento” das mulheres. Exemplo disso foi o *impeachment* de Dilma Rousseff. A ascensão de uma mulher à presidência desencadeou uma agitada reação que buscava não apenas tirá-la do poder, mas também enfraquecer a participação de mulheres na política. O fato histórico mostra que conquistar o poder é apenas um dos grandes desafios que mulheres enfrentam ao ingressar na política. Mantê-lo é uma dificuldade por si só.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1983, p.68)

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”. Colocar o bem comum em primeiro lugar e atuar sempre que possível para promovê-lo é dever de todo cidadão responsável.

No Estado brasileiro, a igualdade entre homens e mulheres deu um grande passo com a Constituição Cidadã de 1988, mas ainda atravessa grandes desafios. Mesmo com os incentivos oriundos da Lei nº 12.034/2009, que regulamenta o sistema de cotas eleitorais, o percentual de mulheres a ocupar às cadeiras parlamentares não ultrapassa 10,7% para Câmara Federal e 14,8% para o Senado, mesmo em um mundo onde as mulheres são 51,5% da população total do país e 52% da representatividade eleitoral.

É evidente, portanto, a falta de êxito da ação afirmativa que estabelece as cotas eleitorais. O sistema de lista aberta adotado pelo Brasil permite que cada partido apresente seus candidatos em uma lista não ordenada e os eleitores escolham em quem votar. Na análise de Clara Araújo (2001), nos sistemas de listas fechadas ou semifechadas as cotas têm o potencial de alcançar melhores resultados.

Quanto aos instrumentos *stricto sensu*, houve a inserção de dispositivos no Código Eleitoral, com o incremento do tipo penal de "divulgação de fatos inverídicos", constante do *caput* do artigo 323. Agora, relatar fatos inverídicos deixou de ser crime restrito apenas à propaganda eleitoral e se estende às divulgações que ocorram durante o período de campanha eleitoral em outros meios. Foi incluída cláusula de aumento de pena quando este crime envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a incorporação de novo inciso ao artigo 243 da Lei nº 4737/1965.

Para combater a violência política de gênero, em 2019, a Câmara dos Deputados, por meio da Secretaria da Mulher e da Primeira Secretaria, lançou a campanha "Uma letra muda todo o contexto", que defende a ideia de que a democracia é a maior vítima da violência política de gênero. Em 2022, representantes do Tribunal Superior Eleitoral, da bancada feminina do Congresso Nacional, da empresa Meta e da organização *Women's Democracy Network* (WDN) lançaram oficialmente, em Brasília, o guia *Mulheres na Política: Combatendo a Violência nas Plataformas da Meta* (Guia..., 2023), que traz advertências e auxilia no enfrentamento desse tema.

Através da Escola Judiciária, o TRE do Tocantins promove ações voltadas ao esclarecimento sobre direitos e deveres dos eleitores e candidatos do futuro, com ênfase na importância do voto consciente. Por meio da Resolução nº 444/2019, a Escola estabeleceu um programa permanente com os seguintes pontos focais: fortalecer nas mulheres o conceito de cidadania e democracia; esclarecer sobre direitos e deveres da mulher no processo político brasileiro; conscientizar as mulheres para a importância de sua capacidade eleitoral ativa; enfatizar a autonomia feminina na escolha dos (as) candidatos (as). É preciso quebrar paradigmas, realizando a mudança do fator cultural de que o universo político é masculino, pois competência e liderança não se resumem a gênero, e sim a compromisso com a coletividade.

Alguns recursos de propagação de informações e geração de conhecimento da população acerca da violência política de gênero e da violência política contra a mulher são as Cartilhas e pesquisas realizadas por Institutos, órgãos públicos etc. Os materiais apresentam dados estatísticos, como a

violência ocorre, quais são os tipos, quem se enquadra como vítima, quem são os agressores, bem como formas de prevenir, monitorar, punir e erradicar a violência que assombra as pessoas e a democracia. Estratégias em colaboração podem e devem ser realizadas entre o meio privado e público, proporcionando maior visibilidade à causa e soluções céleres e eficazes de combate à violência e apoio às vítimas.

Uma questão de suma importância é a denúncia. Os canais de denúncia devem ser amplamente divulgados para a sociedade, de modo que qualquer pessoa que presencie ou seja vítima dessa violência possa acionar as autoridades competentes de forma rápida e prática.

A obra “Violência política contra as mulheres: roteiro para prevenir, monitorar, punir e erradicar” (2020) traz mecanismos de atenção e proteção imediata às vítimas, estabelecendo instâncias de cuidados psicológicos, bem como reparação de danos. Outro aspecto interessante é avaliar a possibilidade de criação de tribunais e promotorias especializados sobre a temática. Ademais, a promoção de mecanismos internos nos partidos políticos para enfrentar a VPCM também se mostra uma opção interessante.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se qualificar o debate sobre violência política contra as mulheres (VPCM) no Brasil, a fim de mostrar a trajetória árdua da conquista de direitos pelo gênero feminino e de contribuir para construção de mecanismos de prevenção e enfrentamento a esse tipo de violência no período pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral. Resta evidente que a deslegitimação feminina constitui uma constante na sociedade brasileira e alcançar a igualdade política, em cargos de poder, ainda está longe de ser algo efetivamente consolidado.

O pioneirismo de mulheres no âmbito do domínio público engendrou transformações na política brasileira contra a violência de gênero e enfrentamento de uma cultura predominantemente patriarcal. Pode-se dizer que, enquanto a mentalidade da sociedade não mudar em relação às funções que as

mulheres podem – e devem exercer –, a inserção feminina nos espaços políticos e de decisões continuará de difícil acesso e permanência. Por outro lado, quanto mais mulheres se propuserem a enfrentar os múltiplos obstáculos existentes para ingressar no campo da gestão pública, maiores reflexões e questionamentos serão feitos sobre o papel social feminino na cultura brasileira, o que certamente trará contribuições relevantes para uma mudança de paradigma relativamente à VPCM.

Mediante o exposto, podemos inferir que o caminho mais eficaz para que haja uma alteração efetiva na política brasileira necessariamente passa pela implementação de programas governamentais e de políticas públicas voltadas à difusão de combate à violência de gênero. Percebeu-se que, com a aquisição do direito ao voto feminino no ano de 1932, o cenário político brasileiro sofreu modificações expressivas, porém não suficientes para garantir a igualdade de gênero, pois, após quase cem anos dessa conquista e com uma Constituição Federal democrática, ainda existe uma disparidade excessiva na representatividade dentro dos poderes legislativos e executivos no país. A violência política contra as mulheres, como visto, se dá de várias formas – psicológica, física, moral, patrimonial, sexual – e afeta mulheres de diferentes grupos sociais, origens, idades, regiões, graus acadêmicos, ideologias, etnias e orientações sexuais.

Sobre a lei de cotas, ainda se faz presente a exigência de sua efetivação, com mecanismos que garantam que sua finalidade seja alcançada em termos satisfatórios. Conclui-se que o sistema de cotas é necessário e deve ser aprimorado para que a inclusão feminina na política se torne sólida. Por outro lado, não se pode olvidar que um país só cresce se seu povo tiver acesso a uma educação de qualidade. Qualificar os espaços de cidadania através da educação seria um grande avanço cívico, pois crianças e adolescentes críticos e com senso de responsabilidade pelas escolhas políticas, serão os eleitores e candidatos amanhã e, com certeza, ampliarão suas percepções a respeito da capacidade igualitária – tão bem demonstrada pelo movimento feminista latino-americano – entre homens e mulheres para a representação política democrática.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Sonia E.; ARANGUREN, Marysa Navarro; CHUCHRYK, Patricia; STERNBACH, Nancy Saporta. Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo. In: LEÓN, Magdalena (Org.). **Mujeres y participación política: Avances y desafíos em América Latina**. Bogotá: TM Editores, 1994.

ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. **Dados**, v. 44, n. 1, p. 155-195, 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582001000100006>. Acesso em 30 nov. 2023.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 49, p. 117-132, 2003.

CARTILHA de Prevenção à Violência Política Contra as Mulheres em Contextos Eleitorais. ONU Mulheres. 2021. Disponível em: [www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Cartilha de Prevencao a Violencia contra as Mulheres em Contextos Eleitorais-1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Cartilha_de_Prevencao_a_Violencia_contra_as_Mulheres_em_Contextos_Eleitorais-1.pdf). Acesso em 02 maio 2023.

CARTILHA sobre violência política de gênero. Observatório de Violência Política Contra a Mulher. 2021. Disponível em: www.transparenciaeleitoral.com.br/observatorio-de-violencia-politica-contra-a-mulher/. Acesso em 02 maio 2023.

CARTILHA sobre Violência Política e Violência Política Contra as Mulheres. 2022. Disponível em: www.mpf.mp.br/presp/publicacoes/cartilha-sobre-violencia-politica-e-violencia-politica-contra-as-mulheres/. Acesso em 02 maio 2023.

CENSO das Prefeitas Brasileiras (mandato 2021-2024). Instituto Alziras. 2023. Disponível em: www.prefeitas.institutoalziras.org.br/censo. Acesso em 27 abr. 2023.

CONHEÇA a história das mulheres que garantiram os nossos direitos. Instituto Update, 28 mar 2023. Disponível em: <https://www.institutoupdate.org.br/conheca-a-historia-das-mulheres-que-garantiram-os-nossos-direitos/>. Acesso em 27 set. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação Política**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

ESTATÍSTICAS eleitorais. Tribunal Superior Eleitoral. 2023. Disponível em: www.sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao/home?session=17112009236550. Acesso em 05 maio 2023.

GUIA Mulheres na Política: Combatendo a Violência nas Plataformas da Meta. 2023. Disponível em: www.about.fb.com/br/wp-content/uploads/sites/11/2022/07/Mulheres-na-politica-2022-jul-06-V.4B.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. 2. ed. Brasília: Edições Câmara, 2019.

OBSERVATÓRIO DA VIOLÊNCIA POLÍTICA E ELEITORAL NO BRASIL. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - CCJP Escola de Ciência Política - ECP Grupo de Investigação Eleitoral – GIEL. 2023. Disponível em: <http://giel.uniriotec.br/?file=observatorio-violencia-politica-e-eleitoral>. Acesso em 02 mai 2023.

OS 80 anos do voto de saias no Brasil - TRE-RN. 2023. Disponível em: <https://www.tre-rn.jus.br/institucional/centro-de-memoria/os-80-anos-do-voto-de-saias-no-brasil-tre-rn>. Acesso em 26 set 2023.

PANKE, Luciana; IASULAITIS, Sylvia. Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais. **Opinião Pública**, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 385-417, ago. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912016222385>.

PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de Gênero, Democracia Paritária e Inclusão Política das Mulheres. **Gênero na Amazônia**, Belém, n. 4, jul./dez., 2013, p. 15-35.

PROFESSORA Celina Guimarães Vianna, primeira eleitora do Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-quimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil>. Acesso em 26 set 2023.

PROTOCOLO para atuação conjunta no Enfrentamento da Violência Política de Gênero que entre si celebram o Tribunal Superior Eleitoral e a Procuradoria-Geral Eleitoral. 2022. Disponível em: www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/7d1a9932-2d6d-4285-a8ab-6356ddd43c9a.pdf. Acesso em 02 maio 2023.

REZENDE, Daniela Leandro. Desafios à representação política de mulheres na Câmara dos Deputados. **Revista Estudos Feministas**, [S.L.], v. 25, n. 3, p. 1199-1218, dez. 2017. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3prezende>. Acesso em 30 nov. 2023

ROCHA-COUTINHO, M. L. **Tecendo por trás dos panos**: A mulher brasileira nas relações familiares. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VIOLÊNCIA Política de Gênero, a maior vítima é a Democracia. Câmara dos Deputados. Secretaria Da Mulher. 2023. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/violencia-politica-de-genero-a-maior-vitima-e-a-democracia>. Acesso em 25 abr. 2023.

VIOLÊNCIA política de gênero: Brasil registra sete casos a cada 30 dias. 2023. Disponível em: [www.cnj.jus.br/violencia-politica-de-genero-brasil-registra-sete-casos-a-cada-30dias/#:~:text=%E2%80%9CO%20ambiente%20pol%C3%ADtico%20ainda%20%C3%A9,Tribunal%20Superior%20Eleitoral%20\(TSE\)](http://www.cnj.jus.br/violencia-politica-de-genero-brasil-registra-sete-casos-a-cada-30dias/#:~:text=%E2%80%9CO%20ambiente%20pol%C3%ADtico%20ainda%20%C3%A9,Tribunal%20Superior%20Eleitoral%20(TSE)). Acesso em 25 abr. 2023.

VIOLÊNCIA política contra as mulheres: roteiro para prevenir, monitorar, punir e erradicar. 2020. Disponível em: www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Roteiro_HojadeRuta.pdf. Acesso em 02 maio 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2022**. Disponível em: <http://reports.weforum.org/globalgender-gap-report-2022>. Acesso em 19 set. 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2023**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2023/>. Acesso em 23 set. 2023.

A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL:

COMENTÁRIOS A PARTIR DO CASO DA SUBSTITUIÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO PELA PRÉVIA INTIMAÇÃO DO SENTENCIADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME SEMIABERTO NO PARANÁ

THE NEED FOR THE JUDICIALIZATION OF PENITENTIARY LAW:

COMMENTS BASED ON THE CASE OF REPLACING THE ARREST WARRANT WITH THE PRIOR NOTIFICATION OF THE SENTENCED PERSON FOR THE BEGINNING OF PENALTY IN THE SEMI-OPEN REGIME IN PARANÁ

LA NECESIDAD DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL:

COMENTARIOS A PARTIR DEL CASO DE LA SUSTITUCIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN POR LA PREVIA COMUNICACIÓN DEL SENTENCIADO PARA EL INICIO DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL RÉGIMEN SEMIABIERTO EN PARANÁ

Giovanni Diniz Machado da Silva¹

RESUMO

Este artigo aborda o tema da intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos das pessoas privadas de liberdade, identificando os marcos normativos contemporâneos que não somente possibilitam, como também obrigam a atuação jurisdicional do Estado na matéria penitenciária. Para tanto, utilizando-se da metodologia de investigação qualitativa, a pesquisa procede uma revisão bibliográfica da literatura especializada, bem como uma busca jurisprudencial junto ao acervo do Supremo Tribunal Federal (STF), onde se pôde encontrar

¹ Mestre (2022) e Bacharel (2020) em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Antropologia Cultural pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (2020) e em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) (2021). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) (2018). Diretor de Pesquisa da Escola da Defensoria Pública do estado do Paraná (EDEPAR), Assessor na Assessoria Especial de Tribunais Superiores (AETS) e Colaborador do Núcleo da Política Criminal e da Execução Penal (NUPEP) da mesma Instituição (DPE-PR). ORCID 0009-0007-7450-9044.

juizados que versaram propriamente sobre o tema. Além disso, o trabalho realiza um estudo de caso do “*Habeas Corpus* nº 0053389-10.2022.8.16.0000”, julgado pelo Tribunal de Justiça do estado do Paraná no ano de 2022, se valendo desse exemplo para demonstrar – dentro de um método indutivo – a necessidade de rejeição da chamada doutrina do “*hands-off*”.

Palavras-chave: Execução penal; *hands-off*; direito penitenciário.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of Judiciary intervention in the enforcement of the rights of people deprived of liberty, identifying contemporary normative frameworks that not only enable but also obligate the State's jurisdictional action in penitentiary law. Therefore, using a qualitative research methodology, the study carries out a bibliographical review of the specialized literature, as well as a search into the Brazil's Federal Supreme Court case law data, where it was possible to find some files on the topic. Furthermore, this essay performs a case study of the “*Habeas Corpus* nº 0053389-10.2022.8.16.0000”, judged by the Court of Justice of the state of Paraná in 2022, using this example to demonstrate – by inductive method – the need to reject the so-called “hands-off doctrine”.

Keywords: Execution of penal sentences; *hands-off*; penitentiary law.

RESUMEN

Este artículo aborda el tema de la intervención del Poder Judicial en la efectividad de los derechos de las personas privadas de libertad, identificando los marcos normativos contemporáneos que no solo posibilitan, sino que también obligan a la actuación jurisdiccional del Estado en materia penitenciaria. Para ello, utilizando la metodología de investigación cualitativa, la investigación procede una revisión bibliográfica de la literatura especializada, así como una búsqueda jurisprudencial junto al acervo del Supremo Tribunal Federal (STF), donde se pudo encontrar juzgados que versaron propiamente sobre el tema. Además, el trabajo realiza un estudio de caso del “*Habeas Corpus* n.º 0053389-10.2022.8.16.0000”, juzgado por el Tribunal de Justicia del estado de Paraná en el año 2022, se valiendo de ese ejemplo para demostrar – dentro de un método inductivo – la necesidad de rechazo de la llamada doctrina del “hands-off”.

Palabras clave: Ejecución penal; *hands-off*; derecho penitenciario.

Data de submissão: 21/08/2023

Data de aceite: 11/10/2023

1 INTRODUÇÃO

A execução penal é o “patinho feio” do Direito Penal. Enquanto os juristas se dedicam sobre sofisticadas doutrinas estrangeiras do Direito Penal material e conferencistas reúnem-se para debater a história e a evolução do Direito processual penal, o estudo sobre a execução da pena parece ser deixado de lado, renegado, assim como ficam as pessoas a quem esse campo tutela.

As faculdades de Direito não reservam carga horária para essa disciplina em seus cursos de graduação e, quando assim raramente o fazem, esse contato se dá através de matérias opcionais, não obrigatórias à formação do bacharel. Fruto disso e de demais fatores é a existência de “um déficit teórico quase paralisante no tema dos ‘direitos dos presos’.” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 214).

Por esse abandono da Academia ao Direito Penitenciário e de execução penal – somado, naturalmente, a outras causas jurídicas, políticas e sociais –, muitas teorias que já deveriam estar superadas nos discursos sobre o direito ainda se fazem, consciente ou inconscientemente, vigentes na ordem jurídica brasileira.

Um deles, e que é o objeto deste artigo, é o da teoria do “*Hands-off*” – doutrina estadunidense na qual se “declinava a intervenção do Poder Judiciário na tutela de relações que concerniam exclusivamente à Administração Pública, legitimando, assim, uma política de afastamento e não-interferência na execução penal” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 213).

E é a respeito dessa teoria, e à luz de um exemplo concreto (TJPR. HC nº 0053389-10.2022.8.16.0000), que o presente artigo se baseia, sugerindo a superação de tal doutrina na prática de execução penal no país, com a consequente judicialização da questão penitenciária e a tutela de direitos do cumprimento da pena sob supervisão constante do Poder Judiciário.

Para tanto, este exame apoiou-se em metodologia de investigação qualitativa, revisão bibliográfica da literatura especializada, pesquisa

jurisprudencial ao acervo do Supremo Tribunal Federal (STF)² e em estudo de caso a partir de análise documental aos autos de “*Habeas Corpus* nº 0053389-10.2022.8.16.0000”, julgado pelo Tribunal de Justiça do estado do Paraná no ano de 2022, se valendo desse caso concreto para demonstrar – dentro de um método indutivo – a necessidade abstrata e geral de rejeição da chamada doutrina do “*hands-off*”.

2 HABEAS CORPUS Nº 0053389-10.2022.8.16.0000/TJPR

No dia 31/08/2022, uma ação não-tão comum foi ajuizada perante o Tribunal de Justiça do estado do Paraná (TJPR).

Tratava-se de *Habeas Corpus* coletivo preventivo impetrado pelo Ministério Público estadual em favor de todas as pessoas condenadas pela 9ª Vara Criminal de Curitiba/PR ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime prisional inicial semiaberto.

A ação mandamental proposta pelo Promotor de Justiça Jacson Luiz Zilio, da 9ª Promotoria de Justiça de Curitiba/PR, observava que, ao condenar os réus à pena de regime inicial semiaberto, o Juízo de sua atribuição e o respectivo Juízo de execução da capital expediam imediato “mandado de prisão, indistintamente, para condenados ao regime semiaberto (inclusive naqueles casos em que o regime semiaberto é substituído por penas restritivas de direito) com o fim específico de dar início ao cumprimento de pena” (TJPR, 2022a, p. 3). Anexou-se na inicial 17 processos em que esse padrão se repetia. Tal procedimento se justificava porque as autoridades coatoras respaldavam-se no “entendimento no sentido que a Resolução nº 332/22 do TJPR, que alterou a redação do art. 31 da Resolução nº 93/2013 do TJPR” assim os autorizaria.

² Na pesquisa junto ao STF, buscou-se julgados no banco jurisprudencial do Tribunal a partir de palavras-chave relacionadas ao tema, bem como a partir de indexadores fixados pela própria Instituição conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU) [ODS 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes], selecionando apenas casos emblemáticos em que a *quaestio iuris* for devidamente apreciada e em a repercussão geral da matéria foi efetivamente reconhecida.

O que se tinha na prática era que o Juízo de conhecimento ou da execução expedia ordem de prisão para que a pessoa sentenciada ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto começasse a executar sua reprimenda. Ainda em termos práticos, o que se observava em casos como esses era que a pessoa condenada ao regime inicial semiaberto era primeiro presa, custodiada em regime fechado, para, posteriormente, ser realocada ao regime correto fixado em sentença, que era o semiaberto.

As resoluções internas do Tribunal (TJPR, 2022b) mencionadas na impetração – Resolução 332/22, que alterou a redação contida na resolução 93/2013 –, de fato, permitiam esse rito, ao dispor que:

Art. 31. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, o juízo sentenciante:
I - expedirá o respectivo mandado de prisão, transferindo-o, após cumprimento, à vara de execuções penais cuja área de jurisdição abranja a respectiva comarca ou foro; (TJPR, 2022b, grifos nossos).

Assim, o próprio Tribunal daquela jurisdição dava guarida às decisões tidas como ilegais pelo impetrante, fazendo com que os atos realizados pelas autoridades coatoras fossem – na realidade – mero cumprimento normativo das regras internas e administrativas da Corte de Justiça.

Tanto é assim que, ao prestar informações à Relatora do *Habeas Corpus*, a respeitável Magistrada de primeiro grau justificou suas decisões dizendo que o seu Juízo “deu apenas irrestrito cumprimento à Resolução 322 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça”, uma vez que “a nova Resolução estabeleceu que, agora, é necessária a expedição do mandado de prisão e, apenas após cumprido o mandado, será transferido o mandado de prisão ao Juízo da Execução e expedida a guia de recolhimento” (TJPR, 2022a, p. 93). Logo, esse *procedere* não seria fruto de um entendimento necessariamente daquele Juízo, mas da normativa do Tribunal.

Mesmo ciente disso, a Promotoria argumentava a existência de flagrante ilegalidade nesse protocolo pelo fato dele submeter o/a jurisdicionado/a a regime mais gravoso do que aquele determinado na sentença, ainda que de forma

momentânea, enquanto não se reconduzisse o/a apenado/a ao estabelecimento penal compatível aos termos de sua condenação.

Esse impasse foi distribuído à Relatoria da Desembargadora Priscilla Placha Sá, Doutora de grande técnica e alto gabarito do TJPR.

O pedido liminar da ação constitucional foi, em primeiro momento, indeferido, com a determinação de solicitação de informações às autoridades coatoras e ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização da Pena do TJ (GMF), para manifestação a respeito da Resolução em questão (TJPR, 2022a, p. 53).

Em seguida, o *Paquet* emendou duas vezes sua inicial (TJPR, 2022a, p. 56-69 e p. 80-81): primeiro, para alegar violação ao sistema acusatório, por expedição de ordem de prisão de ofício nesses casos; e, depois, para apontar a superveniência da Resolução 474/2022, do CNJ (2022), de 09 de setembro de 2022.

A Resolução nacional convergiu incidentalmente com a preocupação da Promotoria. Isto porque o novo entendimento do CNJ veio a sanar o problema da expedição da ordem de prisão para a execução da pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto. A diretriz nacional passou a regram que, em vez de expedir mandado de prisão para se dar início forçado do cumprimento da sanção em regime intermediário, deveria a Magistratura antes intimar o/a condenado/a para se apresentar voluntariamente às autoridades e, desde logo, executar sua pena no regime prisional correto:

Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56.” (grifos nossos).

Esmiuçando a alteração normativa, nota-se que essa equiparou a regra já antes conferida ao regime aberto agora ao regime semiaberto, uma vez que a redação anterior da Resolução previa que:

transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime aberto, previamente à expedição de mandado de prisão, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, sem prejuízo da realização de audiência admonitória (CNJ, 2021, p. 13, grifos nossos).

Diante dos novos argumentos trazidos aos autos, a eminente Relatora, nesse segundo momento, deferiu parcialmente os requerimentos liminares a fim de então (TJPR, 2022a, p. 85):

- a) Determinar a não expedição de mandados de prisão a fim de dar início ao cumprimento de pena, quando a r. decisão fixar regime aberto ou semiaberto, sendo expedida intimação para dar início ao cumprimento da pena;
- b) Determinar à autoridade coatora que, nos casos em que a pena privativa de liberdade tenha sido substituída por penas restritivas de direito, que os apenados não sejam encaminhados para o regime fechado e sim intimados a dar início ao cumprimento da pena.

Tal dispositivo decisório aplicava-se aos limites da provocação Jurisdicional e, assim, a garantia abarcava apenas a competência do Juízo da 9ª Vara Criminal de Curitiba/PR.

Por esse motivo, ao ter ciência da decisão monocrática liminar, a Defensoria Pública do estado do Paraná – por seu Núcleo da Política Criminal e da Execução Penal (NUPEP) – requereu habilitação no processo e a extensão dos efeitos daquele *decisum* a todo o território do estado, e não apenas à jurisdição da 9ª Vara (TJPR, 2022a, p. 96-108).

De fato, valendo-se da estrutura e natureza de ‘Núcleo’ (art. 16, LC 80/94; art. 37, LCE 136/11), que possui atribuição para atuar em toda a abrangência territorial da sua unidade federativa, e não apenas numa ou outra comarca, o NUPEP da Defensoria paranaense sustentou a possibilidade de sua admissão enquanto *custos vulnerabilis* naquele HC coletivo e a ampliação dos efeitos da decisão.

Essa condição – *custos vulnerabilis* – traduziria a possibilidade de atuação da Instituição como terceiro interessada, em razão da matéria tutelar direitos de grupos de pessoas vulnerabilizadas, indo, assim, ao encontro da própria razão existencial e constitucional da Defensoria Pública (art. 134, CR). A respeito, explica Maurílio Casas Maia (2015, p. 187), criador do conceito:

- a intervenção do defensor público, enquanto representante do Estado Defensor, vai muito além da substituição do advogado privado, sendo possível – além da já conhecida legitimidade coletiva –, a intervenção institucional com lastro em seu interesse institucional.

E, diante desse cenário, cuja matéria era manifestamente do interesse institucional da Defensoria, o NUPEP requereu o alcance dos efeitos da decisão a todo Paraná, com espeque no artigo 580 do Código de Processo Penal (CPP) e na Jurisprudência das Cortes Superiores.

Na peça, assinada pela Defensora Pública Andreza Lima de Menezes e por mim, colaborador do Núcleo, argumentamos – entre outros pontos – a necessidade de aplicação isonômica do novo entendimento do TJPR (2022a, p. 103):

nada justifica, por exemplo, que o condenado à regime inicial semiaberto na 10ª Vara Criminal de Curitiba seja conduzido a regime fechado para posterior readequação, enquanto o condenado à regime inicial semiaberto na 9ª Vara Criminal de Curitiba inicie a cumprir sua sanção no regime certo após intimação, sem nunca passar pelo regime fechado.

Conclusos à Relatoria, esta entendeu que, antes da análise do pedido liminar de extensão de efeitos pela Defensoria, deveria ser colhida a manifestação do GMF, conforme antes já determinado (TJPR, 2022a, p. 118).

Feita a diligência junto ao Grupo de Monitoramento, o órgão informou que já estava estudando a elaboração de normativa interna para adequar sua posição à nacional e que “a regra imposta pelo CNJ pode[ria] ser desde logo aplicada” (TJPR, 2022a, pp. 128-133), tendo todos os juízos criminais e de execução penais do estado já sido informados do novo procedimento, com nota técnica do Tribunal.

Com isso, retornado o feito à decisão, a Relatoria indeferiu o pedido liminar da Defensoria, por entender que as diligências então tomadas sanariam de forma suficiente as ilegalidades apontadas no *writ*. Afinal,

segundo as informações prestadas no referido Ofício, após o pedido, adveio informação em nota técnica do próprio CNJ, sendo que este E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pela Presidência e Corregedoria, expediu informação à toda a magistratura paranaense, sobre as diligências a serem tomadas, previamente à prisão da pessoa nas condenações em regime semiaberto e aberto (TJPR, 2022a, p. 136).

Por essa razão, não se estendeu liminarmente os efeitos do *decisum* relativo à 9ª Vara Criminal de Curitiba aos outros Juízos do estado.

3 “TUDO-OU-NADA” NO JULGAMENTO DEFINITIVO DO *HABEAS CORPUS* Nº 0053389-10.2022.8.16.0000/TJPR E A NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

O julgamento definitivo do *Habeas Corpus* nº 0053389-10.2022.8.16.0000 impôs um dilema à 2ª Câmara Criminal do TJPR. Isto porque seu *quórum* – composto pela Relatora Priscilla Placha Sá e pelos Desembargadores Joscelito Giovani Cé e José Maurício Pinto de Almeida – encontrava-se diante de uma controvérsia jurídica com duas soluções igualmente viáveis em termos técnicos, porém diametralmente opostas entre si.

Em razão das diligências antes já cautelosamente procedidas pela Relatora, que culminaram na comunicação a todos os Juízos criminais e de execução penal do estado acerca da nova regra do CNJ e no compromisso do GMF em atualizar a resolução interna do TJPR, o colegiado enfrentaria uma situação de “tudo-ou-nada”: ou julgava o *writ* prejudicado, suspendendo os efeitos da decisão liminar favorável aos sentenciados da 9ª Vara Criminal de Curitiba, ou, sem declarar prejudicado o HC, concedia a extensão de seus efeitos a todo o território do Paraná, conforme havia requerido a Defensoria. Não seria possível um meio-termo, confirmando, por exemplo, a liminar anterior, sem ampliar seus efeitos a toda Jurisdição do estado. Não faria sentido coexistir a expedição de salvo-conduto coletivo para um grupo, em negligência a outros em idêntica situação.

Tecnicamente, as duas opções se sustentavam. De um lado, caso fosse mantido o dispositivo da liminar que acolhia parcialmente o pedido do Ministério Público, estender os efeitos era justificável por questão simples de isonomia. De outro lado, declarar prejudicada a demanda integralmente também se revelaria possível, mas isso teria como consequência a não-confirmação da liminar favorável ao impetrante.

No julgamento colegiado, que se deu no dia 17/11/2022, o Presidente da Câmara comentou que, a princípio, em seu entendimento, aquele seria o caso de considerar prejudicado o *writ*. Afinal, as diligências administrativas procedidas pela Relatoria alcançariam, em tese, o resultado útil da pretensão da Defensoria.

Após sustentação oral da Defesa, no entanto, sua posição se alterou.

Pela fala da Defensora Andreza Lima de Menezes e pelos memoriais escritos apresentados (TJPR, 2022a, p. 179), o NUPEP sustentou que a opção por estender efeitos do HC, ao invés de prejudicá-lo, seria a melhor solução ao caso concreto – dentre outros motivos – porque era necessário judicializar a execução penal e superar, na práxis forense, a doutrina do *hands-off*.

E é com base nesse exemplo que o presente ensaio insiste na tese da necessidade de judicialização do cumprimento de pena, em oposição ao controle e intervenção apenas administrativos da execução penal. Para tantos, os comentários aqui tecidos valem-se do caso concreto enquanto exemplo-guia, mas também se vale de demais fundamentos para, abstratamente, firmar tal ponto.

À partida, para entender o porquê superar a doutrina do *hands-off*, cabe melhor contextualizá-la. Cláudio Heleno Fragoso (1980, p. 773) traz o panorama histórico dessa ideologia:

Nos Estados Unidos os tribunais tradicionalmente adotaram uma política de não interferência na administração penitenciária (*hands off*), situando-a fora do controle judicial. Uma decisão de 1954 dizia: “Courts are without power to supervise prison administration or to interfere with the ordinary prison rules or regulations”. Uma outra decisão, de 1962, bastante expressiva dessa orientação, dizia: “Supervision of inmates or institutions rests with the proper administrative authorities and courts have no power to supervise the management of disciplinary rules of such institutions”. Por trás dessas decisões estava a 13ª Emenda à Constituição.

Os principais fundamentos que sustentavam a opção pelo divórcio do Poder Judiciário da questão penitenciária, na jurisprudência dos Estados Unidos, eram, sobretudo “o princípio da separação de poderes e o temor de que a intervenção judicial prejudicasse os objetivos imediatos da administração do estabelecimento penitenciário, que são a manutenção da ordem e da segurança internas” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 214).

Essa posição, no entanto, foi gradualmente enfraquecida e, aí, “abandonada” “a partir do início dos anos 70” (Fragoso, 1980, p. 774). Contudo, antes mesmo de tal década, é justo destacar, decisões locais já minavam a teoria. É o que se viu em *Coffin vs. Reichard*, de 1944, julgado pela *Court of*

Appeals for the Sixth Circuit. Nesse precedente se trouxe o “princípio segundo o qual o “prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão normal a não ser aqueles expressamente, ou por implicação necessária, afastados juridicamente” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 214). Em nível nacional, o marco que lançou pá de cal sobre a teoria do *hands-off* foi o julgamento do caso *Monroe vs. Pape*, analisado dessa vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), em 1691. Foi sobretudo a partir daí que “passaram a admitir a apreciação judicial da ilegalidade das condições carcerárias” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 214). Com efeito, o teor normativo expresso em *Monroe vs. Pape*

veio tornar possível questionar, em escala mais ampla, por via judicial, a situação das prisões, e os tribunais começaram a receber demandas sobre regulamentos arbitrários, superpopulação, condições desumanas de vida, falta de assistência médica, ausência de facilidades recreacionais e educacionais (Fragoso, 1980, p. 774).

No Brasil, embora não haja uma consciência própria acerca desse debate para que essa doutrina seja verdadeiramente superada e muito embora juízes de execução penal brasileiros “ainda hoje expressa ou implicitamente aplicam uma versão nacional da anacrônica “teoria da não intervenção jurisdicional” no sistema prisional” (Coletti, 2021, p. 143), entendo que existem fundamentos normativos suficientes e atuais para considerar essa teoria vencida – ao menos do ponto de vista deontológico –, ou suficientes para, então, enterrá-la ‘daqui para frente’. Sem necessariamente esgotá-los, aponto quatro marcos normativos contemporâneos dos quais compreendo serem os mais importantes à questão e que são aptos a levar à conclusão de que o *hands-off* é incompatível com a ordem jurídica brasileira.

Em primeiro lugar, destaco o texto legal, tendo em vista que nossa tradição jurídica se lastreia no direito positivo escrito e no princípio da legalidade.

A Lei de Execuções Penais (LEP) (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1994) trouxe dispositivos que apontam de forma expressa a obrigatoriedade do Poder Judiciário se envolver no cotidiano penitenciário e atuar para o reconhecimento judicial de direitos executórios. O artigo 61, inc. II, dessa legislação identifica o Juízo da Execução como *órgão da execução penal* e o artigo 66 lista um rol amplo de sua competência. A aproximação do Judiciário com o penitenciário fica

evidente neste artigo. Das funções judiciais mais importantes a este ensaio, e que, sozinha, supera a doutrina do *hands-off*, tem-se que é dever da Magistratura (e não [apenas] da administração penitenciária) “zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança” (inc. VI). Além disso, é de sua alçada “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” (inc. VII) e “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei” (inc. VIII). Tal proximidade também é nítida com a previsão de que o Juízo da Execução deve “compor e instalar o Conselho da Comunidade” (inc. X), que é um órgão composto pela sociedade civil (art. 80, LEP), o que indica a integração do Judiciário com o âmbito administrativo da vida penitenciária.

Um segundo marco normativo relevante à matéria é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2015. O caso em questão tratava-se de Recurso manejado pelo Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho que, “ao reformar a sentença de primeiro grau, concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão de campo decisório reservado à Administração Pública” (STF, 2015a, p. 2) e violação ao princípio da “reserva do possível”. Nota-se que o entendimento da Corte local se valia do mesmo raciocínio que sustentava a doutrina da não-intervenção (*hands-off*) dos Estados Unidos da década de 1960. Isto porque o TJRS entendia que a atuação judicial sobre o tema, na estruturação de condições físicas do cumprimento de pena, infringiria o princípio da separação dos poderes – tal como argumentavam os aliados dessa doutrina nos Estados Unidos.

No entanto, ao apreciar a matéria, o STF estabeleceu que a “intervenção judicial” para garantia da estrutura material e direitos no âmbito penitenciário não era apenas possível, como, além disso, “impostergável” (STF, 2015a, p. 39). De acordo com o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski (STF, 2015a, p. 39-41):

(...) o nosso histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial para corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação.

(...)

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo.

Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana. Conforme bem observado pelo representante do Parquet gaúcho (fls. 420-423), o recorrido jamais contestou o péssimo estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, o qual, inclusive, cumpre lembrar, acarretou a morte de um de seus detentos devido à deterioração de suas instalações elétricas. (...)

Nesse julgado, a doutrina estadunidense é, inclusive, nominalmente citada no voto do Relator para dela expressamente se afastar – o que não deixa dúvidas de que tal Recurso Extraordinário é um marco normativo importante para a tese de judicialização da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro.

E um mês após o julgamento desse Recurso Extraordinário, o STF proferiu outra decisão também emblemática à judicialização dos direitos penitenciários. Em setembro de 2015, o Plenário do Supremo julgou a medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em que se reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Esse terceiro marco normativo igualmente precisou enfrentar a questão da separação de poderes, para, de novo, firmar o poder-

dever da intervenção judicial sobre a matéria dos direitos penitenciários. No voto do Ministro Celso de Mello, isto é nítido (STF, 2015b, p. 16 e p. 20-21):

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pela omissão governamental e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. (...)

o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder, o órgão judiciário competente estará agindo dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes (...)

Essa ADPF, cujo julgamento definitivo atualmente ainda resta pendente³, é crucial para a judicialização na tutela de direitos de pessoas presas e inova

³ Nota explicativa: após a submissão deste artigo, a ADPF foi julgada em definitivo em 04/10/2023. Na ocasião decidiu-se: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; 2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; 3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o

com relação a outros precedentes da Alta Corte por reconhecer e declarar o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional do país.

Por fim, outro julgamento que sepulta a doutrina do *hands-off* no Brasil é o do RE 641.320/RS (2016), que culminou na edição da súmula vinculante nº 56, segundo a qual “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso (...)”. O Recurso Extraordinário, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, dá bases normativas à necessidade de intervenção judicial em matéria de direitos penitenciários pois, desde sua ementa, prevê que “os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação

diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. Por fim, firmou a seguinte tese de julgamento: “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. Tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), Redator para o acórdão, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio (Relator). Não votou o Ministro André Mendonça, sucessor do Relator. Plenário, 4.10.2023”.

como adequados a tais regimes” (STF, 2016, p. 1), bem como prevê que, diante de *déficit* de vagas nos estabelecimentos penais, deverão os juízes de execução penal ordenar medidas como “(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto” (STF, 2016, p. 1) – incumbindo o Judiciário, portanto, da efetivação interventiva dos direitos da execução penal.

Existem, assim, fundamentos suficientes para judicializar a execução penal no país, em detrimento de uma ideologia que venha a preconizar o afastamento do Judiciário dos direitos penitenciários. Logo, sustentar que a Magistratura ‘lave as mãos’ sobre o controle, fiscalização, tutela e decisões de impacto imediato aos direitos de pessoas privadas de liberdade, delegando o tema incondicionalmente à administração penitenciária, se mostra uma escolha política; e mais: uma escolha política-discursiva ilícita, incompatível com nosso ordenamento, pois contrária ao que já se tem consolidado normativamente no Brasil – tanto em termos de princípios abstratos quanto em termos de Leis e julgados concretos.

Visto que o modelo não-interventivo não é o que deve imperar no Brasil, parece razoável explicitar o porquê mantê-lo. Ou seja, cumpre não apenas descrever o que temos normativamente sobre a matéria, mas destacar as razões pelas quais essa orientação é a que deve vigorar. Afinal, este ensaio estrutura-se sobre a *necessidade* da judicialização do ramo penitenciário do Direito e, assim sendo, deve-se entender porquê isto é *necessário*.

Nesse sentido, entendemos que afastar a omissão jurisdicional sobre a questão penitenciária é necessário, “judicializando a execução penal”, objetivamente **(i)** para garantir em termos materiais o direito constitucional do acesso à Justiça e inafastabilidade da Jurisdição; **(ii)** para efetivar os direitos de cumprimento de pena previstos na LEP (direito à alimentação suficiente, vestuário, trabalho, estudo, assistência médica e jurídica, etc), conciliando a execução da pena com a dignidade da pessoa humana – essa que, aliás, não

deveria ser excluída pela condenação e privação de liberdade, como ocorre faticamente diante do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; **(iii)** para que não haja um vácuo na tutela de direitos, diante de possíveis ‘conflitos negativos’ de responsabilidade entre os Poderes, num jogo de “empurra-empurra” das competências; **(iv)** para viabilizar as garantias existentes no sistema jurisdicional, como a da recorribilidade das decisões e do contraditório; e **(v)** para que o descumprimento de decisões que garantam os direitos executórios estejam submetidas a controle direto e sanções.

Isto porque, de fato, **(i)** a apreciação de direitos penitenciários pelo Judiciário através da provocação do custodiado ou de sua defesa técnica traduz de forma concreta a garantia constitucional do acesso à justiça, pois permite que o/a cidadã(o) tenha uma resposta jurisdicional à sua questão, sem que essa estrutura do Estado se omita ao menos conhecer a matéria; **(ii)** na arena jurisdicional também se faz possível exigir a efetivação dos direitos já previsto em Lei, evitando que a omissão judicial viole, na prática, a própria dignidade da pessoa humana, uma vez que “a ausência de intervenção diante da cotidiana violação da dignidade humana confirma o predicado do cárcere como “espaço de não direito” e a legitimação daquilo que se denominou como a construção jurídica do cidadão de segunda categoria” (Cacicedo, 2015, p. 307); **(iii)** a não-interferência do Judiciário refrata e “dilui as responsabilidades” que todo o Poder Público tem, constitucionalmente, com a legalidade do cumprimento de penas:

O traço que melhor caracteriza a teoria hoje majoritária acerca da execução penal é sua evidente disparidade entre o exercício assegurado e legitimado de poder e a incapacidade de garantir que a pena resultante desta configuração será cumprida dentro da legalidade. Desenvolveu-se, pelo contrário, mecanismos de diluição de responsabilidade em que a crueldade das prisões e a estrutura legal da execução penal são delimitadas como dois processos distantes entre si – em um singular fluxo em que o Poder Executivo busca incessantemente reduzir seus custos com o sistema prisional a despeito do encarceramento em massa promovido pelo Poder Judiciário, e que o Judiciário reconhece ser papel exclusivo do Executivo a manutenção da legalidade das condições de custódia dentro das unidades prisionais (Coletti, 2021, p. 56).

(iv) A judicialização da execução penal garante um rito, previsibilidade e certa segurança que só o campo Judicial poderia garantir, se comparada com o cuidado exclusivo da matéria pela esfera executiva ou administrativa, tendo em

vista que elas operam de maneira diversa. Assim, sobretudo em razão das regras do devido processo legal, do contraditório e da recorribilidade das decisões (ao menos, o duplo grau de jurisdição), se faz preciso a intervenção judiciária. Afinal, uma decisão administrativa monocrática e irrecorrível eventualmente proferida pelo Diretor de um estabelecimento penal ou por um agente político do Executivo e que seja pautada em discricionariedade e oportunidade, por exemplo, pode não ir ao encontro dos direitos penitenciários, assim como argumentos como o da ‘reserva do possível’, e, por isso, se faz necessário possibilitar o acionamento do Judiciário enquanto figura de um terceiro imparcial para que este avalie a matéria sob parâmetros próprios, de legalidade, convencionalidade e constitucionalidade.

(v) Necessária ainda a intervenção judicial para que violações de direitos penitenciários tenham alguma consequência imediata. É como propõe Luís Renan Coletti (2021, p. 146): “têm natureza jurídica jurisdicional – e não administrativa – as decisões do juízo da execução penal fundadas em sua competência fiscalizatória, de modo que seu descumprimento, por parte das autoridades penitenciárias, enseja responsabilização cível e criminal”.

Por tais motivos, o modelo de omissão jurisdicional deve ser repellido quando se pensa no cumprimento de pena, na lógica de um Estado Democrático de Direito.

Voltando ao *Habeas Corpus* coletivo preventivo do TJPR, entendo que todas essas questões estavam lá sutilmente presentes. ‘Sutilmente’ porque aqueles autos não eram de um óbvio caso de *hands-off*, como se a Magistratura estivesse expressamente se negando a reconhecer direitos executórios, tal como foi no RE nº 592.581/RS, em que o Tribunal gaúcho ‘lavou as mãos’ de intervir na matéria, argumentando que a reforma das estruturas físicas de determinada prisão não podia ser pleiteada pela via judicial. Ainda assim, ao se deparar com o dilema de ‘tudo-ou-nada’, poderia o Tribunal ter deixado de assumir uma posição decisória judicial própria da matéria, ao hipoteticamente prejudicar a análise de mérito, e, no lugar disso, ter resolvido a controversa administrativamente ou delegado a questão às autoridades penitenciárias.

Contudo, o que fez a 2ª Câmara do TJPR foi, acertadamente, adentrar ao mérito do HC e afirmar jurisdicionalmente um direito atinente à execução penal.

O caso é particularmente curioso e sutil por uma série de motivos: por tratar de garantia procedimental, e não de direito material; por versar de regra referente ao início da execução penal, e não já do curso do cumprimento da pena; e porque a não-intervenção jurisdicional em jogo não delegava o zelo do direito às autoridades penitenciárias e tampouco ao Poder Executivo propriamente dito, pois tratava-se de uma questão que residia no nebuloso limbo da parte administrativa do Judiciário, com uma disputa sobre a aplicação de normativas internas do CNJ e TJPR, que não ostentavam natureza nem de Lei, nem de ato do Executivo, nem de decisão judicial. Por esses motivos, bem fez o TJPR ao reafirmar o teor da resolução administrativa, agora, porém, com tintas jurisdicionais:

A Defensoria Pública formulou pleito de extensão dos efeitos medida inicialmente indeferida. Todavia, verifica-se, em verdade que, mesmo após a decisão do Conselho Nacional de Justiça e à expedição de Nota Técnica há situações nas quais a sistemática anterior de expedição de mandado de prisão, segue sendo mantida. Vejam-se os seguintes casos:

(...)

Diante disso, nos termos do disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, é cabível a extensão da presente ordem de Habeas Corpus preventivo a todas as pessoas sentenciadas em mesma situação – qual seja, a superveniência de condenação, em 1º e ou 2º grau, de pessoas soltas a dar início ao cumprimento da pena em regime semiaberto – casos em que devem ser previamente intimadas a dar início ao cumprimento de pena, evitando-se a expedição imediata de mandado de prisão.

III – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o voto é pelo conhecimento e concessão parcial da ordem de Habeas Corpus preventivo, para o fim de:

- a) determinar às autoridades coatoras que o início do cumprimento das penas seja efetivado nos termos das recentes alterações trazidas pelo CNJ, com prévia expedição de intimação das pessoas sentenciadas, nos termos da fundamentação;
- b) que a Secretaria da Câmara Criminal expeça comunicado à e. Presidência dessa Corte, solicitando a comunicação da presente decisão a todos os i. Juízos Criminais desse Tribunal de Justiça. (TJPR, 2023a, p. 201-202).

Pode parecer sem relevância haver uma decisão judicial que apenas reitere o texto de uma normativa de enunciado idêntico ou suficientemente similar. Todavia, além de reforçar todo esse aporte teórico de afastamento da

ultrapassada doutrina do *hands-off*, a decisão judicial desse caso concreto resultava em outros pontos pragmaticamente úteis ao Direito, sendo prova da aqui sustentada necessidade da intervenção judiciária para garantir os direitos de execução penal. Os resultados úteis, nesse caso, estavam ligados à eficácia da aplicação do direito e sua própria concretização, pelo fato da decisão judicial (ainda que afirmativa de um texto administrativo) ter força impositiva tanto para ser imediatamente cumprida quanto **(v)** para que seu descumprimento tenha sanções.

Prova disso é que mesmo após expedido ofício a todos os juízos do estado, a mesma violação de direito persistia. Ou seja, a diligência administrativa, sem força de decisão judicial, não foi suficiente para concretizar o direito penitenciário. Nesse sentido, reconhece o acórdão: “verifica-se, em verdade que, mesmo após a decisão do Conselho Nacional de Justiça e à expedição de Nota Técnica há situações nas quais a sistemática anterior de expedição de mandado de prisão, segue sendo mantida” (TJPR, 2023a, p. 201). Assim, se vê como necessária a intervenção judiciária – afinal, caso a decisão judicial seja descumprida, poderá haver, para além da sanção administrativa, a responsabilização cível e penal do desobediente.

Além da eficácia pela sanção, deve-se frisar que é relevante que o Judiciário envolva-se sobre o direito penitenciário para que suas imposições tenham efeitos práticos imediatos, trazendo celeridade à Justiça e evitando o cumprimento de penas ilícitas. No caso do HC do TJPR, isto pode ser vislumbrado com a hipótese do acórdão do Tribunal ser usado propriamente como um salvo-conduto de natureza de título executivo e/ou como se alvará de soltura fosse para que, diante de expedição de ordem de prisão no rito reprovado pela decisão colegiada, esse mesmo acórdão já seja o próprio antídoto da ilegalidade, a ser apresentado ao juízo do conhecimento, da execução ou da autoridade penitenciária para sustar a vigência do mandado ilícito e/ou se conceder a liberdade. Isto dispensaria que novos *Habeas Corpus* fossem impetrados para sanar idênticas ilegalidades procedimentais e permitiria que o/a custodiado/a não precisasse aguardar em regime mais gravoso o julgamento da

sua demanda. Há, portanto, além de tudo, resultados úteis à judicialização da execução penal.

Dessa maneira, ainda que não se tratasse a *prima facie* de um caso ‘óbvio’ de *hands-off*, as particularidades daquele *Habeas Corpus* coletivo preventivo convidavam o Tribunal a julgar não só a matéria penal, como também o seu próprio papel na garantia dos direitos penitenciários pela via jurisdicional, num Estado democrático de direito onde impera normativamente o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive para o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Esse convite resultou em acórdão técnico alinhado aos direitos fundamentais, à jurisprudência das Cortes Superiores e à moderna leitura do papel do Judiciário na execução penal; acórdão esse de Relatoria da Desembargadora Priscilla Placha Sá e de votos dos Desembargadores Joscelito Giovani Cé e José Maurício Pinto De Almeida – cuja sensibilidade e boa prática cabem aqui devida homenagem.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista tudo que foi comentado neste ensaio, é possível concluir que já existem normativamente, no Brasil, fundamentos suficientes para a superação da mentalidade que preconiza a não-intervenção do Judiciário sobre o direito das pessoas privadas de liberdade e sobre a questão penitenciária como um todo. Mais do que nos EUA, onde essa doutrina ruiu em face de uma hermenêutica construída do “zero”, no Brasil temos um arranjo jurídico com diversos dispositivos já presentes no nosso ordenamento que fazem da rejeição do *hands-off* não só uma possibilidade, como também uma obrigação propriamente dita. A respeito, o próprio Supremo Tribunal Federal (2015a, p. 46-48) reconheceu:

Nos Estados Unidos, até meados da década de 1960, vigorava a política do hands off era (ou doctrine) com relação ao writs impetrados pelos presos que alegavam a inadequação de suas condições de encarceramento.

(...)

O que se verificou foi que, em determinado momento, o Judiciário norte-americano, quando confrontado com a prática de violações aos

direitos dos presos, lançou mão de princípios morais e constitucionais genéricos para, ante a ausência de lei ou de precedentes judiciais, criar uma nova doutrina para solucionar os problemas das prisões (...)

No Brasil, contudo, é importante salientar, temos uma clara vantagem em relação àquele histórico: há toda uma sorte de instrumentos normativos aptos a assegurar essa proteção. Em outras palavras o Judiciário, aqui, não precisa partir do zero, construindo uma doutrina com base em princípios morais ou valores abstratos, eis que temos, repito, um robusto conjunto normativo, tanto no âmbito nacional como no internacional, que dá ampla guarida à ação judicial voltada à proteção dos direitos dos presos.

Ainda que elas não existissem, bastaria para autorizar a intervenção do Judiciário, nessa seara, a sistemática violação ao princípio da dignidade humana, somada ao conceito mais do que assentado na criminologia de que a finalidade das sanções penais consiste primacialmente em promover a ressocialização do cidadão que violou a lei. (...)

Dessa maneira, apresentados os marcos normativos e os fundamentos tanto abstratos quanto concretos da necessidade da jurisdicionalização da execução penal no país, se mostra urgente aproximar cada vez mais o Poder Judiciário da realidade material do cumprimento de pena através da apreciação jurisdicional desses casos, ainda que em primeiro momento possa parecer desnecessária a atuação da Magistratura e ainda que haja a tentação de se delegar esse dever apenas às autoridades administrativas ou executivas.

REFERÊNCIAS

CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da *Less Eligibility*, a legalidade na execução penal e os Tribunais Superiores. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 18. n. 67, p. 306-316, 2015.

CASAS MAIA, Maurílio. **A segunda onda de acesso à justiça e os necessários constitucionais**: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORRÊA, André Costa *et. al.* **Direitos e Garantias Fundamentais**. Boreal, 2015.

COLETTI, Luis Renan. **Transformar a partir do cárcere: o direito de execução penal e o direito de pedir da pessoa presa**. 2021. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. UFPR. Curitiba, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 417/2021**. Distrito Federal. 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 474/2022**. Distrito Federal. 2022.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Perda da liberdade – os direitos dos presos. CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 5. 1980. p. 759-788.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Curso de penologia e execução penal**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Relator Ricardo Lewandowski. Distrito Federal. 2015a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal. 2015b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Habeas Corpus nº 0053389-10.2022.8.16.0000**. 2ª Câmara Criminal. Relatora Desª Priscilla Placha Sá. Curitiba. 2022a.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Resolução nº 332/22 – OE**. Atos Normativos e Administrativos. Curitiba. 2022b.

A MAGISTRATURA E A SUA SELETIVIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA

MAGISTRATURE AND ITS SELECTIVITY: AN ANALYSIS BASED ON MEDIA CRIMINOLOGY

LA MAGISTRATURA Y SU SELECTIVIDAD: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA

Nélia Mara Fleury¹

RESUMO

A adoção dos magistrados de uma postura política em suas decisões demonstra que a atividade judicial não é neutra e que o Poder Judiciário está sujeito a elementos externos, como os meios de comunicação. A predisposição de alguns juízes em se identificar com alguns acusados, geralmente de extratos sociais elevados, pondo em prática as garantias previstas na Constituição e, por outro lado, atribuindo uma posição mais “dura” – punitivista – para outros, de classes marginalizadas, demonstra uma seletividade do sistema que precisa ser discutida. Nesse sentido, o artigo tem por objetivo, por meio de uma revisão bibliográfica (i) explorar o Poder Judiciário e as influências políticas sofridas por ele; (ii) contextualizar a criminologia midiática e como esta influencia o órgão julgador; (iii) a partir dessas discussões, fazer um parâmetro com os mecanismos de accountability.

Palavras-chave: Poder Judiciário; magistrados; criminologia midiática; accountability horizontal.

ABSTRACT

The adoption of political stance by judges in their decisions making demonstrates that judicial activity is not neutral and that the judiciary is subject to external elements, such as the media. The predisposition of some judges to identify with some defendants, generally from higher social strata, guaranteeing them rights foreseen in the Constitution and, on the other hand, attributing a more “harsh” – punitive – position to others, from marginalized classes, demonstrates a

¹ Mestranda em Direitos Humanos e em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (PPGIDH/UFG e PPGDP/UFG); e-mail: fleuryneliamara@gmail.com.

selectivity of the system that needs to be discussed. Therefore, this article aims to achieve, through a bibliographic review (i) to explore the judiciary power and the political influences suffered by it; (ii) to do a contextualization of media criminology and how it influences the judging body; (iii) based on these discussions, make a parameter with the accountability mechanisms.

Keywords: judicial power; magistrates; media criminology; horizontal responsibility.

RESUMEN

La adopción de una postura política por parte de los jueces en sus decisiones demuestra que la actividad judicial no es neutral y que el poder judicial está sujeto a elementos externos, como los medios de comunicación. La predisposición de algunos jueces a identificarse con algunos imputados, generalmente de estratos sociales más altos, poniendo en práctica las garantías previstas en la Constitución y, por otro lado, atribuyendo una posición más “dura” – punitiva – a otros, de clases marginadas, demuestra una selectividad del sistema que necesita ser discutida. En este sentido, el artículo pretende, a través de una revisión bibliográfica (i) explorar el poder judicial y las influencias políticas que sufrió; (ii) realizar una contextualización de la criminología mediática y cómo ésta influye en el juzgador; (iii) a partir de estas discusiones, hacer un parámetro con los mecanismos *accountability*.

Palabras clave: poder Judicial; magistrados; criminología de los medios; *accountability* horizontal.

Data de submissão: 30/07/2023

Data de aceite: 31/10/2023

1 INTRODUÇÃO

Os magistrados são essenciais para o funcionamento da administração pública, em específico, para a atividade jurisdicional. Todavia, por serem indivíduos inseridos em um contexto social, não estão excluídos das influências do meio, sejam elas institucionais ou midiáticas.

Nesse sentido, a questão judiciária, abarcada a partir de uma análise política de poder por parte dos magistrados, necessita ser vista a partir dos instrumentos de *accountability*, especialmente as do tipo horizontal, isto é, (i) *accountability* judicial decisional; (ii) *accountability* judicial comportamental; (iii) *accountability* judicial institucional; e (iv) *accountability* judicial legal.

Todavia, esses mecanismos de *accountability* sofrem influência de outros, como os midiáticos. Inclusive, a própria criminologia e a forma em que as decisões, em especial as voltadas ao âmbito criminal tendem a responder ao anseio popular são um indicativo da ausência de neutralidade do Poder Judiciário. Esse artigo, portanto, pretende contribuir para a discussão das influências que a política e a mídia agregam à criminologia e, em específico, como esses fatores afetam a atividade jurisdicional dos magistrados.

Nesse sentido, busca-se compreender os elementos que influem no ato decisional dos juízes, sejam eles (i) o estrato social de onde partem e a forma como a identificação com alguns acusados influem em suas decisões; (ii) o anseio por mais poder do que já exercem, tornando o abuso de autoridade uma possibilidade a ser observada e evitada; (iii) o desejo da população pela punição de alguns sujeitos específicos, fazendo com que a disseminação de notícias sensacionalistas construa um ideário de que alguns sujeitos são “maus” e, portanto, “merecem” ser encarcerados. Enquanto isso, outros indivíduos também infratores – se observados a partir das mesmas legislações nas quais a sociedade se baseia para exigir a punição dos “outros” – não são sequer acusados.

Enfim, múltiplas são as questões que merecem aprofundamento. Por isso, o trabalho se dividirá em duas seções, além da introdução e das considerações finais. A primeira seção irá abordar o Poder Judiciário e como a política e a criminologia midiática influenciam nessa esfera, especialmente na atuação dos magistrados. Em seguida, serão conceituadas as diferentes formas de *accountability* e, para além disso, a importância da atuação e coordenação de conselhos – em especial, o Conselho Nacional de Justiça – e seu papel em acompanhar a atividade jurisdicional brasileira.

2 O PODER JUDICIÁRIO E O SEU POTENCIAL POLÍTICO

O Poder Judiciário foi alvo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Em um de seus aprofundamentos teóricos, Zaffaroni (1995, p. 78) faz a seguinte afirmação “a questão judiciária é, antes de tudo, uma questão política.”. Tal pensamento

provém de um sistema que, sob o argumento de independência funcional e o amplo fundamento discursivo possibilitado pela fundamentação das decisões, permite que “qualquer afirmação teórico-abstrata corr[a] o risco de se converter automaticamente em instrumento ideológico” (Zaffaroni, 1995, p. 79).

Essa capacidade em converter as decisões em instrumentos ideológicos está relacionada à discricionariedade, característica do que excede a lógica das leis e se vincula à vontade do juiz. “Discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade.” (Streck, 2017, p. 54).

O protagonismo do Judiciário e de seus agentes, em especial, dos magistrados, pode ser “justificado”, por vezes, pela dificuldade em delimitar o que de fato é atribuição desses. “Quando o que lhe é cometido não seja bem definido, ainda menos definidos serão seus modelos estruturais.” (Zaffaroni, 1995, p. 22). No Brasil, o cenário é similar. A busca em suprir as lacunas institucionais, faz com que o protagonismo do Judiciário se torne uma realidade, ao invés da elaboração de políticas públicas de segurança, que seria o caminho ideal a ser seguido.

Nesse sentido, a intenção dos agentes inseridos no Poder Judiciário seria ampliar o poder que já possuem, na tentativa de oferecer uma resposta mais rápida e combativa para a sociedade para os problemas apresentados ao Judiciário. E, a partir desse objetivo de extensão do poder, inviável abarcar uma postura ou atitude de neutralidade, ante um espaço em que a disputa política se faz presente² (Zaffaroni, 1995, p. 80). Se o objetivo é a amplitude do poder, neste artigo, na forma de resolver as questões apresentadas ao Judiciário, o abuso de autoridade é uma pauta que, posteriormente, deverá ser enfrentada.

² “O certo é que os homens têm ideologias, que não podem deixar de tê-las, que os homens que se desempenham como juízes têm uma filiação política e que, ainda que privadamente, esta se expressa e se transcende, e também se expressa tanto em sua atividade extrajudicial quanto nas ideias que plasmam suas sentenças.” (Zaffaroni, 1995, p. 98).

“Poder, conceitualmente, é a possibilidade de produzir efeitos, inclusive sobre o corpo do outro.” (Casara, 2018, p. 10). Para além desse efeito sobre a matéria corporal humana, Casara (2018) explora a possibilidade de os aplicadores da lei serem violadores dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Sendo assim, para o autor, a própria forma de linguagem, quando capaz de reduzir a liberdade de outrem, é uma manifestação expressa de poder. Nessa forma de linguagem, incluem-se as decisões proferidas pelos magistrados.

Casara (2018), no que denomina uma sociedade pós-democrática, coloca os juízes como personagens principais da política brasileira. Para o autor, a partir do momento em que deixam de efetuar seu papel de exercer julgamentos em prol da concretização de direitos e garantias fundamentais, tornam-se “meros gestores de interesses políticos e/ou econômicos.” (Casara, 2018, p. 29). Esses interesses serão explorados na próxima seção, na forma da criminologia como “resposta” apresentada ao público.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), na qual existe uma maior independência judicial, o contexto vigente é de protagonismo do judiciário. Associada a essa independência, tem-se que a existência de inúmeros princípios e cláusulas vagas permite que a interpretação dos magistrados seja ampla. Como consequência, em um parâmetro mais geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido associado a comportamentos de “alta discricionariedade de seus ministros” (Kerche; Marona, 2022). É importante mencionar, não obstante, que as múltiplas interpretações são características próprias do Direito e não somente da CRFB/1988. Afinal, o que se compreende por Direito é um processo em construção, do que não é acabado, mas sim do que está sendo feito e elaborado dentro de determinado contexto histórico (Lyra Filho, 2005).

Embora a utilização de princípios constitucionais seja positiva para garantir a materialidade de direitos e garantias dos réus, a problemática se instaura quando existe uma seletividade implícita que diz para quais indivíduos aplicá-los e quem beneficiar. Rodriguez (2013, p. 69) denomina zona de autarquia “o espaço em que as decisões não estão fundadas em um padrão de

racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação.”. Essa falta de fundamentação também pode ser representada pela falsa fundamentação, “cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.” (Rodriguez, 2013, p. 70).

Ou seja, juízos que antes se orientavam pela legalidade e ilegalidade dos atos, “bem como decisões que antes eram pautadas pela adequação à Constituição da República e à legislação em vigor, foram substituídos por juízos voltados à satisfação de determinados grupos de interesse” (Casara, 2018, p. 29). Para além do que escreve Casara, pode-se compreender esses grupos de interesse, em termos gerais, como os cidadãos que, atualmente, não respondem criminalmente a ações judiciais ou, se respondem, correspondem a crimes que não são os mais reprovados socialmente.

Com o intuito de se barrar discricionariedades, decisões parciais contrárias à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ou, ainda, para evitar que argumentos de autoridade sejam invocados no lugar de fundamentações minimamente embasadas, busca-se aplicar os mecanismos de *accountability* disponíveis. No caso do Poder Judiciário, esses são exercidos especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2.1 A CRIMINOLOGIA COMO “RESPOSTA” APRESENTADA AO PÚBLICO

Os meios de comunicação tendem a disseminar uma criminologia cujo receituário está carregado de inexatidões, porém representam o pensamento do homem comum. Esta criminologia midiática, diferente da criminologia acadêmica – que se preocupa em analisar a realidade social –, fixa sua atenção no que ganha destaque no jogo político do momento e, como consequência, é responsável pela configuração das leis penais (Zaffaroni, 2012).

Nesse sentido, é comum que algumas figuras, ou grupos humanos, sejam taxados como alvo. As principais características da criminologia midiática, portanto, envolvem: (i) o punitivismo que – por meio da globalização – se dinamiza; (ii) a utilização de imagens e não somente a linguagem escrita para a disseminação de notícias/ mensagens (Zaffaroni, 2012, p. 305).

Por isso, é cada vez mais comum notícias com manchetes extremas e, na maioria dos casos, chamativas serem cotidianas nos veículos de comunicação. A exemplo, destaca-se: “ladrão com nanismo é preso suspeito de liderar roubo a casas” (Balanço Geral, 2023); “idoso é espancado por vizinho policial após não responder a 'bom dia' no litoral de SP; VÍDEO” (G1 Santos, 2023). O propósito, além de fazer com que as pessoas acessem a reportagem (*clickbait*), é separar a população daqueles que consideram inadequados, simplesmente por terem cometido delitos. Além de reforçar e criar estereótipos, essa forma de noticiar é preconceituosa ao utilizar-se de características físicas para caracterizar e segregar os envolvidos.

É intrínseco a esse sistema penal autoritário e punitivista “a lógica da pena como consequência individual às escolhas individuais daqueles que delinquem” (Santos; França Júnior; Wedekin, 2023, p. 62). Separar os magistrados – que não estão imunes as influências do meio externo, inclusive da mídia – dessas construções sociais em que se busca uma justiça que deveria ser alcançada por outros meios que não o judiciário, é praticamente inviável. “Nesses julgamentos do dia a dia, cria-se uma fantasia em torno do ‘acusado’, sem qualquer compromisso com a facticidade.” (Casara, 2018, p. 21). O problema disso é que direitos, garantidos a todos cidadãos, são deixados de lado para atender uma “vingança” social.

Essa vingança social, ou retributivismo, constrói a punição como um imperativo máximo de justiça. Isso pois, a lesão ou ofensa à norma geraria para a sociedade, sob essa perspectiva, o direito a retribuição, que deverá ser consolidado pelo Estado; dando a entender ao indivíduo infrator que aquela conduta é, portanto, reprovável (Corcioli Filho, 2018, p. 45).

Em um contexto de alta conectividade, no qual as notícias são disseminadas de forma instantânea, a opinião das pessoas é construída tão veloz quanto. Em 2021, 90% dos domicílios brasileiros possuíam acesso à rede (Nery; Britto, 2022). Desse modo, a internet permite a constante troca de informações. Com a ampla conectividade e a dinâmica das relações humanas, a pressão social torna ainda mais pública a exigência por uma resposta do poder estatal.

Zaffaroni (2012, p. 306) aborda a mídia como uma ferramenta que pouco informa, mas que faz o intérprete construir suas próprias conclusões a partir do que é transmitido. O produto da criminologia midiática seria a exposição de uma massa criminoso diferente dos cidadãos “de bem”, como se aqueles capazes de cometer delitos fossem pessoas totalmente distintas e, como consequência, más (Zaffaroni, 2012, p. 307).

Caberia aos juízes, nesse sentido, evitar que esses criminosos, taxados pela criminologia midiática como inimigos da sociedade, voltassem à rua. Juízes garantistas, ou “brandos”, seriam – consequentemente – caracterizados como deferentes ao comportamento criminoso. “Desse modo, esta criminologia consegue que as prisões preventivas sejam prolongadas” (Zaffaroni, 2012, p. 315).

Estabelece-se, portanto, a crítica: estariam incluídos nesse rol midiático os sujeitos que fogem dessa regra estereotipada dos sujeitos ativos dos crimes? No Brasil, em 2022, 68,2% da população prisional é negra, jovem (43%) – entre 18 e 29 anos (Brandão, Lagreca, 2023, p. 314). Seria possível que pessoas da “alta sociedade”, os agentes de colarinho branco cometessem delitos, ou esses comportamentos seriam típicos apenas de pessoas pertencentes a classes economicamente desfavorecidas? São alguns dos questionamentos que, embora não sejam alvo desse trabalho em específico, parecem interessantes a partir da criminologia midiática.

Um ponto que vale a pena ser mencionado é que a teoria da associação diferencial, enunciada por Edwin Sutherland, trouxe um importante contraponto que impende mencionar. O comportamento ou conduta criminoso é aprendido por meio de um processo de comunicação que pode ser transmitido, como qualquer outra atividade ensinada, pela interação entre as pessoas (Zaffaroni, 2012, p. 159).

Por conseguinte, atualizando a discussão para a temática abordada no artigo, a impressão é que até mesmo o comportamento da mídia – em relação a pouca exposição dos crimes de colarinho branco quando comparado ao tipicamente abrangido – é aprendido e repassado entre os próprios

comunicadores, perpetuando o estilo de mídia sensacionalista na qual apenas crimes patrimoniais (de baixo valor) ganham destaque.

Outro ponto a ser considerado é que, com o distanciamento social entre juízes e acusados, o tratamento dispensado, no sistema de justiça, às pessoas de classes econômicas mais vulneráveis é diferenciado quando comparado àquelas com maior poderio econômico e inseridos em uma melhor condição social (Corcioli Filho, 2013). Fator esse que será aprofundado a seguir.

Assim, consideram-se múltiplas frentes do problema: (i) destaque dado para alguns crimes nas mídias, especialmente aqueles supostamente cometidos por pessoas de baixa renda; (ii) o distanciamento dado as diferentes pessoas que passam pelo sistema penal, motivado – por vezes – pela carga valorativa, estrato histórico-social do próprio magistrado; (iii) dificuldade em responsabilizar o agente *accountable* pela decisão proferida.

2.2 UMA ANÁLISE DO JUDICIÁRIO A PARTIR DOS MAGISTRADOS

A classe social de origem dos magistrados, os interesses de promoção de carreira que não tendem a corresponder a um perfil garantista, o sentimento de identificação de juízes com alguns acusados em detrimento de outros influenciam na forma em que proferem suas decisões (Corcioli Filho, 2013).

Nesse sentido, questiona-se se as decisões teriam um viés mais axiológico e político do que jurídico. Inclusive, a questão é se a presença de um discurso democrático – em uma dimensão em que a mídia desempenha papel de valoração e legitimação – sequer se concretiza nas decisões.

O que se defende, neste artigo, são decisões justificadas e fundamentadas “independente da pessoa que articula os argumentos, ou seja, deve representar a melhor solução possível para aquele caso – o melhor direito, a solução mais adequada” (Rodriguez, 2013, p. 77).

O percalço encontrado está vinculado à “mais elementar experiência institucional demonstra[ndo] que sempre que há poder sem controle opera-se o abuso de poder.” (Zaffaroni, 1995, p. 81). Primeiro, é necessário estabelecer o que se considera abuso de autoridade. O conceito é amplo e não exaustivo.

Todavia, apontar a existência de autores que distinguem abuso de autoridade e abuso de poder é interessante para a análise do que se deseja discutir nesse artigo.

Alguns autores (Martins, 2021) entendem que abuso de autoridade são os comportamentos identificados na lei n. 13.869/2019, isto é, a lei que versa propriamente sobre a temática. Outros (Miller, 2021, p. 175) compreendem que as autoridades que excedem o exercício do poder, em relação àqueles que ocupam uma posição de subordinação – sejam cidadãos, ou qualquer indivíduo receptor de determinada ordem – cometem abuso de autoridade.

Uma das preocupações acerca da legitimidade das legislações e políticas públicas criminais que versam sobre a contenção do abuso de autoridade seria a lesão do funcionamento da atividade jurisdicional ou, ainda, da independência desta. Semer (2021, p. 132), por outro lado, vincula a independência do Poder Judiciário ao direito, tanto do cidadão quanto do magistrado, em receber e proferir, respectivamente, uma sentença de maneira livre, sem pressões do poder externo (Semer, 2021, p. 132).

Essas pressões exteriores incluem os meios de comunicação que podem ser fatores de grande influência, especialmente em um Estado-espetáculo, no qual os atores reagem em conformidade ao anseio público, por meio da aprovação de leis e clamando por punições na forma de sentenças judiciais. A criminologia, tampouco, é diferente; também se enquadra nesse referencial de resposta ao público, em especial, a [criminologia] midiática (Zaffaroni, 2012, p. 333).

É preciso mencionar que o juiz – inserido em um contexto social, moldado por uma estrutura condicionante – da mesma forma que influencia a instituição que faz parte (Poder Judiciário), é retroalimentado pelo mesmo sistema (Zaffaroni, 1995, p. 136-137).

Nesse sentido, inviável construir o argumento que o magistrado está excluído desse poder no qual possui voz ativa. Trata-se de uma forma de organização social na qual o juiz, diante das inúmeras injustiças que presencia, se enverga de desempenhar um papel neutro e, por isso, prefere adotar uma postura ativa que pressupõe ser de “justiça social”, em que pune apenas os

acusados com os quais não se identifica, ou seja, aqueles diferentes dele mesmo, apartados da sua realidade social (Corcioli Filho, 2013).

E essa realidade se escancara quando se realiza uma comparação entre o perfil daqueles em situação de encarceramento e dos magistrados. O Conselho Nacional de Justiça (2018) divulgou o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. Nele, é possível perceber que a idade média do juiz brasileiro é de 47 anos, a maioria se declara branca (80,3%), e 63% são homens. 51% dos magistrados e magistradas “têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade.” (CNJ, 2018, p. 15).

Se, conforme abarcado, o perfil de quem julga e (da maioria) dos que passam pelo sistema é completamente distinto, mais para diametralmente oposto, e a tendência é um julgamento baseado na identificação do juiz com o acusado, o resultado dessa somatória é preocupante.

Mas retomando o processo de decisão judicial que, no mais das vezes, implica na apontada discriminação em razão da origem social do acusado, tem-se que em uma sociedade em que há clara preponderância de uma pequena parcela da população no poder político e econômico, na qual a classe média expressa, forjada em boa parcela pela mídia – da qual é forte sustentáculo através da expressão máxima de sua cidadania, o consumo –, sentimentos de exclusão em relação a uma grande massa de pobres ou mesmo ainda muitos miseráveis, bem como uma tendência de enxergar violência apenas e tão somente na chamada delinquência ordinária, superdimensionando-a, inclusive, o “auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça”, tudo isso forjará a motivação – e, portanto, o próprio conteúdo – de boa parcela das decisões em matéria penal (que aqui nos interessa) no sentido de satisfazer uma ampla exigência por vingança e proteção [...] (Corcioli Filho, 2013, p. 462).

Assim, tem-se origens sociais distintas – uma representando a pobreza dos encarcerados, outra os estratos sociais elevados dos magistrados –; uma criminologia midiática preocupada em destacar apenas alguns crimes (delinquência ordinária), e excluindo ou expondo ao mínimo os de colarinho branco, dando destaque – portanto – aqueles cometidos por pessoas de baixa renda, tornando, conseqüentemente, esses indivíduos inimigos e vilões sociais, que serão marginalizados pela sociedade.

Os meios midiáticos podem ser importantes atores que influencia e tornam problemáticas sociais pautas da agenda política. Todavia, ao mesmo

tempo, “é conhecida a seletividade da mídia na abordagem dos problemas: os meios de comunicação dão espaço e repercutem certas matérias e não outras.” (Schmidt, 2018, p. 131-132).

Esbarra-se, dessa forma, em questões primordiais: (i) a judicialização da política ao fazer com que os juízes busquem e exerçam mais poder do que, em tese, deveriam; (ii) a priorização de questões valorativas dos magistrados em virtude das demais questões de Direito; (iii) a mídia como instrumento de chamamento da opinião pública em algumas dinâmicas, fazendo internalizar vieses sociais que deveriam ser desassociados do processo penal.

Na busca para que as garantias, previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cumpram-se, além de que eventuais parcialidades e discricionariedades sejam evitadas, no âmbito do Poder Judiciário, conta-se com os instrumentos de *accountability*.

3 ACCOUNTABILITY: MECANISMOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS DECISÕES

Na hipótese de se constatar um problema de política pública – ações do Estado com objetivo socialmente relevante e politicamente determinado (Bucci, 2002, p. 241) – é necessário reavaliar a política pública ou, no mínimo, fazer uso dos mecanismos de responsabilização das decisões estatais, isto é, dos mecanismos de *accountability*.

Accountability pode ser compreendida como a obrigatoriedade de um agente ou instituição em prestar informações ou justificações sobre o produto de suas ações. Essa [*accountability*], por sua vez, pode ser desenvolvida em diferentes formas: vertical ou horizontal (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30). A existência desses mecanismos está diretamente relacionada à necessidade democrática de impor limite aos poderes, além de fazer com que exista a participação popular na forma de tomada de decisões e, ainda, dar concretude aos direitos e garantias fundamentais (Casara, 2018, p. 13).

Ademais,

A função das instituições democráticas passaria pelo estabelecimento de um processo de responsabilização do agente por meio das suas ações e omissões, assim como da aplicação de sanções adequadas para o caso em que os agentes não concretizem os interesses do principal ou descumpram as normas legais. (Robl Filho; Garcia Junior, 2018, p. 492).

No caso do artigo, o “principal” seria a sociedade, considerando que o interesse público é o objetivo buscado pelo Poder Judiciário. E o agente que, por meio de suas ações e omissões, violaria a instituição seria o magistrado. Entretanto, antes de abordar os tipos de *accountability* possíveis para os juízes, em específico, é válido apontar as demais existentes.

A *accountability* vertical dispõe sobre a possibilidade de os cidadãos controlarem, por meio dos resultados alcançados pelos políticos eleitos, as autoridades que serão eleitas (*accountability* vertical eleitoral). Ou, por meio da *accountability* vertical social, a forma como a sociedade se organiza e expõe, via imprensa e denúncias que ganham destaque, o conteúdo que versa sobre os agentes estatais que foram eleitos ou não, influenciando a opinião pública (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30).

Embora o tipo de *accountability* vertical social esteja associada à eleição ou não de possíveis candidatos, é possível traçar alguns pontos em comum com a relação que a mídia exerce sob a criminologia, conforme já fora exposto. Nesse sentido, da mesma forma que a sociedade civil e a imprensa podem exercer pressão para tornar as instituições mais responsivas aos seus desejos, acredita-se que essas imposições podem influenciar nas decisões dos magistrados, fazendo com que as decisões passem a ser cada vez mais políticas e fundadas em argumentos de autoridade.

Afinal, embora os magistrados possuam garantias constitucionais como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio (art. 95, I, II e III da CRFB/1988), alguns benefícios – como a promoção por merecimento – ainda são políticos e pendem de critérios subjetivos (Brasil, 1988).

Todavia, para o estudo em questão, mais interessa o tipo *accountability* horizontal (institucional). Essa forma dos agentes públicos serem chamados para prestarem informações ou justificações sobre as ações feitas – em nome do Estado – pode ser dividida em (i) *accountability* judicial decisional; (ii)

accountability judicial comportamental; (iii) *accountability* judicial institucional; (iv) *accountability* judicial legal (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30).

Para que ocorra uma responsabilização quanto às decisões proferidas pelos magistrados, destaca-se a primeira *accountability* horizontal: *accountability* judicial decisional. Por meio desta é viável a solicitação de informações acerca das decisões e das justificações que as motivaram (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30). Ou seja, espera-se que o magistrado, “na sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial.” (Tomio, Robl Filho, 2013, p. 34).

A segunda, *accountability* judicial comportamental, está relacionada aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). No artigo, a previsão de que a administração pública será regida pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Brasil, 1988), está em consonância com essa forma de *accountability*. Portanto, “significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros)” (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30).

A terceira modalidade, *accountability* judicial institucional relaciona-se a conformidade com a administração e a obediência ao orçamento delimitado, bem como a harmonia com os demais poderes. Por fim, a *accountability* judicial legal trata sobre a obediência e cumprimento das legislações (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30).

Todas essas formas de *accountability* horizontal, especialmente quando ligadas as tarefas desempenhadas pelos magistrados, desempenham importante papel no Poder Judiciário. Especialmente quando se considera que os juízes tendem a decidir de forma distinta, a depender de quem está sendo julgado: um empresário ou um indivíduo de uma classe mais vulnerável (Corcioli Filho, 2013, p. 435).

A abordagem da *accountability* é viável (especialmente a do tipo horizontal), quando associada à criminologia, para indicar que “as instituições precisam ser desenhadas para receber informações dos cidadãos e os agentes

devem ser dotados de competência para fiscalizar e sancionar a partir das informações obtidas.” (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 32).

O Conselho Nacional de Justiça é responsável – dentre suas várias funções – pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; pela observância do art. 37 da CRFB/1988; pelo controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (CNJ, 2009). A inexistência, via de regra, de *accountability* vertical eleitoral e popular no judiciário, ante a ausência de eleições para a escolha dos representantes, explica o contexto de criação do CNJ (Sousa, 2014, p. 363).

Para além do CNJ, Tomio e Robl Filho (2013, p. 38) defendem ser mecanismos de *accountability* no judiciário (i) o sistema recursal, que permite a revisão das decisões; (ii) o processo em que passam os magistrados para compor os tribunais superiores, na qual dependem da aprovação do Presidente da República e do Senado; (iii) a forma em que a doutrina e a sociedade civil, por meio da liberdade de expressão, produzem reflexões críticas sobre a atuação do judiciário, o que acarreta reflexos na atuação dos agentes públicos.

Parece, não obstante, que questões como o perfil dos magistrados influenciando na forma em que decidem, não foram resolvidas e/ ou abarcadas pelos mecanismos de *accountability*, ou tampouco entraram de forma efetiva na agenda política. Nesse sentido, há uma tendência de garantia dos direitos previstos na CRFB/1988 para aqueles com os quais os magistrados se identificam, e para os que se veem distantes, esvaziam a “efetivação das garantias processuais-penais” (Corcioli Filho, 2013, p. 453). O que – evidentemente – não pode ocorrer em um país cuja Constituição da República orgulhosamente enuncia “todos são iguais perante a lei” (art. 5 da CRFB/1988).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão judiciária, assim como as demais que envolvem o homem, tem vieses políticos, pois demonstram perspectivas que transcendem o Direito, e pertencem a uma esfera pessoal do julgador. O problema com isso envolve a seletividade dos magistrados que, ao se identificarem com um perfil de acusados, escolhem – mesmo que inconscientemente – beneficiá-los com os

direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; enquanto, acusados que se distanciam do seu perfil social, são punidos com o afastamento dos mesmos direitos. A crítica, vale ressaltar, não é a aplicação dos direitos que deveriam ser para todos; é a aplicação desigual e seletiva.

Para agravar essa situação de seletividade, a forma como a mídia expõe a temática criminal, como se existissem duas parcelas de pessoas, aquelas que são boas (que não cometeram os crimes que o setor midiático decide transmitir) e as más (representadas pelo grupo de indivíduos que passam nos veículos de comunicação supostamente cometendo delitos). Ou seja, o sistema midiático – enquanto influenciador de decisões – desempenha um papel político, que alimenta o judiciário.

Os magistrados, portanto, ao reagirem ao clamor público e não cumprirem o que a lei prevê, especialmente acerca de direitos fundamentais, – em tese – abusariam de seu poder, ao desviar-se do que a instituição “Poder Judiciário” tem como expectativa de bem-estar prevista e constitucionalmente imposta.

Para isso, portanto, os mecanismos de *accountability* estão disponíveis, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça. Todavia, a simples existência do Conselho não garante a suficiência ou o atendimento de seus propósitos. A necessidade por outros mecanismos, e o aprofundamento de questões como a seletividade, valorações axiológicas e não jurídicas, e como estas influenciam no processo penal, precisam vigorar nos debates acadêmicos e da sociedade civil. E, como consequência, entrar efetivamente na agenda política.

REFERÊNCIAS

BALANÇO GERAL. Ladrão com nanismo é preso suspeito de liderar roubo a casas. **R7**. 29 jul. 2023. Disponível em: <https://recordtv.r7.com/balanco-geral/videos/ladrao-com-nanismo-e-presosuspeito-de-liderar-roubo-a-casas-29072023>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União (DOU)**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRANDÃO, Juliana; LAGRECA, Amanda. O delito de ser negro – atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. *In*: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública** [livro eletrônico]. São Paulo: FBSP, 2023. p. 308-319. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Sociedade sem lei**: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Regimento Interno nº 67 de 03/03/2009. **Diário Oficial da União (DOU)**. Brasília, 9 mar. 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 29 jul. 2023.

CORCIOLI FILHO, Roberto Luiz. A corrupção do Judiciário. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 17, n. 25. 2013. Disponível em: <https://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/719>. Acesso em: 18 jul. 2023.

CORCIOLI FILHO, Roberto Luiz. **Recrudescimento penal e dissuasão**: um ensaio com vistas à superação do modelo no Brasil contemporâneo. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11092020-152642/publico/3520402_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

G1 SANTOS. Idoso é espancado por vizinho policial após não responder a 'bom dia' no litoral de SP; VÍDEO. **G1**. 29 jul. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2023/07/29/idoso-e-espancado-por-vizinho-policial-apos-nao-responder-a-bom-dia-no-litoral-de-sp-video.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2023.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus**: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil [livro eletrônico]. Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559280803/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/19. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 83, p. 75-95, 2021. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1313>. Acesso em: 16 jul. 2023.

MILLER, Seumas. **Corrupção Institucional**: estudo em filosofia aplicada. Petrópolis: Vozes, 2021.

NERY, Carmen; BRITTO, Vinícius. Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021. **Agência IBGE notícias**. 16 set. 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>. Acesso em: 23 jun. 2023.

ROBL FILHO, Iton Norberto; GARCIA JÚNIOR, Raul Greenhalgh. Corrupção: uma análise a partir da economia institucional e da *accountability* horizontal em busca da efetividade do controle da administração pública. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 19, p. 478-497, 2018. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/195>. Acesso em: 29 jul. 2023.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de; WEDEKIN, Thaís Sarmiento Cardoso. Bandido bom é bandido que ninguém vê: massificação do cárcere em Alagoas e a “cegueira” social insculpida pelo modelo neoliberal. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 17, n. 2, p. 60-83, 2023. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1542/747>. Acesso em: 01 out. 2023.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, v. 3, n. 56, p. 119-149, 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 01 out. 2023.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**: judiciário e política no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Accountability e Poder Judiciário: das razões de existir do Conselho Nacional de Justiça. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, 2014. Disponível em:

<http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/365>.

Acesso em: 28 jul. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/s7QsTNvBPDdBfPYTjTVD69S/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A CRITICAL ANALYSIS OF THE CIVIL LIABILITY REGIME OF THE PROCESSING AGENTS OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES DE TRATAMIENTO DE LA LEY GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Jéssica Suris Carvalho¹
Ádamo Brasil Dias²

RESUMO

Em agosto de 2020 foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), representando o marco regulatório no âmbito da proteção de dados. Em decorrência do que a lei dispõe sobre a responsabilidade civil, foram elaboradas diferentes correntes doutrinárias a respeito do tema, surgindo debates controversos com a finalidade de responder à seguinte indagação: se o regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD é objetivo ou subjetivo. Sendo assim, esse estudo possui a finalidade de examinar o sistema de responsabilidade civil aplicado aos agentes de tratamento na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), apresentando uma análise crítica sobre os dispositivos que regem o tema responsabilidade civil, à luz dos diferentes pontos de vista dos doutrinadores brasileiros sobre os regimes de responsabilidade civil e sua possível aplicabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Responsabilidade civil; Regimes de responsabilidade civil; Agentes de tratamento; Correntes doutrinárias.

¹ Advogada. Especialista em Direito Tributário. E-mail: jessicasuris.adv@gmail.com.

² Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Público. Docente no curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil campus Torres. Advogado. E-mail: adamo.dias@ulbra.br

ABSTRACT

In August 2020, the General Data Protection Law was sanctioned, representing the regulatory framework in the field of data protection. As a result of what the law provides for civil liability, different doctrinal currents have been elaborated on the subject, with controversial debates arising in order to answer the following question: whether the civil liability regime adopted by the General Data Protection Law is objective or subjective. Therefore, this study has the purpose of examining the civil liability system applied to treatment agents in the General Data Protection Law (Law 13.709/18), presenting a critical analysis of the devices that govern the subject of civil liability, in light of the different points of view of Brazilian scholars on civil liability regimes and their possible applicability in the General Data Protection Law.

Keywords: General Data Protection Law; civil responsibility; civil responsibility regimes; treatment agents; Doctrinal currents.

RESUMEN

En agosto de 2020 fue sancionada la Ley General de Protección de Datos, que representa el marco regulatorio en materia de protección de datos. A raíz de lo que la ley prevé en materia de responsabilidad civil, se han elaborado diferentes corrientes doctrinales sobre el tema, surgiendo polémicos debates con el fin de responder a la siguiente pregunta: si el régimen de responsabilidad civil adoptado por la Ley General de Protección de Datos es objetivo o subjetivo. Por lo tanto, este estudio tiene como objetivo examinar el sistema de responsabilidad civil aplicado a los agentes de tratamiento en la Ley General de Protección de Datos (Ley 13.709/18), presentando un análisis crítico de los dispositivos que rigen el tema de la responsabilidad civil, a la luz de las diferentes puntos de vista de académicos brasileños sobre los regímenes de responsabilidad civil y su posible aplicabilidad en la Ley General de Protección de Datos.

Palabras clave: Ley General de Protección de Datos; Responsabilidad civil; Regímenes de responsabilidad civil; Agentes de tratamiento; Corrientes doctrinales.

Data de submissão: 19/09/2023

Data de aceite: 27/10/2023

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que foi inspirada na General Data Protection Regulation, sancionada na União Europeia, representa a regulamentação dos dados pessoais de pessoas físicas e jurídicas, determinando a unificação de normas e princípios que tutelam o tratamento dos dados pessoais, tanto no meio físico como no digital.

Embora a vigência da LGPD no Brasil tenha sido tardia quando comparada a outros países da América do Sul e do mundo, a LGPD representa um relevante marco para a sociedade contemporânea, pois uniformiza conceitos essenciais, que antes estavam previstos em leis esparsas. Tal marco mostra-se de suma importância diante dos riscos de danos que podem vir a ser ocasionados no processamento dos dados pessoais, conforme revelam os comuns relatos de vazamento de dados, sem o consentimento do titular, tanto na Rede Mundial de Computadores, quanto no ambiente físico.

Mesmo diante de todos os avanços que a referida lei incorporou no sistema de proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador deixa espaços para interpretações quanto ao regime de responsabilidade civil que seria aplicado na LGPD, ensejando debates doutrinários e a necessidade de regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Diante dessa problemática, doutrinadores e juristas elaboraram teses e defenderam seus entendimentos com argumentos sólidos acerca do tema. Parte dessa doutrina defende que a responsabilidade civil adotada pela LGPD é objetiva e outra parte argumenta que é subjetiva.

Sendo assim, a LGPD não apresentou de forma expressa a fixação de um regime jurídico de responsabilidade civil dos agentes de tratamento. Dessa forma, a pesquisa foca em analisar as diferentes correntes doutrinárias que surgiram sobre o tema, ocasionada pelos espaços deixados para interpretação na lei, em especial no capítulo VI, seção III, da LGPD, que versa sobre a responsabilidade e o ressarcimento de danos.

Nesse sentido, a pergunta principal é se o regime de responsabilidade civil aplicado aos agentes de tratamento é o objetivo ou subjetivo?

A primeira hipótese é de que a LGPD submete-se à regra geral, de tal modo que será subjetiva a responsabilidade exceto quando adentrar em hipótese de responsabilidade objetiva prevista pelo ordenamento jurídico, a exemplo das relações consumeristas.

Uma segunda possível hipótese é de que a LGPD no Brasil adotou o regime de responsabilidade civil objetivo para os agentes de tratamento, tornando-os responsáveis pelos danos ocasionados por violações de dados pessoais, independentemente de culpa ou dolo.

Ademais, a pesquisa qualitativa foi realizada a partir da aplicação de técnicas de investigação bibliográfica e documental, com base no método de abordagem analítico-dedutiva.

Portanto, o objetivo da presente pesquisa é investigar sobre os requisitos que caracterizam a responsabilidade civil na LGPD, discorrendo sobre os regimes de responsabilidade civil, além de realizar uma análise crítica sobre os debates doutrinários acerca dos regimes de responsabilidade civil na LGPD. Assim, para alcançar essa finalidade, o artigo foi dividido em três tópicos: no primeiro tópico, será estudada a responsabilidade civil e a proteção de dados pessoais, no segundo tópico, a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados; e no terceiro e último tópico, uma análise crítica sobre as disposições da LGPD sobre responsabilidade civil.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em momento anterior à Lei Geral de Proteção de Dados, a responsabilidade civil na proteção dos dados pessoais era tratada de forma muito superficial, não havendo no ordenamento jurídico uma previsão expressa de aplicação do instituto no âmbito digital.

Antes de adentrar ao tema da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados, cumpre fazer uma breve exposição da evolução pela qual passou o instituto. Primeiramente, o Código Civil de 1916 só previa a

responsabilidade civil na modalidade subjetiva; depois a matéria recebeu status constitucional (Cavaliere Filho, 2020), ao ser disciplinada pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) que passou a prever responsabilidade por ato judicial (art. 5º, inciso LXXV), a responsabilidade, a responsabilidade por dano nuclear (art. 21 inciso XXIII, alínea “c”) e a responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 225, §3º).

Em seguida, no ano de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor foi estabelecida a responsabilidade civil objetiva para todos as hipóteses de acidentes de consumo (Cavaliere Filho, 2020). Após alguns anos, o Código Civil de 2002 (Brasil, 2002) realizou profundas mudanças na matéria da responsabilidade civil, uma vez que foram incorporados ao texto da lei todos os progressos alcançados anteriormente. Percorrer esse caminho foi necessário para que a lei não entrasse em vigor totalmente desatualizada. O Código Civil de 2002 prestigia a responsabilidade civil objetiva, sem excluir a responsabilidade subjetiva, que terá sua função sempre que os dispositivos legais não consagrarem a responsabilidade objetiva (Cavaliere Filho, 2020).

Dentre os fatores que influenciaram a evolução da responsabilidade civil estão o desenvolvimento industrial, a produção em massa e os danos que as atividades nas fábricas causavam aos operários, vítimas de acidente de trabalho na Revolução industrial, no final do século XIX (Gonçalves, 2019).

Assim, aos poucos os juristas observaram que a tese subjetiva não era capaz de responder as transformações sociais, por isso a fim de garantir a esses trabalhadores o direito à reparação, independentemente de culpa do patrão ou acidentado, exsurge a noção de responsabilidade civil objetiva. Na procura de um fundamento para responsabilidade civil objetiva, os juristas, especialmente na França desenvolveram a teoria do risco, coincidentemente no momento em que o desenvolvimento industrial gerava a problemática dos acidentes de trabalho (Cavaliere Filho, 2020). De forma concisa, a teoria do risco determinou que todo dano deve ser responsabilizado por quem o causou, independentemente de o agente ter agido com culpa.

Ademais, salienta-se que a responsabilidade possui como campo de incidência, salvo em raras exceções, o ato ilícito civil ou penal. Seu componente

principal é a inobservância de um dever jurídico, causado por um comportamento voluntário do agente, ocasionando para este, no momento em que gera danos para outrem, a obrigação de assumir os efeitos jurídicos daí consequentes (Cavaliere Filho, 2020).

Além disso, o autor Cavaliere Filho (2020) frisa que, para que haja o dever de indenizar não basta que o ato seja prejudicial a outrem; é indispensável também que esteja presente a ilicitude nessa ação. Outro fator relevante na compreensão do tema é identificar quais são os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil objetivo e subjetivo. A responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, possui como pressupostos o ato ilícito, o nexo causal e o dano.

Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva está disposta nos artigos 927 e 186 do Código Civil, cujos pressupostos estão previstos no art. 186 do C.C, dentre os quais: a conduta do agente, que consiste no comportamento humano voluntário que se expressa através de uma ação ou omissão, que gera efeitos jurídicos (Cavaliere Filho, 2020); a culpa *lato sensu*, crucial pressuposto da obrigação de indenizar, pois a vítima só poderá pleitear a reparação se conseguir comprovar que o agente agiu com culpa (Cavaliere Filho, 2020); o nexo causal definido como a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado ou entre o prejuízo suportado pela vítima e a conduta ilícita do agente, esse pressuposto está presente tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva e por fim, o dano que pode ser conceituado como a lesão de um bem jurídico, tanto moral, quanto material (Lima, 2020).

Com efeito, mesmo diante da evolução do sistema brasileiro no âmbito da responsabilidade civil, que hoje representa um dos mais íntegros e complexos do mundo (Cavaliere Filho, 2020), o Brasil ainda enfrenta grandes desafios para solucionar as problemáticas relacionadas às tecnologias da internet. Dentre tais desafios está a violação do direito à proteção de dados pessoais e à informação que é obtida sem o consentimento do titular (Gondim, 2021) em qualquer das hipóteses previstas na LGPD. Dessa forma, toda a utilização indevida dos dados pessoais será tida como antagônica ao que dispõe o ordenamento jurídico

brasileiro, competindo ao legislador punir o responsável, pois esse será tido como um ato antijurídico (Venturi, 2014), atribuindo-se-

lhe a responsabilização civil objetiva, fundamentada na teoria do risco ou a aplicação da responsabilização civil subjetiva, baseada na culpa.

Em síntese, perante o atual cenário brasileiro, em que milhares de dados pessoais estão circulando, são coletados e transferidos, tanto na Rede Mundial de Computadores quanto na esfera física, mostra-se mais que necessária a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, prevê a responsabilização do operador e do controlador em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, se causarem a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (no Capítulo VI, seção III), disposições a responsabilidade civil quando ocorrer a violação à proteção de dados pessoais. A partir da leitura do art. 42 é possível verificar a alusão dos agentes de tratamento, denominados de controlador e operador, os quais têm o dever de reparar o dano patrimonial, moral, individual ou coletivo quando ocorrer a violação à legislação de proteção de dados pessoais, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais.

O conceito de dano material é definido como o prejuízo que atinge um bem jurídico, sendo esse passível de quantificação econômica. Por outro lado, o dano moral, deve ser entendido como uma lesão ao bem jurídico relativo tanto à pessoa natural, quanto à pessoa jurídica, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro pacificou o entendimento, de que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais, conforme Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dessa forma, mesmo que a pessoa jurídica não apresente o aspecto da honra subjetiva, que é restrita à pessoa humana, apresenta a honra objetiva, que gera reflexos na imagem e prestígio diante da sociedade. O Código Civil também possui uma determinação nesse sentido, disposta no art. 52 que dispõe que se aplica às

pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (Cavaliere Filho, 2020).

Antes de adentrar no mérito da responsabilidade civil é importante compreender o conceito de controlador e operador, previstos no artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados. Pode-se conceituar a figura do controlador como a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”³. Já o operador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”⁴. Tal definição empregada pelo legislador brasileiro é similar à disposta na GDPR. A lei vigente na União Europeia desde 2018, estabelece o direito de reparação perante o responsável pela lesão e o subcontratante (Mendes *et. al*, 2020) que podem ser equiparados respectivamente ao controlador e operador. Além disso, destaca-se que quando os dados pessoais e sensíveis estiverem na jurisdição dos agentes de tratamento, estes deverão realizar o tratamento, analisando os princípios e limites estabelecidos pela legislação no art. 6º, I a X, e 46, da LGPD, sob pena de incorrer na violação do instituto da responsabilidade civil (Novakoski; Napolini, 2020).

Outrossim, analisando o texto de lei da LGPD no que tange às relações de consumo, pode-se observar que o art. 45 da referida lei estabelece que nas relações de consumo haverá a aplicação do CDC, pois nessas relações está caracterizado que o adquirente do bem ou o tomador do serviço é um destinatário final. Essa decisão do legislador de manter as relações de consumo sujeitas às regras de responsabilidade previstas no CDC, significa dizer que a LGPD busca balancear as diferenças entre os agentes de tratamento e os

³ Artigo 5º. [...] inciso VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2018.)

⁴ Artigo 5º. [...] inciso VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (BRASIL, 2018.)

titulares, por isso verifica-se que a LGPD dispõe sobre as diretrizes aos agentes de tratamento, determinando medidas protetivas que se destinam a procurar um equilíbrio entre o titular e os agentes de tratamento (Lima, 2020).

Nesse cenário, a LGPD estabeleceu o Princípio da Accountability⁵, que norma estabelece que não basta que o agente tenha cumprido todas as normas legais, é necessário que o controlador ou operador registrem que cumpriram a lei, utilizando-se das mais diversas formas para demonstrar a observância à normas de proteção de dados pessoais, sobretudo no momento em que os tratamentos de dados forem referentes ao legítimo interesse (Gondim, 2021), consoante o que determina o art. 37 da LGPD. Saliencia-se ainda que essa prestação de contas deve ser realizada em todo o tratamento de dados pessoais e não somente quando exista alguma divergência ou anormalidade (Lima, 2020).

Por conseguinte, o *caput* do art. 42, estabelece que o controlador e o operador respondem individualmente pelos danos que efetivamente causarem em razão do tratamento de dados pessoais. Porém, existe uma exceção a essa regra, que está prevista no § 1º do art. 42 da LGPD que contempla a previsão de responsabilidade solidária, de forma similar ao sistema implementado pelo Código de Defesa Consumidor⁶ para específicas em que a responsabilidade é solidária, com o objetivo de preservar o direito de reparação das vítimas (Mendes *et. al*, 2020). A responsabilidade solidária do operador está prevista no art. 42, § 1º, I, que dispõe acerca das hipóteses de responsabilização, tal como o descumprimento das obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não seguir as instruções lícitas do controlador.

Em seguida, o art. 42, § 2º, também é inspirado no Código de Defesa do Consumidor (Novakoski; Naspolini, 2020), uma vez que prevê a inversão do ônus

⁵ Artigo 6º. [...] inciso X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018.)

⁶ Brasil, 1990.

da prova, tendo como objetivo atenuar as discrepâncias entre os agentes de tratamentos e o titular dos dados. O juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova quando: (i) “for verossímil a alegação”; (ii) “houver hipossuficiência para fins de produção de provas”; ou, finalmente, (iii) “a produção da prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa”. Nesse sentido, ainda que a LGPD aloque a inversão do ônus da prova na seção destinada à responsabilidade civil de modo diverso ao que prevê o CDC, é possível compreender que é direito do titular a utilização dessa disposição em qualquer conflito relacionado ao tratamento dos dados pessoais (Mendes *et. al*, 2020).

Posteriormente, no art. 43 estão elencadas as denominadas excludentes de responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais. A previsão do inciso I, ocorre quando um terceiro gera o dano, inexistindo o nexo causal que permite a responsabilização dos agentes (Mendes *et. al*, 2020). Em seguida, o inciso II, prevê a exclusão da responsabilidade dos agentes se “não houve violação à legislação de proteção de dados”, ou seja, quando o tratamento não for irregular, conforme o que determina o art. 44 da LGPD (Mendes *et. al*, 2020). Por fim, o inciso III, emprega a expressão “culpa exclusiva” do usuário ou de terceiros, porém o termo “culpa” aqui empregado mostra-se inadequado, pois a excludente não implica na comprovação da culpa da vítima, mas sim na colaboração causal restrita da vítima para a ocorrência da lesão (Mendes *et. al*, 2020).

O artigo 44, *caput*, traz as hipóteses de tratamento irregular de dados pessoais, porém o legislador da LGPD deixou de estabelecer quais seriam as consequências jurídicas que um determinado tratamento de dados irregular pode causar (Mendes *et. al*, 2020). Conforme o art. 44, existem duas possibilidades, em que ocorre o tratamento irregular dos dados pessoais: a primeira quando o tratamento for diverso do que a legislação estabelece; a segunda, quando o tratamento de dados não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Ao realizar a análise literal dessa última possibilidade, é possível observar que ela é desprovida de qualquer consequência jurídica, tendo em vista

que o caput do art. 44 deixa de imputar um efeito jurídico caso ocorra o tratamento de dados pessoais de forma irregular, cabendo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) zelar pela proteção de dados pessoais, nos termos da legislação consoante determina o art. 55-J, da LGPD, pois esse é o órgão com atribuição para proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme dispõe art. 1º da LGPD.

Ademais, destaca-se que o art. 44 da LGPD expressa uma versão moldada à ideia de defeito de serviço, prevista no art. 14, § 1º, do CDC (Mendes *et. al*, 2020), o que demonstra que a estruturação do tema elencado na LGPD é análoga à da matéria objeto da legislação especial, a qual prevê a responsabilidade civil objetiva no fornecimento de produtos e serviços.

Conforme aludido anteriormente, o último artigo da seção é o art. 45, que aborda a responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais quanto às relações de consumo, as quais permanecem sujeitas à disciplina do microsistema instituído pelo CDC (Novakoski; Naspolini, 2020), conferindo ao titular dos dados pessoais um sistema de responsabilidade, hipoteticamente mais seguro (Mendes *et. al*, 2020). De acordo com o apresentado no decorrer desse tópico, restou mais que evidente que a LGPD apresenta uma estrutura composta de normas similares ao do CDC, levando em consideração a proteção do titular acima dos interesses de outrem (Andréa; Arquite; Camargo, 2020). Entendeu o legislador que aquele que transferiu seus dados é a parte hipossuficiente da relação, ou seja, sem recursos jurídicos para fiscalizar o tratamento de dados pessoais, em razão da importância jurídica que esses representam na sociedade da informação.

Por fim, diante da breve análise dos artigos pertinentes ao tema responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados, é possível verificar que a responsabilidade civil objetiva e subjetiva coexistem no texto da lei (Mendes *et. al*, 2020). Essa conclusão decorre da análise da própria lei, uma vez que a LGPD não prevê de forma literal o termo culpa, mas também não faz alusão à expressão “independentemente de culpa”. Dessa forma, diante da relevância do tema, é necessário realizar análise crítica dos artigos da LGPD

que versam sobre responsabilidade civil, atendo-se não somente à lei, mas sim ao conjunto de normas que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

4 ANÁLISE CRÍTICA DOS DISPOSITIVOS DA LGPD ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Primeiramente, insta salientar que a disposição sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, prevista na LGPD demonstra que o legislador buscou garantir ao titular de dados mecanismos, tais como a segurança da informação, a notificação de incidentes de abusos em relação aos dados pessoais entre outros. Essas ferramentas buscam a proteção de dados pessoais e asseguram que o tratamento realizado com os dados pessoais obedeça aos direitos fundamentais do titular (Mendes *et. al*, 2020), além de estabelecer a responsabilização para todo aquele que realizar o tratamento de dados de forma irregular (Lima, 2020). Com efeito, é inegável o fato de que a sociedade atual é interconectada, e que, com apenas um “click” dados pessoais e sensíveis de um número imensurável de pessoas são coletados e estão em circulação na Rede Mundial de Computadores de forma exponencial; essas informações ganharam uma relevância transversal (Tepedino; Frazão; Oliva, 2020). Tal relevância não fica restrita à seara econômica, pois também traz reflexos nas relações sociais e políticas, transformando a sociedade e a democracia. Diante desse cenário, é indubitável a relevância de que a LGPD apresente um sistema de responsabilidade civil bastante assertivo, apto a garantir uma legítima proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro (Mendes *et. al*, 2020).

A Lei Geral de Proteção de Dados representa um avanço à comunidade jurídica, uma vez que incluiu o Brasil na lista dos países que possuem ferramentas para assegurar o direito à privacidade. A lei supracitada garante ao titular dos dados pessoais um grande rol de direitos, previstos no art. 18, além de regular as questões relativas ao tratamento de dados pessoais (Mendes *et. al*, 2020). Porém, em relação ao sistema de responsabilidade civil, a LGPD deixou algumas omissões que precisam ser resolvidas pelos intérpretes. Nessa toada, a fim de resolver essa problemática, diversas soluções interpretativas

precisam ser constituídas, com base não somente em elementos estabelecidos pela LGPD em si, mas sim em diferentes leis que constituem o tecido normativo brasileiro, principalmente os preceitos constitucionais (Mendes *et. al*, 2020). Sendo assim, devido à omissão em relação ao regime de responsabilidade civil utilizado na LGPD, os doutrinadores passaram a empregar muito empenho e esforço nesse objetivo (Tepedino; Silva, 2019).

Os autores André Novakoski e Samyra Napolini (2020) argumentam que o desenvolvimento de microsistemas judiciais geram uma “erosão da sistematicidade da unidade do sistema jurídico de direito privado” (Novakoski; Napolini, 2020, p. 164), pois as normas que identificam o ordenamento jurídico, representam a soma dos preceitos que devem constituir um regime íntegro e coeso. Isso quer dizer que não deve existir contradição entre os sistemas jurídicos que o integram, pois isso representa um grande desafio aos doutrinadores e legisladores brasileiros.

Dessa forma, depois da análise dos artigos 42 a 45 da LGPD, fica demonstrado que há duas linhas interpretativas a respeito do regime de responsabilidade civil dos agentes de tratamento, uma vez que parte da doutrina defende que a responsabilidade civil é baseada na culpa, ou seja, subjetiva, e outra parte que afirma que a LGPD teria se associado à teoria do risco e, portanto, a responsabilidade civil seria objetiva. Primeiramente, insta salientar que não há uma resposta única a respeito de qual regime de responsabilidade civil que prevalece na LGPD (Mendes *et. al*, 2020) como ocorre no CDC e no Código Civil. Assim, devido à imprecisão normativa quanto ao regime de responsabilidade civil que é aplicado na LGPD, é normal que uma oposição doutrinária seja travada, mas um ponto em comum entre as correntes, conforme os autores Novakoski e Napolini (2020, p. 166) é o de que a LGPD sofre de uma “inexatidão terminológica”, pois não deixou claro qual regime foi adotado, adiantando que todas correntes doutrinárias apresentadas são pontos de vista respeitáveis.

4.1 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

A primeira corrente doutrinária, defendida pelas autoras Gisela Sampaio e Rose Meireles (2020), prega que a Lei Geral de Proteção de Dados admitiu a responsabilidade civil subjetiva, havendo a necessidade da conduta culposa do controlador ou operador no momento da lesão, por sua parte justificada, na inobservância das obrigações impostas na LGPD e na falta de utilização de medidas de segurança para realizar o tratamento correto dos dados. As autoras justificaram seu posicionamento, suscitando acontecimentos, que são denominados por elas, como “dicas”. A primeira pista, é o histórico da tramitação do Projeto de Lei, intitulado de PL 5.276/201697, que originou a LGPD, pois ele dispõe que a escolha do legislador é pela responsabilidade civil subjetiva. Posteriormente, nos projetos subsequentes essa previsão já não estava mais presente.

Outro argumento utilizado pelas referidas autoras, para demonstrar que o regime estabelecido pela LGPD é o da responsabilidade subjetiva, é que o legislador dispõe no Capítulo VII, que é subdividido em duas seções: “I – Da segurança e do sigilo dos dados” e “II - Das Boas Práticas e da Governança”. Nesse capítulo, a LGPD estabeleceu que os agentes de tratamento poderão, na esfera de suas funções, determinar as regras de boa conduta e de governança. Além de prever uma série de obrigações que os agentes de tratamento devem seguir, determinando um legítimo *standard* (Tepedino; Frazão; Oliva, 2020), que é formado por ações, que devem ser observadas pelos controladores e operadores, uma vez que o termo “culpa” abrange o exame de padrões de ações socialmente adequadas, que deve ser obedecido pelos agentes de tratamento, sob pena de serem penalizados (Tepedino; Frazão; Oliva, 2020). Assim, caso ocorra algum acidente, será verificado se as atitudes dos controladores e operadores, em plano concreto, observaram o *standard*, a fim de impedir o dano ou conter as suas consequências, além de preveni-lo (Guedes; Meireles, 2020).

Nesse mesmo entendimento, outra previsão da lei, que representa uma inclinação de que o regime adotado pela LGPD é o da responsabilidade civil subjetiva, está no art. 43, inciso II, pois diferentemente do que prevê os incisos I

e III, o inciso II menciona uma noção de culpa como princípio da responsabilidade (Guedes; Meireles, 2020), uma vez que o inciso II prevê que só não serão responsabilizados os agentes, ainda que exista o dano, se não houver violação à legislação de proteção de dados. Sendo assim, ao contrário do nexo de causalidade disposto nos incisos I e III, aqui é possível verificar que o legislador escusa os agentes, ainda que eles tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é imputado, desde que não exista desobediência à legislação de proteção de dados. Em relação à disposição da LGPD em prever uma seção específica sobre “Boas Práticas e da Governança”, os autores Bruno Bioni e Daniel Dias (2018), depois de analisarem os Projetos de Lei que antecederam à sanção da LGPD, também se posicionaram no sentido de que esse elemento, ainda que indiretamente, demonstra um regime de responsabilidade civil subjetiva.

De modo diverso, os autores André Luis Mota Novakoski e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (2020) defendem a teoria da responsabilidade objetiva, justificada no risco da atividade realizada pelo agente, que possui uma função potencialmente danosa. Além disso, os partidários da responsabilidade objetiva sustentam que devido ao fato do Código Civil representar a origem das normas e regras do direito privado, a análise do art. 42 da LGPD precisa ser realizada conforme o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que admitiu a teoria da responsabilidade objetiva baseada no risco da atividade exercida pelo agente da conduta possivelmente danosa, suprimindo a circunstância de socialização da lesão, em que a vítima era obrigada a sustentar o dano por causa do impedimento prático, financeiro e probatório de comprovar a culpa (Novakoski; Napolini, 2020). Outro fundamento apresentado pelos defensores dessa corrente é o desejo de desmaterializar a concepção de que o art. 43 da LGPD adota um regime de responsabilidade civil subjetiva, devido à necessidade da constatação da culpa do controlador ou operador, prevista nos incisos I a III, do art. 43 da LGPD. Os autores sustentam que as hipóteses não possuem nenhuma ligação com a imposição da culpa, mas sim com as circunstâncias em que ocorre a interrupção do nexo causal.

Um novo motivo alegado pelos defensores da responsabilidade civil subjetiva é que a aplicação da teoria do risco da atividade ocasionaria uma diminuição na competição e no progresso de inovações tecnológicas. Essa teoria já foi analisada e exaustivamente superada quando da promulgação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, assim, de modo diverso do que foi afirmado pelos partidários da tese de responsabilidade civil subjetiva, os doutrinadores André Luis Mota Novakoski e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (2020) afirmam que a atribuição do regime de responsabilidade objetiva nas hipóteses determinadas não coibiu o desenvolvimento de inovações tecnológicas. Por outro lado, indubitavelmente as deixou mais confiáveis ao imputar a obrigação de reparar àquele que desempenha determinada operação, garantindo uma eficiente proteção às vítimas, que foram lesionadas injustamente (Novakoski; Napolini, 2020).

Diante do exposto, fica evidente que a disposição da lei sobre o tema responsabilidade civil na LGPD, ensejou um dos embates doutrinários mais controversos da atualidade, tendo em vista que com o objetivo de sanar a insegurança jurídica, diferentes correntes doutrinárias foram elaboradas.

Portanto, depois da análise das diversas correntes doutrinárias nesse estudo, é possível concluir que o regime de responsabilidade civil mais adequado para ser aplicado na LGPD é o da responsabilidade subjetiva. Isso se justifica, porquanto, a LGPD já possui quatro dispositivos que regulam a responsabilidade civil, previstos nos artigos 42 ao 45. Esses artigos preveem uma série de deveres que os agentes de tratamento devem observar, estabelecendo o que as autoras Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles (2020) definem como *standard*, o qual é constituído por um conjunto de obrigações, que devem ser seguidas por parte dos agentes de tratamento, pois caso descumpram as obrigações previstas na lei, ocorrerá o descumprimento do modelo de condutas juridicamente aceitas, sob pena de serem responsabilizados. Dessa forma, se o tratamento de dados incorrer em algum acidente, será verificado se as condutas dos controladores e operadores, em plano concreto, observaram o *standard*, cujo objetivo de impossibilitar a lesão e reprimir os seus efeitos (Guedes; Meireles, 2020).

Ademais, apesar da semelhança em alguns pontos entre o CDC e a LGPD, argumento utilizado pelos defensores da tese de que a LGPD adotou a responsabilidade objetiva, as duas leis possuem diferenças fundamentais, pois diferentemente do que dispõe os artigos 12 e 14 do CDC, na LGPD não há nenhuma disposição literal, apresentando a expressão “independentemente de culpa”, conforme o Código de Defesa do Consumidor prevê.

Nesse sentido, soaria contraditório a opção do legislador em criar diversos deveres aos agentes de tratamento para que a responsabilidade destes seja definida de forma objetiva. Então, a partir de uma interpretação sistemática da lei, o que se extrai é que a responsabilidade civil adotada pela LGPD não é objetiva. Uma vez que a lei dispõe sobre hipóteses de excludente de responsabilidade, então descumprir o *standard* de conduta que foi fixada pelo próprio legislador, seria suficiente para caracterizar a culpa. Assim, enquanto não se formar uma jurisprudência pacificada sobre a responsabilidade civil na LGPD, é necessário que as análises do tema continuem, com o objetivo de compreender como o ordenamento jurídico irá se posicionar em relação ao regime de responsabilidade civil na LGPD.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou a pesquisa, fez-se uma breve exposição da evolução pela qual passou o instituto da responsabilidade civil. Depois, dessa análise, foi possível constatar que legislador deixou brechas para interpretação quanto ao regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, gerando um debate doutrinário controverso sobre esse tema.

Diante disso, o trabalho teve como objetivo geral analisar as diferentes correntes doutrinárias que foram elaboradas acerca do tema da responsabilidade civil na LGPD, verificando se a culpa é um elemento imprescindível ou não para a caracterização da responsabilização civil dos agentes de tratamento. Após a análise crítica das disposições que versam sobre responsabilidade civil, conclui-se que o regime da responsabilidade subjetiva é o mais adequado para aplicação da LGPD.

A hipótese aqui confirmada diz respeito aos pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, pois a LGPD não dispõe de forma expressa o regime de responsabilização dos agentes de tratamento, isto é, se poderão ser responsabilizados de forma objetiva ou subjetiva, considerando que a lei não menciona a necessidade do elemento “culpa” por parte dos agentes de tratamento, mas também não a exclui.

Esse debate travado entre os diferentes pontos de vista dos autores é muito positivo e relevante para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que essa discussão será uma pauta necessária até que o assunto seja consolidado para que a aplicabilidade da lei seja mais efetiva no âmbito brasileiro. Com efeito, todas as correntes doutrinárias supracitadas defendem argumentos válidos e sólidos em relação aos regimes de responsabilidade civil.

Por fim, levando em consideração o *standard* de conduta definido pela própria lei, é possível concluir que a responsabilidade civil aplicada aos agentes de tratamento, de forma geral, deverá ser a subjetiva. Tendo em vista que o modelo de conduta estabelece deveres aos controladores e operadores e o seu descumprimento ensejaria em culpa, preenchendo um dos requisitos primordiais para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva. Ademais, ressalta-se que nas relações consumeristas, o próprio artigo 45 da LGPD determina que a responsabilidade civil adotada é a objetiva, não havendo espaços para interpretação.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; ARQUITE, Higor Roberto Leite; CAMARGO, Juliana Moreira. Proteção dos dados pessoais como direito fundamental: A evolução da tecnologia da informação e a lei geral de proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 121, p. 115-139, set./out. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **civilistica.com**, v. 9, n. 3, p. 1-23, 22 dez. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2020.

GONÇALVES, Carlos. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. v. 4

GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 19-34, jan./abr., 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 219-241.

LIMA, C.R.P.D. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

MENDES *et. al.* **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOVAKOSKI, André; NASPOLINI, Samyra. Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções. **CONPEDI Law Review**, Evento virtual, v. 6, n. 1, p. 158-174, jan./dez., 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set., 2019.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade Civil Preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014.

**DIREITO E ENSINO JURÍDICO COMO INSTRUMENTOS DE
MANUTENÇÃO DO PODER**

*LAW AND LEGAL EDUCATION AS INSTRUMENTS TO POWER
MAINTENANCE*

*EL DERECHO Y LA EDUCACIÓN JURÍDICA COMO INSTRUMENTOS
PARA MANTENER EL PODER*

**Felipe Rodolfo de Carvalho¹
Plínio Gevezier Podolan²**

RESUMO

A partir de uma análise histórica e crítica sobre a formação do Direito e do ensino jurídico, especialmente no Brasil, será demonstrada a sua gênese corrompida e parcial, que se destacou pela manutenção dos privilégios

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMT. Membro efetivo da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI), do Centro Brasileiro de Estudos Levinasianos (CEBEL) e do Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso (IHGMT). Líder do Terceira Margem - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Literatura e Direitos Humanos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8441099051711682> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9243-9974> / e-mail: feliperodolfodecarvalho@hotmail.com.

² Doutorando em Direito pelo Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho da 23ª Região. Juiz do Trabalho no TRT da 23ª Região. Membro do Terceira Margem - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Literatura e Direitos Humanos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4634553096251386> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-5401> / e-mail: pliniopodolan@gmail.com

daqueles que têm acesso ao poder e que, por essa razão, escolhem como deve ser a formação dos juristas, os quais, por sua vez, estão quase sempre a serviço da manutenção do *status quo*, acríticos. A pesquisa bibliográfica é submetida a uma análise conjunta e qualitativa das percepções e relatos históricos em diversos lugares e em momentos distintos, trazendo à tona os pontos de conexões entre esses textos. E, ao final, constatada essa realidade, serão lançadas as sementes para uma mudança paradigmática no eixo interpretativo e criativo do Direito, a fim de que seja analisado sob a lente dos direitos humanos, de forma inclusiva, solidária e democrática.

Palavras-chave: direito; ensino jurídico; direitos humanos; poder; democracia.

ABSTRACT

Based on a historical and critical analysis of the formation of Law and legal education, especially in Brazil, its corrupt and partial genesis will be demonstrated, which stood out for the maintenance of the privileges of those who have access to power and who, for this reason, choose how the training of jurists should be. These uncritical jurists, by the way, are very often at the service of maintaining the *status quo*. The bibliographical research is submitted to a qualitative analysis of the perceptions and historical reports in different places and at different times, bringing to light the points of connections between these texts. And, in the end, once this reality is confirmed, the seeds will be sown for a paradigm shift in the interpretative and creative axis of Law, so that it can be analyzed under the lens of human rights, in an inclusive, solidary and democratic way.

Keywords: law; legal education; human rights; power; democracy.

RESUMEN

A partir de un análisis histórico y crítico de la formación del Derecho y de la educación jurídica, especialmente en Brasil, se demostrará su génesis corrupta y parcial, que se destacó por mantener los privilegios de quienes tienen acceso al poder y que, por por ello, eligen cómo debe ser la formación de los juristas, quienes, a su vez, están casi siempre al servicio del mantenimiento del *status quo*, acríticos. La investigación bibliográfica se somete a un análisis conjunto y cualitativo de percepciones y relatos históricos en diferentes lugares y en diferentes épocas, sacando a la luz los puntos de conexión entre estos textos. Y, finalmente, una vez establecida esta realidad, se sembrarán las semillas para un cambio de paradigma en el eje interpretativo y creativo del Derecho, para que pueda ser analizado desde la perspectiva de los derechos humanos, en un marco incluyente, solidario y democrático.

Palabras clave: derecho; educación jurídica; derechos humanos; poder; democracia.

Data de submissão: 17/08/2023

Data de aceite: 07/11/2023

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico tem se prestado, em grande parte, a instrumentalizar a manutenção de poder, sujeitando as camadas da população e formando servos juristas que reproduzem acriticamente construções legais e doutrinárias que lhes foram repassadas. Tal modelo pedagógico contrasta com aquele que tem como finalidade essencial a emancipação do sujeito e a autonomização do pensamento, de modo que quem estuda possa apreender as ferramentas necessárias para, analisando os objetos que lhes são apresentados, ser capaz de avaliá-los qualitativamente, libertando-se do *imobilismo* (Warat, 2000, p. 63).

Contudo, o que se denota é que o ensino jurídico, chancelando uma construção fictícia do mundo, aquele edificado pelas normas jurídicas, desloca-se da realidade, ignorando-a ou mesmo marginalizando-a. O exame do Direito torna-se, assim, parcial, na medida em que privilegia apenas uma perspectiva, a normativa, sem que se faça um giro pelos demais lados do poliedro chamado sociedade. Esse é o problema central aqui proposto, que questiona o quão limitado é o ensino jurídico, posicionando-se quase sempre do mesmo lado, deixando de analisar todas as versões, ouvir todos os envolvidos, considerar a vida de todos que estarão sujeitos ao Direito.

Fazendo-se um paralelo, assim como uma ação judicial, o ensino e o aprendizado também ocorrem por meio de um processo e suas fases. Na ação judicial, pelo menos em princípio, o contraditório é requisito obrigatório, por meio do qual se oportuniza a fala a todas as partes envolvidas, sob pena de ser considerada nula, viciada, ineficaz. Olhando para o modo como o Direito tem sido ensinado e apreendido ao longo da história, conclui-se que seu processo se encontra conspurcado. Não se chega ao resultado pretendido sem que haja uma sequência sistematizada de atos, seja na ação judicial, seja no ensino jurídico. Sob a perspectiva do aluno, tem-se o desafio do ingresso numa

instituição de ensino, a conciliação com seus outros papéis humanos (como o profissional e o afetivo), o desenvolvimento de suas capacidades, a pesquisa, a formação de uma convicção, a sujeição da avaliação, o diploma e o resultado desse processo. Nesse aspecto, ter diploma não significa, necessariamente, ter alcançado um resultado. Ainda, na comparação que se faz com a ação judicial, é como ter uma sentença procedente, mas não obter a atividade satisfativa que aquela declaração do Estado conferiu ao cidadão.

Ter resultado no ensino é, mais uma vez, emancipar o sujeito, dar-lhe os instrumentos necessários para a avaliação crítica e a contestação persistente daquilo que lhe é transmitido. É, ainda, desenvolver a criatividade, permitindo-lhe aprimorar e avançar, sem considerar um ideal estagnante ou passível de retrocesso. Mas há aqui um perigo quando, repita-se, esse olhar é turvo, parcial e despreza a pessoa humana ou inclui nesse conceito um conjunto limitado de pessoas privilegiadas.

Considerando-se, pois, o caminho literário aqui proposto, adota-se como procedimento técnico uma pesquisa eminentemente bibliográfica com ênfase em uma literatura por vezes negligenciada na prática jurídica a qual, ao mesmo tempo em que realiza a historiografia do Direito, sustenta a crítica que se apresenta neste estudo sobre a forma como o ensino jurídico se erigiu.

Esse liame bibliográfico, que perpassa diferentes contextos temporais e espaciais, permitirá analisar criticamente o objeto em apreço, descortinando o véu que sustenta sua aparente legitimidade. Assim, as conclusões a seguir partem de uma análise qualitativa (Feferbaum; Queiroz, 2019, p. 285) que se destaca pelo “exame [...] do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e reinterpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador” (Mezzaroba; Monteiro, 2010, p. 110).

Denotar-se-á que o ensino jurídico quase sempre foi preordenado à validação do arcabouço jurídico-normativo existente, o qual foi inventado a partir de premissas construídas apenas por aqueles que monopolizaram o poder. O ensino jurídico não se prestou, necessariamente, a formar juristas que questionem a existência ou a motivação por trás do Direito, cingindo-se apenas

a ensinar como reproduzi-lo, notadamente pelo imenso volume de manuais publicados na atualidade (Queiroz, 2015, p. 100).

Assim como uma doença, para ser tratada, depende do seu diagnóstico prévio, o presente estudo pretende realizar um diagnóstico, examinando as pretensões que sustentaram a formação do ensino jurídico, pois, a se confirmar tal previsão, é que se poderá desenvolver meios para re-pensar o Direito atual, que ainda beneficia apenas uma parte da população excluindo a outra e, ao revés, criar um Direito e um saber jurídico inclusivos, voltados para o fortalecimento dos direitos humanos.

Nesse passo, o presente trabalho evidenciará no próximo tópico como o ensino jurídico foi corrompido, manipulador e socialmente excludente para, depois, cientes dessas falhas, lançarmos sementes que possam frutificar uma nova era de direitos e, sobretudo, de intérpretes desses direitos.

2 O DIREITO COMO TECNOLOGIA

Se no princípio de tudo o que se tinha era apenas o verbo, parece-nos que foi exatamente aí que as diversas versões sobre o mesmo fato e as muitas fantasias de mundo foram criadas. Aparentemente, tudo o que racionalizamos e apreendemos a partir da construção do verbo é senão produto de criatividade. Se a imaginação não tem limites, porque não se poderia criar uma história com seres marítimos míticos e dragões que cospem fogo pela boca? Essa história já foi criada. Talvez se possa criar a história de que existe um ser mítico, todo poderoso, que a ninguém é dado ver, somente sentir. E, se alguém não o sente, talvez seja porque lhe falte pagar uma taxa para soerguer um templo em seu nome, ou, ainda, realizar uma confissão de suas ações mais íntimas para que sua alma, caso exista, seja controlada e guiada para uma luz acachapante. Essa também, contudo, já foi criada. Então, quem sabe uma história onde homens brancos são superiores e pessoas negras devem lhe servir como escravos, ou, ainda, uma em que só se admite afeto e amor se for para procriação entre genitais de espécimes machos e fêmeas, com alta obsessão fálica de superioridade, sendo que qualquer outra demonstração de

amor mereça a morte. Mais uma vez, aparentemente, essas ideias são retardatárias.

Está difícil trazer ineditismo para esse enredo. Tudo já foi criado. Será?

É evidente que algumas narrativas são tolhidas, não prosperam, sequer fazem sucesso. Há criatividade humana espalhada mundo afora tentando criar uma história baseada em democracia, acesso universal a bens e ao conhecimento, dignidade sem distinção e outras coisas do tipo, mas parece que nem todo mundo gosta dessas versões inclusivas do Direito. Importante registrar, com uma nota de acidez estomacal, que as outras versões de histórias como aquelas ilustradas acima também não agradaram a todos. Não mesmo. Basta que se pergunte a opinião dos escravos, dos pecadores, dos gays...

Referindo-se à *diferença* e ao modo como o *ser*, em vários aspectos, tenta liquidar aquilo que não está no padrão culturalmente imposto, diferença essa que aqui pode ser compreendida como aqueles mais vulneráveis que estão à margem da proteção do Direito e para os quais resta apenas o rigor da pena, Souza (2022, p. 80) considerou como “um primeiro passo fundamental e grandioso no processo de domesticação da diferença: sua subordinação a uma determina lógica e linguagem”. Trazendo-se para o presente contexto, é a domesticação por meio da lógica e linguagem jurídicas, que amansa, interdita exclui ou proíbe diversas formas de existir e de se expressar no mundo.

Será possível ver adiante que o Direito e o seu ensino, como o conhecemos agora, assim como tudo o que foi dito antes, é fruto de várias dessas histórias sobrepostas, todas inventadas. O que nos parece relevante compreender é *quem contou essas histórias, para quem elas foram contadas e por que razão elas foram disseminadas*.

O ponto de partida aqui apresentado nasce do pressuposto, ensinado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, de que a dogmática jurídica é uma tecnologia. Tem-se, nesse sentido, que a ciência jurídica, diferentemente das outras ciências sociais, não é meramente descritiva de uma realidade, mas está ligada ao problema da decidibilidade. Trata-se de “um saber voltado a criar condições para a decisão” (Ferraz Júnior, 2015, p. 75). Em outras palavras, os

estudos realizados pela ciência jurídica precisam oferecer uma resposta concreta, chegar a um resultado, enquanto em outras ciências sociais, a reflexão se satisfaz por si mesma. Há, portanto, maior liberdade e menor imposição para se chegar a alguma conclusão que estabeleça um fim, quase sempre autoritário, a uma discussão. Essa concepção se consolida no ensino jurídico, cujas universidades estão atualmente mais determinadas a formar técnicos jurídicos ou *operadores do Direito*, a tal ponto que, “no caso brasileiro, a confusão entre prática jurídica, teoria jurídica e ensino jurídico é total” (Nobre, 2005, p. 9).

Fazendo-se uma composição dos elementos a serem analisados, tem-se o seguinte: a) as relações sociais, marcadas por conflitos, que carecem de regulação; b) a criação de uma regulação para mediar tais relações (o Direito); c) o estudo sobre a regulação criada (ciência jurídica); e d) aqueles que se dedicam a esse estudo (juristas). Na medida em que o Direito costuma ser muito mais um instrumento de conservação do que de transformação, o modo como as relações sociais serão reguladas estará em conformidade com aquilo a que aspiram aqueles que detêm o monopólio do poder, independentemente de qual seja sua faceta: religiosa, política ou econômica.

Como ensina Atienza, referindo-se ao formalismo jurídico desenvolvido no século XIX por uma ciência jurídica burguesa, esse destinava-se sobretudo a implantação de um modelo burocrático de organização ou, em outras palavras, tecnologia jurídica, que ofertasse a determinados grupos sociais “previsibilidade do Direito para poderem simplificar os seus cálculos econômicos” (Atienza, 2014, p. 262), uma vez que precisavam de segurança nas relações comerciais então estabelecidas entre seus iguais.

Se é necessário alcançar um resultado concreto, será possível afirmar que há imparcialidade no estudo e na produção científica do Direito? Como muito bem pontua Marcos Nobre, “a resposta (na pesquisa) vem de antemão: está posta previamente à investigação” (Nobre, 2005, p. 11). Conclui-se antes de se pesquisar. Como elemento da construção do saber jurídico, a pesquisa acaba sendo preordenada para o resultado que se quer chegar. Na busca por um resultado desejado – por conseguinte, parcial – é inarredável a ideia de que

tal resultado favoreça a quem o busca. Talvez não se espere no Direito que se estude algo que contrarie seu próprio interesse particular.

3 O DIREITO E SEU CRIADOR

Consideradas tais premissas, percebe-se que o Direito, sendo construído para decidir, servirá àqueles a quem tais decisões favorecem, a exemplo dos legisladores que conferem a si imunidade parlamentar e foro privilegiado, embora ocupem cargos públicos que deveriam demandar conduta proba e impecável decoro. Kelsen, no propósito de desenvolver uma Teoria Pura do Direito, reivindicava que o conhecimento científico do Direito deveria estar afastado de influências ideológicas, a fim de que pudesse ser considerado autônomo:

A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra [...] a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas conto conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido (Kelsen, 2015, p. 51).

Contudo, o Direito, formado por suas normas jurídicas, não nasce espontaneamente. Ele é criado. Seu momento de criação e o seu criador devem ser levados em consideração, antes mesmo de se interpretar o produto normativo nascido. A norma jurídica não preexiste à sua interpretação do mesmo modo como as flores são analisadas por um botânico, como as pedras são analisadas por um geólogo ou como as larvas são analisadas por um biólogo. Esses objetos de estudo já existiam muito antes de o primeiro ser humano ter desenvolvido a habilidade de estudar. As normas jurídicas, por sua vez, são objeto de re-criação por aqueles que a estudam. Há certa suspeição nisso. Como então se interpreta no Direito?

Ora, se for entregue a mesma receita de bolo a duas pessoas diferentes, certamente não se chegará ao mesmo resultado. Em primeiro lugar é preciso saber se essas pessoas possuem acesso aos mesmos ingredientes e aos

mesmos utensílios domésticos. E, mesmo garantindo-lhes iguais condições, ter-se-ão, muito provavelmente, resultados semelhantes, mas não idênticos. Mais distintos serão os resultados quanto mais diversas forem as condições. Em química elementar, por exemplo, a fim de que se tenha um paradigma comum, foram definidas condições “normais” de temperatura e pressão para se realizar algum experimento. Por detrás desse padrão, a ideia é a de que o experimento seja reproduzível em qualquer lugar e por pessoas diferentes, desde que sejam mantidas as mesmas condições ambientais.

Mas o Direito não trata de experimentos químicos. E, quando criado, gerido e estudado, é importante se perguntar *por quem e para quem* ele foi criado, gerido e estudado. Isso porque, analisados os retalhos da colcha social, será possível perceber a diversidade e a pluralidade que existe. Desse modo, considerando que grande parte dessas personagens não têm as mesmas condições “normais”, ou seja, não possuem acesso às instâncias de poder seja porque esse acesso não lhes é facilitado ou tampouco herdado, não é possível dizer que o Direito é criado, gerido e estudado pela mesma diversidade e pluralidade que existe na sociedade.

Um exemplo claro disso é facilmente identificado no plano de ensino das faculdades de Direito, de onde se depreende a ausência substantiva de referências a textos de mulheres ou, ainda, de outros recortes sociais na perspectiva dos grupos minorizados ou vulnerabilizados, configurando-se o que se chama de epistemicídio (Ribeiro, 2019, p. 62)³. É possível que essa ausência se desse até pouco tempo atrás, muito provavelmente, pela inexistência de produção científica dessas outras personalidades, o que, por si só, denuncia como o acesso às instâncias de poder e à formação do

³ Em seu **Pequeno Manual Antirracista**, a filósofa Djamila Ribeiro (2019, p. 62) cita a autora Sueli Carneiro (2005), para quem “o aparelho educacional tem se constituído, de forma quase absoluta, para os racionalmente inferiorizados, como fonte de múltiplos processos de aniquilamento da capacidade cognitiva e da confiança intelectual. É fenômeno que ocorre pelo rebaixamento da autoestima que o racismo e a discriminação provocam no cotidiano escolar; pela negação dos negros da condição de sujeitos de conhecimento [...]”. Essa referência aqui citada traduz o que se chama de epistemicídio.

conhecimento sempre foram excludentes. Hoje, contudo, já é possível acessar um referencial bibliográfico vasto de perspectivas diferentes daquelas predominantes na história colonizadora do Direito.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao tratar sobre isso, ensina que a positivação é uma representação das mudanças do Direito. Esse, por sua vez, resulta de “interesses de fatores dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele não nasce da pena do legislador” (Ferraz Júnior, 2015, p. 85). As perguntas que devem ser formuladas a seguir são: quais são esses fatores dominantes? Quem é esse legislador supostamente legitimado? E respondendo a esses questionamentos, tal como afirmou Warat, pode-se concluir que essa forma de construir o Direito não se faz ao acaso, sendo destinada à servidão e à manutenção do poder, uma vez que o Direito “é uma técnica de controle social” (Warat, 1994, p. 15).

4 O DIREITO E O ENSINO JURÍDICO COMO INSTRUMENTOS DE MANUTENÇÃO DO PODER

Analisando o processo histórico, Lopes faz referência ao clássico texto de Justiniano: um compilado do direito romano recuperado e estudado num ambiente religioso. O seu estudo era restrito a eclesiásticos, os quais tinham acesso à educação formal. Nesse sentido, existia um grupo hegemônico, detentor de uma criatividade religiosa monoteísta, com o poder de colher na tradição os textos dotados de autoridade, “selecionando os que não podiam ser contados entre os legítimos representantes da tradição cristã” (Lopes, 2011, p. 98). Nessa perspectiva, claramente, as condutas consideradas não cristãs eram severamente punidas, ainda que não representassem qualquer lesão a ninguém, como o notório exemplo das milhares de mulheres queimadas, enforcadas ou guilhotinadas por tentarem lutar por emancipação durante séculos⁴.

⁴ Sobre o tema, sugere-se a leitura de Federici, 2019.

Tratando das profundas mudanças históricas pela qual passava a Europa do século XVI, o autor aborda o declínio das universidades, asseverando que muitos professores “passa[ra]m a ser perseguidos quando não professa[va]m a religião do príncipe ou do Estado”, que, a essa altura, estavam fortalecidos, enquanto as ordens religiosas assumiam “(...) o controle das escolas e universidades” (Lopes, 2011, p. 194). O Direito só passaria a mudar seu eixo para servir às soberanias estatais – e não mais exclusivamente às igrejas – entre os séculos XVII e XIX, quando o paradigma do seu estudo também se altera, caminhando do *jusnaturalismo moderno* para o *positivismo jurídico*.

Hespanha, por exemplo, ao examinar a transição entre os séculos XVIII e XIX, destaca que o positivismo jurídico de tipo legalista ganhou força na França na medida em que se propunha a encerrar as incertezas através da lei, daí surgindo um legalismo atrelado ao movimento de codificação, notadamente representado pelos códigos napoleônicos, no início do século XIX: “(t)udo isto contribuiu para dar aos códigos o ar de monumentos legislativos de há muito desejados, cientificamente fundados, democraticamente legitimados e politicamente convenientes” e que cumpririam uma “paz burguesa” (Hespanha, 2012, p. 402). O historiador português explicita a finalidade para a qual o Direito então codificado se prestava, qual seja, a “paz burguesa”, que limitava, mais uma vez, o universo de pessoas sujeitas de direitos. As demais parcelas da população sequer eram consideradas cidadãs e, por conseguinte, não haveriam de ter direitos.

Essa ideia é reforçada por Atienza, quando afirma que o formalismo descrito anteriormente teria sido amplamente aceito em virtude de vários fatores históricos favoráveis, como o monopólio estatal da produção e da sanção jurídicas, a implantação de um modelo burocrático de organização e a ascensão da burguesia, que buscava “previsibilidade do Direito para poderem simplificar os seus cálculos econômicos” (Atienza, 2014 p. 262), como citado anteriormente.

Contudo, essa nova forma de se fazer o Direito, que se propunha neutra, universal e objetiva, “dotada de certeza e positividade”, afastou-se da realidade

social, excluindo de sua análise o *sujeito empírico*, concentrando-se na figura abstrata de um sujeito transcendental criado pela razão instrumental moderna (Bittar, 2009, p. 362). Nessa senda, conforme afirma Bittar, o Direito se afastou do campo existencial das pessoas, deixando de interagir com as questões “sociais e políticas, desigualdades e problemas contextuais (...)” (Bittar, 2009, p. 370).

Segundo, ainda há um repertório bibliográfico a ser analisado para confirmar a parcialidade com que o Direito e o ensino jurídico foram desenvolvidos antes de apresentar um novo olhar sobre ele.

Bobbio, por exemplo, ao buscar identificar qual seria a norma fundamental de um ordenamento jurídico, considera que o poder constituinte é um poder decorrente de um grupo hegemônico de um determinado contexto histórico, legitimado pela força, destacando o conceito de Direito “como ordenamento com eficácia reforçada”. O filósofo italiano conclui que o Direito acaba por ser a “expressão dos mais fortes”, e não necessariamente dos mais justos (Bobbio, 2011, p. 66). Por isso, inclusive, o autor aponta a distinção de sua tese, que vê na força um *instrumento* para a realização do Direito, enquanto para Kelsen a força é um *objeto* do próprio Direito.

É evidente que a justiça aqui não é considerada para todos, indistintamente. Muitos apressados podem considerar que se está em falar de justiça sob a perspectiva de uma decisão judicial, onde, em regra, há dois lados contendores, lutando para impressionar com a melhor e mais convincente versão. Contudo, a função social do Direito deveria ir muito além do processo judicial. Apenas para ilustrar e facilitar o caminho a ser percorrido, o Direito moderno serve, em tese, para que o Estado, por meio do processo legislativo, determine ao próprio Estado a adoção de políticas públicas que visem à melhoria da condição de vida das pessoas. Além disso, pelo Direito, deve-se fiscalizar o Estado para averiguar se ele cumpriu aquilo a que está obrigado e, por fim, puni-lo quando não o fizer; em tese.

Ao compreender o Direito como a *expressão dos mais fortes*, é inextricável a alusão ao *poder simbólico* desenvolvido por Pierre Bourdieu. Segundo esse autor, a ciência do Direito deveria evitar os extremos, os quais

estariam representados, conforme sua descrição, pelo *formalismo*, a exemplo da teoria pura do direito kelseniana, e pelo *instrumentalismo*, que considera o direito um instrumento usado pela classe dominante, como a teoria marxista. Pierre Bourdieu entende, pois, que as práticas e os discursos jurídicos são compostos dessa dualidade, sem desprezá-las. Na sua perspectiva, “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, e a divisão do trabalho jurídico, realizado por agentes e instituições, considera um sistema de normas e de práticas pré-estabelecidas, havendo um concerto consciente entre esses personagens: “uma coesão dos *habitus* espontaneamente orquestrados dos intérpretes” (Bourdieu, 1989, p. 214). O trabalho jurídico, nesse passo,

liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será à imagem do passado”, servindo para a *lógica da conservação, universalização ou normalização*, enquanto nada se opuser “ao ponto de vista dos dominantes. (Bordieu, 1989, p. 245).

Seja no Brasil, na Itália, na França, na Alemanha ou nos Estados Unidos, vê-se que a percepção, mais ou menos nuançada, de que o Direito decorre da *expressão dos mais fortes* ou *do ponto de vista dos dominantes* é comum a todos esses autores. A propósito, no Brasil, Sérgio Adorno faz um trabalho minucioso de levantamento histórico da formação dos primeiros cursos jurídicos, os quais formaram um tipo específico de intelectual, originado da classe dominante e com ela comprometido:

Apesar desses problemas e de suas repercussões sobre o ensino, a cultura jurídica no Império produziu um tipo específico de intelectual: politicamente disciplinado conforme os fundamentos ideológicos do Estado; criteriosamente profissionalizado para concretizar o funcionamento e o controle do aparato administrativo; e habilmente convencido senão da legitimidade, pelo menos da legalidade da forma de governo instaurada (Adorno, 2019, p. 91).

Como se destaca, os intelectuais do Direito eram meros servos acríticos do sistema governamental das classes dominantes. O autor ainda faz uma análise sobre a estrutura curricular do período, destacando que havia, por exemplo, a manutenção de disciplina fundada em “ortodoxia religiosa”, com

vertente jusnaturalista e que os direitos humanos eram alinhados a uma ordem liberal, tudo isso incrustado num Estado patrimonialista, que visava à formação de técnicos que mantivessem o poder da elite, sobretudo em um país com dimensão continental, com alto índice de analfabetismo e pobreza (Adorno, 2019).

Prosseguindo na radiografia da parcialidade do Direito e do ensino jurídico no Brasil, Seelaender identificou uma histórica e inquietante omissão das faculdades jurídicas quanto ao papel dos juristas nas ditaduras, sinalizando que o ensino jurídico, no Brasil, mas também fora dele, foi condescendente com esses regimes autoritários. Conforme o autor descreve, a parcialidade do Direito não se resume apenas na composição de normas beneficiadoras das classes dominantes, mas também na omissão dessas classes diante de normas opressoras das classes menos favorecidas.

E é de se destacar que muitos juristas brasileiros não tiveram dificuldades em se adaptar ao regime militar ditatorial, porque, “ligados ao conservadorismo católico integrista”, “tendiam a compartilhar [...] o discurso anticomunista, o moralismo em questões sexuais, a aversão ao livre debate e o ideal do poder monocrático”, tanto que as teses jurídicas foram ajustadas e readaptadas para fazerem caber os interesses das ditaduras do século XX, o que se via até mesmo na tentativa de se conceituar o que era uma pessoa, bem como no conceito de igualdade, por exemplo. As narrativas jurídicas foram reconstruídas, tanto que “na Alemanha hitlerista, o conflito capital-trabalho passou a se ocultar sob a bela ideia de uma “comunidade empresarial” fundada em “honra, confiança e cuidado”, à qual o trabalhador se incorporaria para tomar-se um “camarada de trabalho” do “*Führer da empresa*” (Seelaender, 2009, p. 424). Ciente dessa adaptabilidade dos juristas brasileiros às ditaduras, o autor suscita a necessidade de se estudar seriamente esse período:

A discussão sobre o papel dos juristas e do pensamento jurídico nas ditaduras brasileiras merece a atenção dos estudiosos da história do direito, não podendo mais ser abandonada nas mãos de pessoas sem formação específica nessa área - quanto mais de antigos amigos, colaboradores, colegas e discípulos dos autores estudados. Não é aceitável que nossas universidades se omitam, enquanto se publicam obras sobre juristas relevantíssimos no período militar, nas quais a exata relação destes com o regime parece um tema menor,

tratado ao lado de assuntos de interesse meramente doméstico (Seelaender, 2009, p. 429).

E não só para as ditaduras serviu o Direito. No modelo político-econômico adotado no Brasil recente, Lênio Streck tece severas críticas sobre o modo como as elites brasileiras instrumentalizaram o Direito a seu favor, afirmando que um Estado de bem-estar social, idealizado pela Constituição de 1988, jamais fora implementado no país. “As elites [...] se apropriaram/proveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e oligopólios da economia” (Streck, 1999, p. 22-26), sem que houvesse qualquer mínimo empenho em reduzir as desigualdades sociais, ignorando os objetivos constitucionais.

É importante destacar, pelo que se viu até aqui, que não apenas o Direito e o ensino jurídico foram moldados para atender aos interesses de parcelas privilegiadas e poderosas da população, como também a memória histórica ligada à construção do saber jurídico foi manipulada, ao menos por omissão de fatos relevantes e de análise crítica ética. O mesmo diagnóstico se encontra na obra de Luís Alberto Warat, que abordou a castração, como uma forma de ideologia paralisante, que retira a criticidade do ser humano, sendo que o discurso jurídico tem se perpetuado como um instrumento para legitimar essa castração e “fazer crer que há menos autoritarismo” do que realmente existe (Warat, 2000, p. 63).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: SEMENTES PARA UMA NOVA EDUCAÇÃO JURÍDICA

No embalo do que se concluiu no item anterior, Warat (2000, p 63) considera que a democracia é o caminho para liberar-se da castração a que se referiu, uma democracia que seja pautada num diálogo aberto, inclusivo, e não numa pseudodemocracia que muito mais se parece com um regime totalitário:

Abrindo parênteses, eu diria que é impossível instrumentalizar as concepções jurídicas para a democracia sem uma implementação dos mecanismos de transgressão dos interditos. Nas formas de transgressão dos interditos, realiza-se a democracia. Ela é sempre a

exuberância dos Direitos e a superação do sistema de castigos. A democracia como marginalidade encontra seu ponto de equilíbrio não no aniquilamento da lei e do estado, senão em sua superação pela transgressão (Warat, 2000, p. 63).

Tratando de alguns mecanismos de transgressão, Robert Cover considera o martírio, a rebelião e a revolução algumas alternativas por meio das quais se pode reagir contra a manutenção de um mundo normativo dominante, em busca de um “futuro normativo distinto” (Cover, 2019, p. 6). A revolução pode ter vários elementos, sendo que um deles, provavelmente o principal, passa, como dissemos no início, pela emancipação da pessoa humana, que somente será atingida quando mudarmos o paradigma do ensino jurídico, voltando-o para a perspectiva dos direitos humanos, da universalidade da dignidade, da igualdade de acessos e de oportunidades, do amor.

Assim, o próximo passo é fomentar uma ciência jurídica que acolha a diversidade humana, de forma inclusiva e democrática. É importante que se voltem os olhos para o espectro social, sem ignorar nenhuma realidade posta e tendo a clareza de que algumas realidades carecem de atuação mais urgentes que outras, sob pena de serem exterminadas. Em *A hora da estrela*, Clarice Lispector, ao tratar da efemeridade humana, constata que algumas existências valem mais que outras... “Não notam sequer que são facilmente substituíveis e que tanto existiriam como não existiriam. Poucas se queixam e ao que eu saiba nenhuma reclama por não saber a quem. Esse quem será que existe?” (Lispector, 1998).

É preciso ter isso em mente para afastar-se de um utilitarismo individual que, na condução da ciência jurídica, coloca o jurista a analisar apenas aquilo que lhe convém, omitindo-se, deliberadamente, sobre aquilo que lhe traz conflito pessoal ou que o expõe perante uma parcela privilegiada da população.

Como se disse antes, o Direito é fruto de uma criatividade, de imaginação, de várias histórias sobrepostas, que acabam por formar, quando encontram um certo consenso entre seus iguais, a partir de “vozes incógnitas das verdades jurídicas”, o *senso comum teórico* (Warat, 1994, p. 16)⁵. Alunos

⁵ Sobre isso, Theodor Vieweg (1979) compreende que esse *senso comum* pode ser supervenientemente considerado inaceitável e é nesse contexto que a *interpretação* possibilita

acadêmicos, futuros juristas, acabam por reproduzir os ensinamentos que receberam de seus *preceptores*, e nem sempre esses ensinamentos estão entre os melhores, “de sorte que é muito mais o costume e o exemplo que os persuadem do que algum conhecimento certo” (Descartes, 2001, p. 21), até o dia que poderemos ceder à nossa própria razão, pensando por si.

Contudo, o que se viu no curso da história do Direito e do ensino jurídico foi o constante distanciamento dos preceptores da realidade, razão pela qual é imperioso que o Direito não ignore a sociologia, a filosofia, a antropologia e a história⁶, que poderão servir como pontes para a realidade até então ignorada.

Em convergência com o que aqui se propõe, Theodor Adorno, após uma sincera reflexão sobre a experiência de Auschwitz, afirmou que a realização de compromissos morais não é suficiente para se evitar o regresso à barbárie, uma vez que esses compromissos se subvertem muito facilmente, a depender do livro sagrado do qual são retirados ou da estrutura de poder que os definem. É preciso, em seu pensar, ter “o poder para a reflexão, a autodeterminação” (Adorno, 2003, p. 124), para não transformar a coletividade em coisa amorfa e manipulável, sequestrando-lhe o sentido, o desejo e a vida, mesmo antes da chegada do fétido perecimento da carne. Essa autonomia será alcançada por meio da educação crítica, capaz de retirar a sensação de coisa posta, imutável e natural, como se tudo que se inventou sempre tivesse existido dessa forma e nada houvesse de mudar. O citado autor trata ainda da necessidade de se reconhecer em si mesmo a dor que se sente, dizendo:

a análise das “mudanças de situações”, sendo certo também afirmar que as premissas universais estabelecidas dependem, para que sejam mantidas como tais, da aceitação do interlocutor. Isso porque, quando há oposição, tem-se o debate, concebido por Aristóteles como dialético.

⁶ Disciplinas a que Manuel Atienza (2014) faz alusão em Direito e saberes jurídicos. Em sentido semelhante, Tércio (Ferraz Júnior *et al.*, 2005) diz que, embora o jurista, na dogmática, esteja limitado em sua liberdade crítica em face da exigência de decidibilidade, a utilização de disciplinas “auxiliares”, como a Filosofia e a Sociologia, são importantes para que se faça uma reflexão externa ao Direito.

No que, inclusive, nem se diferencia tanto a dor do outro e a dor de si próprio. Quem é severo consigo mesmo adquire o direito de ser severo também com os outros, vingando-se da dor cujas manifestações precisou ocultar e reprimir. Tanto é necessário tornar consciente esse mecanismo quanto se impõe a promoção de uma educação que não premia a dor e a capacidade de suportá-la, como acontecia antigamente. Dito de outro modo: a educação precisa levar a sério o que já de há muito e do conhecimento da filosofia: que o medo não deve ser reprimido. Quando o medo não é reprimido, quando nos permitimos ter realmente tanto medo quanto esta realidade exige, então justamente por essa via desaparecera provavelmente grande parte dos efeitos deletérios do medo inconsciente e reprimido (Adorno, 2003, p. 128).

Se é nesse sentido, portanto, que se deseja a emancipação do sujeito por meio da educação e, ainda, desenvolver a alteridade, por meio de uma hermenêutica jurídica que considere o rosto do outro como parte do conteúdo jurídico que se quer disseminar⁷, é urgente re-pensar o ensino jurídico a fim de ter os direitos humanos como eixo interpretativo. Se, por um tempo, tivemos entre os juristas o referencial dos códigos civilistas permeando as interpretações jurídicas e, depois, as constituições como norte, agora, os direitos humanos, desvinculados que são de um código em específico, dada a dialogicidade de suas fontes, pode ser esse novo paradigma.

Diferentemente de uma educação ordinária que se presta, em grande parte, à mera transmissão de conhecimento, a educação em direitos humanos visa, sobretudo, à “inculcação de valores, para atingir corações e mentes”, na “formação de uma cultura de respeito à dignidade humana mediante a promoção e a vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz” (Benevides, 2003, p. 309). Porém, para que a bússola mude sua direção, é preciso, no Brasil, uma transformação cultural:

Trata-se, portanto, de uma mudança cultural especialmente importante no Brasil, pois implica a derrocada de valores e costumes arraigados entre nós, decorrentes de vários fatores historicamente definidos: nosso longo período de escravidão, que significou exatamente a violação de todos os princípios de respeito à dignidade

⁷ A proposta sobre uma “hermenêutica jurídica a alteridade” foi ensaiada por Felipe Rodolfo de Carvalho (2018) em “O rosto do outro e a letra da lei: ensaio sobre uma hermenêutica jurídica da alteridade”.

da pessoa humana, a começar pelo direito à vida; nossa política oligárquica e patrimonial; nosso sistema de ensino autoritário, elitista, e com uma preocupação muito mais voltada para a moral privada do que para a ética pública; nossa complacência com a corrupção, dos governantes e das elites, assim como em relação aos privilégios concedidos aos cidadãos ditos de primeira classe ou acima de qualquer suspeita; nosso descaso com a violência, quando ela é exercida exclusivamente contra os pobres e os socialmente discriminados; nossas práticas religiosas essencialmente ligadas ao valor da caridade em detrimento do valor da justiça; nosso sistema familiar patriarcal e machista; nossa sociedade racista e preconceituosa contra todos os considerados diferentes; nosso desinteresse pela participação cidadã e pelo associativismo solidário; nosso individualismo consumista, decorrente de uma falsa ideia de 'modernidade' (Benevides, 2003, p. 310).

Nesse sentido, a educação voltada para os direitos humanos, nas faculdades de Direito, pode representar um salto para a humanidade, quando então as pesquisas e o ensino jurídico não estarão exclusivamente dedicados à questão da decidibilidade pura e simples ou aos objetivos econômicos das elites. Mas também se debruçarão sobre os pressupostos e sobre os efeitos do sistema jurídico desenvolvido para decidir, isto é, a quem servem suas decisões e quais seus resultados contributivos no desenvolvimento de um mundo menos desigual e nocivo.

A construção de uma educação emancipadora, capaz de formar sujeitos autônomos, passa pela proteção da democracia e pelo exercício da cidadania, quando a construção crítica de soluções considera a alteridade do que é diverso, dando voz e lugar ao outro que, sem poder, não seria sequer considerado:

Não importa quem seja o outro [...], a dimensão do outro é a salvação de qualquer um da própria inexistência [...]. O "outro" é um ser genérico, é o que se opõe a mim, que rompe com a minha fantasia de totalidade, de autossuficiência, que me dá a chance de estar dentro do mundo para além de uma posição paranoica. O outro é o nosso eterno desafio. Um desconforto sem o qual não podemos viver (Tiburi, 2019, p. 39).

Quando o outro é visto, passa-se a observar a sua existência e, por assim considerá-la, deixa-se de desprezá-lo nas variáveis que são postas para a construção dos direitos. Benevides aponta que a educação em direitos humanos é voltada para a formação da cidadania, mas não aquela compreendida na perspectiva do nacionalismo e de reverência à pátria, num

país tão diversificado e heterogêneo como o Brasil; mas, sim, aquela voltada para a participação do cidadão na construção da democracia, regime de organização política que já é considerado como direito humano de quarta dimensão (Benevides, 2003, p. 315). Para isso, é necessário que, no conceito de cidadão, todos sejam incluídos, em todas as suas manifestações.

Isso se traduzirá, por exemplo, quando, no ensino jurídico: 1) novas referências teóricas forem introduzidas pelos professores; 2) quando as discussões sobre os conflitos jurídicos ultrapassarem o plano meramente normativo, para levarem em conta as desigualdades de toda espécie: de classe, de educação, de oportunidade, de gênero, de raça e etnia, de orientação sexual, etc.; 3) quando a ciência jurídica se abrir para o diálogo interdisciplinar com outras ciências sociais; 4) quando o saber ministrado não ignorar os poderes e a violência, simbólica e real, que assassinam seres e sonhos... Desse modo, numa perspectiva profética, de um futuro utópico, quando estiverem todos imbuídos da solidariedade humana, os direitos humanos existirão não como um recurso linguístico, mas se entranharão entre as raízes do mundo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Edusp, 2019.

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ATIENZA, Manuel. Direito e saberes jurídicos. *In*: **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Educação em direitos humanos: de que se trata? *In*: BARBOSA, Raquel Lazzari Leite (Org.). **Formação de educadores**: desafios e perspectivas. São Paulo: UNESP, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. Pós-modernidade, razão e saber. *In*: **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARNEIRO, Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese de doutorado em educação. Universidade de São Paulo, 2005.

CARVALHO, Felipe Rodolfo de. O rosto do outro e a letra da lei: ensaio sobre uma hermenêutica jurídica da alteridade. **Annales FAJE**, v. 3, 2018.

COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução de Maurício Pedrosa Flores. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 2: 1-33, jul./dez. 2019.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. Tradução Coletivo Sycorax. Porto Alegre: Elefante, 2019.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coords). **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio *et al.* A relação entre dogmática jurídica e pesquisa. *In*: NOBRE, Marcos. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Saraiva, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil.

Cadernos Direito GV, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em:

<http://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em: 29 fev. 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia jurídica: passo a passo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá: 2009.

SOUZA, Ricardo Timm. **O pensamento e o outro, o outro do pensamento: a questão da alteridade em configurações contemporâneas**. Porto Alegre: Zouk, 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TIBURI, Marcia. **Delírio do poder: psicopoder e loucura coletiva na era da desinformação**. Rio de Janeiro: Record, 2019.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. *In*: **Introdução geral ao direito moderno: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2000.

**DESCALÇOS E DESPOSSUÍDOS: REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER
SELETIVO DO DIREITO PENAL**

*BAREFOOT AND DISPOSSESSED: REFLECTIONS ON THE SELECTIVE
NATURE OF CRIMINAL LAW*

*DESCALZOS Y DESPOSEÍDOS: REFLEXIONES SOBRE EL CARÁCTER
SELECTIVO DEL DERECHO PENAL*

**Vinicius Nahan¹
Hector Cury Soares²**

RESUMO

O presente estudo busca analisar como a criminologia crítica de viés marxista tem demonstrado o caráter seletivo do direito penal e desafiado a ideia de isonomia do direito. O método utilizado foi o materialista histórico-dialético, o qual é uma concepção explicativa da história e não somente uma teoria filosófica. Além disso, buscou-se fazer uma revisão bibliográfica do tema.

¹ Delegado de Polícia (PCRS) e Professor da ACADEPOL (PCRS). Mestrando em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social da FURG. Mestrando em Segurança Cidadã no Programa de Pós-Graduação em Segurança Cidadã da UFRGS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal (FMP). Especialista em Gestão Pública Municipal (UFSM) e Bacharel em Direito (UFSM). E-mail: viniciusnahan@protonmail.com.

² Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS - 2010/2014) com período de Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC-Portugal). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - 2008/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeI - 2002/2007). Ocupa o cargo de Professor Associado I de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade Federal do Rio Grande (FURG), onde desempenha suas atividades no Curso de Graduação em Direito e Mestrado em Direito e Justiça Social. É coordenador do projeto de pesquisa-ação "Cidadania, Direitos e Justiça", em que mantém linha de pesquisa que trata de "Direito e Teorias Críticas". Tem como temas de interesse: precarização das relações de trabalho no Brasil, teorias críticas do direito e marxismo e direito. hectorcury@gmail.com

Analisou-se a origem da criminologia positivista e o desenvolvimento posterior da criminologia crítica. Constatou-se que existe uma diferença de abordagem entre os teóricos da criminologia positivista e os adeptos da criminologia crítica. Percebeu-se como a função declarada do direito penal, baseada no princípio da igualdade, não se coaduna com o real objetivo da elaboração de leis penais. A criminalização é seletiva em essência, pois definir quais condutas serão crimes e quais não serão já é uma forma de selecionar os futuros praticantes de ações típicas. Além disso, a atuação dos órgãos de controle é feita de forma a escolher quem será criminalizado. A partir disso, novos estudos poderão ser desenvolvidos.

Palavras-chave: criminologia crítica; seletividade penal; marxismo.

ABSTRACT

This study aims to analyze how Marxist-influenced critical criminology has demonstrated the selective nature of criminal law and challenged the idea of legal equality. The method employed was historical-dialectical materialism, which is an explanatory conception of history rather than solely a philosophical theory. Additionally, a literature review on the topic was conducted. The study examined the origin of positivist criminology and the subsequent development of critical criminology. It was observed that there is a difference in approach between positivist criminology theorists and advocates of critical criminology. The declared function of criminal law, based on the principle of equality, was noted to be incongruent with the actual purpose of enacting criminal laws. Criminalization is inherently selective, as deciding which behaviors will be crimes and which will not is a form of preselecting future perpetrators of typical actions. Furthermore, the actions of control agencies are carried out in a way that chooses who will be criminalized. Based on these findings, further studies can be developed.

Keywords: critical criminology; penal selectivity; Marxism.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar cómo la criminología crítica de tendencia marxista ha demostrado el carácter selectivo del derecho penal y desafiado la idea de igualdad jurídica. El método utilizado fue el materialismo histórico-dialéctico, que es una concepción explicativa de la historia y no solo una teoría filosófica. Además, se realizó una revisión bibliográfica del tema. El estudio examinó el origen de la criminología positivista y el desarrollo posterior de la criminología crítica. Se observó que hay una diferencia de enfoque entre los teóricos de la criminología positivista y los seguidores de la criminología crítica. Se percibió cómo la función declarada del derecho penal, basada en el principio de igualdad, no concuerda con el verdadero objetivo de la elaboración de leyes penales. La criminalización es selectiva en esencia, ya que definir qué

conductas serán consideradas criminales y cuáles no lo serán es una forma de seleccionar a los futuros perpetradores de acciones típicas. Además, la actuación de los órganos de control se lleva a cabo de manera que eligen a quiénes se criminalizará. Con base en estos hallazgos, se pueden desarrollar nuevos estudios.

Palabras clave: criminología crítica; selectividad penal; marxismo.

Data de submissão: 22/11/2023

Data de aceite: 05/12/2023

1 INTRODUÇÃO

Se a lei fosse um animal, aos olhos de um camponês de El Salvador, ela seria uma serpente, pois só pica quem está descalço. Essa frase difundida pelo professor Jesus Antonio De la Torre Rangel (2023) demonstra com propriedade a seletividade da legislação penal e o seu caráter de classe, punindo, sobretudo, quem nada possui, ou seja, os descalços ou despossuídos.

Entretanto, o direito é difundido como uma instituição baseada na igualdade, todos são iguais perante a lei e por isso não haverá distinções no tratamento dado a cada um.

Nesse sentido, Anatole France (1984) já afirmava, em seu romance, como as leis são magnânimas e majestosas na medida em que proíbem ricos e pobres igualmente de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas e de roubar o pão.

Essa idealização do princípio da igualdade é uma viga que sustenta todo o direito. Acreditar no tratamento igualitário concedido pelas leis é essencial para o funcionamento do direito, sobretudo no caso criminal.

Entretanto o objetivo deste trabalho é analisar como a criminologia crítica de viés marxista tem demonstrado o caráter seletivo do direito penal e desafiado a ideia de isonomia do direito.

O método utilizado foi o materialista histórico-dialético, o qual é uma concepção explicativa da história e não somente uma teoria filosófica. Assim, trata-se em verdade de um materialismo da história. Não são as ideias que

governam o mundo, como tanto se repetiu, pelo contrário, as ideias dependem das condições econômicas, em último caso, da matéria, e essa, afinal, explica a história (Foulquié, 1966).

A aparência do objeto é diferente da sua essência. Caso coincidisse toda a ciência seria supérflua, afirmava Karl Marx. Desse modo, O método dialético busca relacionar esses dois campos, propiciando o conhecimento teórico, partindo da aparência, visa a alcançar a essência (estrutura e dinâmica) do objeto.

De início, é importante revisitar os fundamentos e a origem das ideias e teorias que atualmente são agrupadas como criminologia positivista ou tradicional. Busca-se demonstrar porque seus postulados estavam equivocados e eram insuficientes.

2 AS ORIGENS DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

No século XVIII, a revolução burguesa e a revolução industrial deflagraram um processo de desenvolvimento tecnológico jamais visto na história, por outro lado, o consequente êxodo rural dos camponeses para os novos centros urbanos trouxe consigo problemas desconhecidos pela antiga sociedade europeia, conservadora e estática, as condutas ilícitas cresciam proporcionalmente ao aumento da miséria (Shecaira, 2012). O processo de acumulação de riquezas nas mãos da nova classe capitalista é correlato do processo de acumulação de força de trabalho ou “acumulação de homens úteis”, nessa época a classe camponesa é transformada em classe trabalhadora. A nova geografia sócio-econômica surgida com a ruptura dos vínculos feudais e com o aparecimento de uma economia capitalista impõe a necessidade de elaboração de uma nova cartilha para a manutenção da ordem social (Pavarini, 2002).

Neste sentido Michel Foucault (2006) argumenta que o aumento geral da riqueza e o crescimento demográfico vivenciados após a queda do Antigo Regime, trouxeram consigo a mudança na prática de ilícitos populares, o alvo principal das ilegalidades deixou de ser os direitos – contrabando e luta armada

contra os agentes do fisco – para se tornar os bens – furtos e transferência violenta de propriedades, conforme o autor: “com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, [...] na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens” (Foucault, 2006, p. 73-74).

O desenvolvimento da sociedade capitalista reestruturou a economia das ilegalidades. A forma de tratamento reservado aos desvios de cada classe ressaltava a diferença entre elas. A ilegalidade dos bens estava mais acessível às classes populares e seria combatida com os tribunais e as punições, já a ilegalidade de direitos – fraudes, evasões fiscais – será utilizada pela burguesia e julgada por jurisdições especiais, transações, acordos e multas. “Ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens” (Foucault, 2006, p. 73-74).

Dessa forma, a política de controle social da incipiente sociedade capitalista estava centrada em um projeto político capaz de conciliar a autonomia dos indivíduos, entendida como liberdade em acumular riquezas, frente ao poder estatal, e o assujeitamento das massas às exigências da produção, necessário para o pleno desenvolvimento da economia capitalista. A partir da lógica deste projeto político, surgem as primeiras formas de conhecimento criminológico e de estratégias de controle social do desvio criminal (Pavarini, 2002).

Massimo Pavarini (2002) elenca alguns pontos comuns ao conhecimento criminológico deste período: o pacto social deveria disciplinar as reações sociais contra a propriedade; aceitar e reconhecer a priori como imutável e definitiva a desigualdade na distribuição dos bens é uma condição necessária para se justificar a condenação das ações que violem o direito à propriedade; adquirir bens mediante as regras do contrato social é útil, moral e lícito, por outro lado, fora desse esquema jurídico, será considerado ilícito, criminoso e nocivo; somente a lei penal pode definir as formas ilícitas de aquisição da propriedade, os motivos da ação ilícita não podem ser levados em

consideração, mesmo que ela tenha sido praticada devido ao reconhecimento das desigualdades sociais e individuais – justiça social.

Assim, pela contradição entre o princípio da igualdade formal e distribuição desigual das oportunidades, o ato criminoso é politicamente considerado como próprio dos excluídos da propriedade, atentando contra a paz e a ordem dos possuidores. Dessa forma, o conhecimento criminológico europeu do século XVIII cambaleia entre a defesa intrépida da igualdade formal de todos os homens e a aceitação resignada da distribuição desigual das oportunidades sociais.

Este ponto inicial de desenvolvimento do saber criminológico é classificado por alguns autores como sendo a escola clássica de direito penal, a qual seria um antecedente da criminologia tradicional. Esta classificação se refere a teorias produzidas nos países europeus entre o século XVIII e meados do século XIX, em especial aos escritos de Cesare Beccaria na Itália, Feuerbach na Alemanha e Jeremy Bentham na Inglaterra (Baratta, 2011). Atribui-se à escola clássica a intenção de combater os excessos punitivistas cometidos nos suplícios públicos pelo Antigo Regime, ou seja, nesta visão homogeneizante esses autores pretendiam estabelecer limites para o poder punitivo monárquico (Flauzina, 2008).

Entretanto, admitindo essa classificação apenas para fins didáticos, cumpre ressaltar que a escola clássica não passa de uma invenção de Enrico Ferri, um dos discípulos de Lombroso e criador do termo “criminoso nato”. Na sua concepção, a escola clássica abrangia todos os penalistas que não concordavam com as suas construções teóricas, contendo pensadores iluministas de todos os países europeus, incluindo kantianos, hegelianos, aristotélicos, tomistas, etc. (Zaffaroni *et al.*, 2003). Percebe-se, então, o grave equívoco que se comete ao tentar enquadrar uma pluralidade tão grande de pensamentos dentro de uma classificação arbitrária.

Sendo assim, deve-se evitar uma análise reducionista e simplificadora da produção teórica do período acima referido, aliás, é muito comum se deparar com visões românticas acerca desses autores, contudo, a defesa de uma mudança dos métodos de punição, comumente chamada de

“humanização das penas”, não resultou da bondade dos autores ou de considerações humanitárias, mas, sim, do desenvolvimento econômico da sociedade capitalista (Rusche; Kirchheimer, 2004).

O surgimento da prisão é o ponto chave para a inversão da prática de controle social: se, no passado, aniquilar o transgressor era a única forma do Estado se opor à sua ação desviante, agora, graças à reclusão penitenciária, a política criminal visava reintegrar aquele que infringiu o pacto social, devolvendo-o ao interior da sociedade com a consciência de que as suas necessidades devem ser satisfeitas dentro das regras da propriedade privada, ou seja, deverá adquirir bens através do dinheiro obtido com a venda da sua força de trabalho (Pavarini, 2002).

Assim, todas as infrações penais cometidas nos Estados absolutistas atentavam diretamente contra o monarca, violavam as regras estabelecidas pela realeza, logo a punição deveria ser grande a tal ponto que pudesse retribuir o mal causado ao rei e impedir novas condutas de outras pessoas que violassem os preceitos reais, por isso, o suplício era a punição por excelência. Em contrapartida, nas nascentes sociedades capitalistas, pós-revolução industrial, a pena de prisão é adotada como regra, de tal modo que perdura até hoje, porque ela era eficiente para demonstrar aos antigos camponeses, a nova classe trabalhadora, os quais não estavam acostumados com o modo de produção capitalista e suas regras referentes à propriedade privada, que violar o pacto social tornaria os infratores inúteis para a sociedade, pois eles seriam retirados do seio social e impedidos de participar daquilo que deveria ser almejado por todo antigo camponês que passou a morar na cidade: trabalhar no modo de produção capitalista.

O surgimento da prisão, também, possibilitou o desenvolvimento dos estudos criminológicos positivistas, pois, segundo Pavarini (2002, p. 38), o único interesse dos teóricos da criminologia tradicional era as pessoas que estavam presas, ignorando a realidade social vivida por elas, assim, o objeto desta criminologia não é tanto o “delinquente”, mas o “delinquente reduzido a desviado institucionalizado”, ou seja o encarcerado. Thompson (2007) credita o

interesse da criminologia tradicional pela pesquisa com os aprisionados ao fracasso em definir um ente político, o crime, em ser natural.

Sob esse equívoco se fundou quase todo o saber criminológico positivista: a íntima ligação entre “delinquente” e encarcerado. Essa ideologia, conforme anota Pavarini (2002), tratou a agressividade e a alienação do homem institucionalizado como se fosse uma maldade intrínseca.

A obra fundamental da criminologia tradicional foi O homem delinquente, escrita pelo médico italiano Cesare Lombroso e publicada em 1876. Neste livro, empregando estatísticas criminais oficiais da época e medindo os corpos, em especial os crânios, das pessoas encarceradas, Lombroso defendia a existência de sujeitos predispostos a cometerem condutas ilícitas. Devido a razões de ordem física, moral e mental, essa parcela da humanidade era constituída por um atavismo que os destinava a terem comportamentos ilícitos. Um ser atávico era um europeu que reproduzia os instintos primitivos da humanidade e dos animais, além de não ter moral, ser infantil, perverso e insensível à dor. Através das mais avançadas e confiáveis técnicas de medição humana, segundo ele próprio afirmava, o “criminoso nato” era identificado por seus caracteres físicos, pois portava traços simiescos, assimetrias faciais, olhar oblíquo, dentre outros caracteres físicos distintivos (Almeida, 2004; Baratta, 2011; Dias; Andrade, 1997; Zaffaroni *et al.*, 2003).

O estereótipo atávico criado e analisado por Lombroso possuía uma estreita vinculação com as características dos colonizados, segundo sustenta Zaffaroni (1988), pois o “homem delinquente” se parecia, ao final, com o asiático e com o negro. Desse modo, o atavismo simboliza o resultado de uma evolução de um grupo de indivíduos ao contrário, os quais retornavam ao primitivismo e à selvageria. Todas as formas de ilicitudes eram correlatas desse retrocesso evolutivo, propagado por hereditariedade, essas pessoas, portanto, deveriam ser retiradas do convívio social, pois a sociedade era dividida entre homens atávicos, seres primitivos que não acompanharam a evolução, e homens normais, os quais detinham o poder de comandar os primeiros (Rauter, 2003).

O método utilizado pelos teóricos da criminologia tradicional foi, fundamentalmente, o estatístico, entretanto, este método não é suficiente para identificar todas as condutas ilícitas, existe um espaço em branco deixado pelas ações não registradas, a cifra negra. Por isso, há uma quantidade de atos ilícitos que são contabilizados pelas estatísticas oficiais e outra divulgada pelas estatísticas de distintos órgãos de controle social, mas nenhuma dessas corresponde à realidade (Ramirez, 1983).

Partindo da totalidade das condutas ilícitas ocorridas numa comunidade, apenas algumas serão relatadas à polícia, pois muitos conflitos se resolvem sem a ingerência estatal; aliás, outras tantas não serão nem descobertas, em especial, os “delitos sem vítimas” – algumas fraudes e uso de drogas, por exemplo. A ação ilícita relatada pode não ser registrada pelo agente policial ou não ensejar uma investigação, e, mesmo que seja investigada, o delegado pode solicitar o arquivamento do inquérito ou, caso encaminhe para o Ministério Público, o promotor também possui a prerrogativa de fazer essa solicitação, se entender que não existem elementos mínimos que possam embasar a acusação. Na hipótese da conduta motivar uma denúncia feita pelo órgão acusatório, o juiz pode, imediatamente, rejeitá-la, ou recebê-la e dar início ao processo penal. Entretanto, ao final do procedimento o réu pode ser absolvido – sua conduta não era ilícita; ou ter a punibilidade extinta – o Estado perdeu o direito de puni-lo. Ou seja, a condenação ocorre numa ínfima quantidade de casos.

Sendo assim, transformar as pessoas encarceradas em objeto de estudo criminológico, supondo-se estar investigando todos os delinquentes, como pretendeu a criminologia tradicional, tornou-se um problema incontornável e quando veio à tona implodiu todas as bases da sua pretensa cientificidade, neutra, racional e objetiva.

A existência da cifra negra traz algumas consequências para a análise do sistema penal: 1) esse fenômeno, na verdade, representa a grande massa das condutas ilícitas, enquanto que as estatísticas oficiais são suas sombras; 2) além de tornar agudamente difícil perceber a realidade sobre as ilicitudes e suas composições, estreita e distorce o conhecimento sobre as pessoas que

cometem atos ilícitos; 3) as ações da sociedade em relação às condutas ilegais e à punição são implacavelmente fantasiosas e irreais e, por fim, 4) o sistema atua de forma seletiva na captura das condutas e dos sujeitos que serão criminalizados (Thompson, 2007).

As obscuras fissuras do edifício da criminologia tradicional foram iluminadas pela evidência da cifra negra e, dessa forma, trouxe à tona as falsas concepções deste conjunto ideológico. Na verdade, todo esse saber prestava serviços ao poder hegemônico e era legitimador do status quo da sociedade, para tanto, operando uma distinção necessária entre “nós” e “eles”, entre o bem e o mal. Assim, conforme percebeu Almeida (2004), o sucesso de Lombroso e da criminologia tradicional pode ser creditado mais à sua utilidade pública em associar condutas ilícitas à pobreza do que ao seu rigor metodológico ou objetividade científica.

Nesta senda, cumpre salientar que embora a “escola clássica” e a criminologia tradicional tenham desenvolvido visões opostas em matéria penal, Baratta (2011) ensina que tanto uma quanto a outra têm como pilar comum a ideologia da defesa social. Esse conjunto de ideias que foi difundido entre os juristas e, adotado, também, entre os leigos tem como base os seguintes princípios: – Princípio de legitimidade, o Estado, através das instâncias oficiais de controle social (leis, polícia, poder judiciário e prisão), possui legitimidade para combater as ilicitudes; – Princípio do interesse social e do delito natural, a legislação penal resguarda no seu núcleo central os bens jurídicos fundamentais para a sociedade, interesses comuns a todas as pessoas; – Princípio do bem e do mal, as relações sociais são caracterizadas pelo combate entre o bem e o mal, esse manifesto nos desviantes, os quais devem ser combatidos, aquele encontrado em todo o restante da sociedade; – Princípio de culpabilidade, o crime é a manifestação de um ato reprovável na medida em que contraria os valores e as normas regentes da sociedade; – Princípio da finalidade ou da prevenção, a pena, além de punir, tem a função de prevenir o crime; – Princípio da igualdade, a lei penal é aplicada igualmente a todas as pessoas.

Após a compreensão das origens da criminologia tradicional, cumpre analisar a função do direito, sobretudo o penal, conforme entendido pela criminologia crítica.

3 PARA QUE(M) SERVE O DIREITO?

Atualmente, o direito está erigido em uma estrutura técnica específica, porém no passado ela não existia, a força bruta, a religião e o direito estavam no mesmo emaranhado de relações. Não havia uma técnica jurídica universal e impessoalizada que correspondesse a uma atividade mercantil difundida a todos indistintamente. Por outro lado, no capitalismo, algumas ferramentas normativas estatais, aplicadas em todas as relações jurídicas, são essenciais para que existam as relações econômicas capitalistas. Por exemplo, categorias como direito subjetivo, sujeito de direitos e dever que são indispensáveis para a estrutura jurídica atual, surgiram apenas com o capitalismo, como seu formato correlato necessário (Mascaro, 2013).

A diferenciação entre dois tipos de comportamento (conforme a lei ou desviante) depende menos de uma atitude interior do sujeito boa ou má, social ou antissocial, qualificada como positiva ou negativa pelos demais, do que da definição legal que em dado momento distingue o comportamento lícito do criminoso (Baratta, 2011).

A fim de reforçar o entendimento, cita-se uma ilustração retirada da obra *A indústria do controle do crime*, de Nils Christie (1998, p. 12-13),

Pense numa criança, seu filho ou de outrem. A maioria das crianças age, por vezes, de uma forma que a legislação poderia considerar criminosa. Pode desaparecer dinheiro de uma bolsa. Seu filho não diz a verdade, ou pelo menos toda a verdade, sobre onde passou a noite. Ele bateu no irmão. Mas, ainda assim, não aplicamos nesses casos as categorias do direito penal. Não chamamos uma criança de criminosa, nem seus atos de crimes. Por quê? Apenas porque não parece certo fazê-lo. Por que não? Porque sabemos demasiado. Conhecemos o contexto: o filho estava desesperado por arranjar dinheiro, estava apaixonado pela primeira vez, o irmão o irritou mais do que alguém poderia suportar – seus atos não tiveram significado, nada acrescentaria vê-los à luz do direito penal. E conhecemos tão bem nosso próprio filho. Com tanto conhecimento, uma categoria legal seria muito estreita. Ele pegou o dinheiro, mas lembramo-nos de todas as vezes em que ele generosamente partilhou seu dinheiro, ou seus doces ou carinho. Bateu no irmão, mas muitas outras vezes o

consolou; mentiu, mas continua sendo um garoto em que se pode confiar.

Assim não é possível compreender a criminalidade sem analisar a ação do sistema penal que a define e, por sua vez, reage contra ela. Tanto por meio da normatização abstrata quanto pela atuação das agências de controle social formal (polícia, ministério público, tribunais e presídios). Por isso, que o status de delinquente pressupõe o efeito da atividade das instituições de controle, pois o indivíduo que cometeu a mesma conduta, enquanto não adquirir esse status não será alcançado pela ação daquelas instâncias (Baratta, 2011).

Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'infrator'. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (Becker, 2008, p. 22).

Realizando uma análise técnico-jurídica, constata-se que a Constituição Federal Brasileira estabelece como privativa da União a competência para legislar sobre matérias de direito penal e processo penal³. Desta forma, os membros do Congresso Nacional exercem a função legislativa que compete à União, apresentando projetos de lei na casa iniciadora, Câmara dos Deputados ou Senado Federal. Após a proposição, o projeto passará por comissões que realizarão uma análise técnica, material e formal da lei. Depois disso, o projeto será votado em plenário, se aprovado irá para a casa revisora que discutirá a matéria e poderá propor emendas, as quais, se aprovadas ensejarão o envio do projeto para a casa iniciadora, novamente. Após a aprovação nas duas casas, o projeto será enviado para o Presidente da República sancionar ou vetar, a sanção presidencial encaminha o projeto para a publicação no Diário Oficial da União. Por outro lado, caso seja vetado, o Congresso Nacional pode derrubar o veto presidencial, nesta hipótese, o projeto será encaminhado, mais uma vez, para a Presidência da República proceder a promulgação do projeto de lei (Câmara dos Deputados, 2015).

³ Constituição Federal de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

A função declarada do direito penal é a punição geral e irrestrita de todos aqueles que cometem crimes. Entretanto na própria definição das condutas que serão criminalizadas já ocorre uma seleção daquilo que deve ser considerado criminoso.

A existência de interesses não declarados na criação de leis já é observada desde o Manifesto do Partido Comunista, publicado por Marx e Engels em 1848. Nesse texto, eles analisam o surgimento e o desenvolvimento da burguesia, a qual com o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial conquistou o domínio político exclusivo no Estado moderno, tornando-se a classe dominante. O Estado moderno, naquele momento, era entendido como um comitê que administra os interesses da classe burguesa (Marx; Engels, 2008).

A burguesia, enquanto classe, apoiou-se em meios de produção e de circulação formados na sociedade feudal. Em dado momento, as forças produtivas não se coadunavam com as relações de propriedade. Então apareceu a livre concorrência, a qual trouxe uma organização social e política correspondente, sob o domínio econômico e político da classe burguesa (Marx; Engels, 2008).

Após as revoluções burguesas, a classe detentora do poder econômico também passa a deter o poder político. É importante ressaltar que para os autores, “poder político propriamente dito é o poder organizado de uma classe para dominar a outra” (Marx; Engels, 2008, p. 44).

Desse modo, Marx e Engels na publicação do Manifesto Comunista, defendiam que a sociedade burguesa possui uma concepção própria acerca da liberdade, da educação e do direito. Essas concepções não surgiram da consciência ou de um abstrato mundo das ideias, mas são produtos das relações de produção e de propriedade. Nesse sentido o direito é a mera vontade de classe erigida em lei, vontade determinada pelas condições materiais de vida da própria classe (Marx; Engels, 2008).

Atualmente esse entendimento é corroborado ao ser analisada as últimas décadas de elaboração legislativa de leis penais, processuais penais e de execução penal, tanto no Brasil quanto nos países ocidentais de tradição

romano-germânica. Percebe-se que o surgimento de uma nova lei não é precedido por um estudo prévio dos seus efeitos, havendo total ausência de planejamento e controlabilidade. Esse quadro é agravado pela apresentação de projetos de lei que visam a responder casos emergenciais. Nessas situações, o legislativo movido pela pressão da opinião pública propõe mudanças visando resolver situações surgidas em casos de grande repercussão, esses projetos de lei são alavancados pela demanda midiática, fenômeno denominado “populismo punitivo” (Carvalho, 2010, p. 257-258).

A criação legislativa, portanto, é enviesada e parcial, Marx e Engels (2008, p. 28) já afirmavam que “as leis, a moral, a religião são para ele meros preconceitos burgueses, atrás dos quais se ocultam outros tantos interesses burgueses”.

A criminalização é realizada em dois níveis: o primeiro é engendrado pela atuação legislativa dos parlamentares, criando novos delitos ou recrudescendo suas penas, movidos pelo populismo penal midiático ou por interesses de grupos, a criminalização primária; já a atuação das agências de controle social formal (Polícias, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário) visando realizar o programa da legislação penal, investigar, denunciar, julgar e prender, é a denominada criminalização secundária.

Cabe pontuar que além da clientela preferencial do poder punitivo, dois outros grupos, com muito menos frequência, podem ser selecionados pelo sistema penal: primeiro, as pessoas que mesmo não se enquadrando nos estereótipos tenham agido com tamanha brutalidade que acabaram se tornando vulneráveis – “criminalização por comportamento grotesco ou trágico” e alguém que perdeu uma disputa de poder e acabou deixando sua posição hegemônica, sofrendo uma ruptura na vulnerabilidade – “criminalização devida à falta de cobertura” (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 49).

Karl Marx (2017, p. 78) ao analisar a lei que criminalizou o furto de madeira na Gazeta Renana, afirmou que “até mesmo a coleta de madeira seca do chão é punida com mais rigor do que o furto de madeira, pois ela já é punida ao ser declarada como furto, uma punição que, pelo visto, não é imposta ao próprio furto de madeira”.

Percebe-se que a decisão pela criminalização já é uma forma de punição. A criminalização primária, isto é, a escolha das condutas que serão tipificadas penalmente pelo Legislador, mostra-se como uma forma de punição das pessoas criminalizáveis.

Essa explicitação do sistema penal só foi possível graças às construções teóricas de autores comumente agrupados sob o termo “criminologia crítica”. Para Baratta (2011, p. 209):

esta denominação se refere a um campo muito vasto e não homogêneo de discursos que [...] têm em comum duas características que os distingue da criminologia tradicional: a nova forma de definir o objeto e os termos da questão criminal.

Desse modo, o surgimento da criminologia crítica é identificado como fruto de uma mudança paradigmática nos estudos da criminologia positivista ou tradicional, pois essa se preocupava em estudar o criminoso, desde a anatomia do seu corpo, passando pela sua mentalidade e chegando até o seu comportamento (paradigma etiológico), já aquela se importa com os processos de criminalização, como, por que e quem tem o poder de atribuir o rótulo de criminoso a outras pessoas e quais as condições sociais que possibilitam a utilização desse poder criminalizante (Andrade, 2003; Shecaira, 2012; Baratta, 2011).

4 CONCLUSÃO

Após essa breve análise teórica, constata-se que existe uma diferença de abordagem entre os teóricos da criminologia positivista e os adeptos da criminologia crítica. A Escola Positivista destaca fatores biológicos e sociais na explicação do comportamento criminoso, pautado no paradigma etiológico, o qual busca compreender as origens do crime.

Já a criminologia crítica, ao se pautar no paradigma da reação social, pôde se libertar das causas biológicas do crime, para compreender por que apenas algumas condutas e somente determinadas pessoas são criminalizadas.

Essa diferença foi bem sintetizada por Baratta:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no “labeling approach”, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (Baratta, 2011, p. 88-89).

A criminalização é seletiva em essência, pois definir quais condutas serão crimes dentre a totalidade de ações consideradas inadequadas numa sociedade já é uma forma de selecionar os futuros praticantes de ações típicas e ilícitas. A atuação dos órgãos de controle social formal também é essencialmente seletiva. Seja pela capacidade técnica, pelo quantitativo dos trabalhadores da segurança pública, pela energia disponível para as atividades, pela qualidade dos equipamentos, os órgãos não possuem condições de investigar todos os crimes cometidos, nem todas as pessoas que cometem ilícitos criminais.

Vimos então como a função declarada do direito penal, baseada no princípio da igualdade formal, não se coaduna com a atuação prática legislativa e dos órgãos de controle social formal. Há uma aplicação desigual das leis, corroborada pela influência de fatores sociais, econômicos e raciais na identificação, julgamento e punição das pessoas que cometem crimes.

Desse modo, a seletividade do direito penal não é uma conjectura, mas um fato comprovado pela prática do sistema penal. Por fim, o presente artigo buscou analisar o caráter seletivo do direito penal sob bases marxistas, a fim de que novos estudos possam ser feitos para aprofundamento dessa temática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francis Moraes de. **Heranças perigosas**: arqueogenealogia da “periculosidade” na legislação penal brasileira 2004. 208 f. Dissertação (Mestrado em sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Conheça a tramitação de projetos de lei. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481884-CONHECA-A-TRAMITACAO-DE-PROJETOS-DE-LEI.html>. Acesso em: 21 nov. 2023.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. O direito que nasce do povo. **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 581–588, 2023. DOI: 10.26512/revistainsurgncia.v9i1.46154.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente na sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Brasília: Contraponto, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2006.
- FOULQUIÉ, Paul. **A dialéctica**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1966.
- FRANCE, Anatole. **Le lys rouge**. Paris: Calmann Lévy, 1894.
- MARX, Karl. **Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira**. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2013.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002.

RAMIREZ, Juan Bustos. La criminología. In: RAMIREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto. (Org.). **El pensamiento criminológico vol. 1: un análisis crítico**. Bogotá: Temis, 1983. p. 15-26.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA SAÚDE SUPLEMENTAR ATRAVÉS DA NOTIFICAÇÃO DE INTERMEDIÇÃO PRELIMINAR DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

*THE RESOLUTION OF SUPPLEMENTARY HEALTH CONFLICTS
THROUGH THE NATIONAL HEALTH AGENCY'S PRELIMINARY
INTERMEDIATION NOTIFICATION*

*RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE SALUD COMPLEMENTARIOS
MEDIANTE NOTIFICACIÓN DE INTERMEDIACIÓN PRELIMINAR DE LA
AGENCIA NACIONAL DE SALUD*

Roberta Kelly Silva Souza¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 prevê como o direito à saúde como direito de todos e um dever do Estado, o qual deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Entretanto, a rede pública de saúde muitas vezes é insuficiente, competindo à rede privada, de forma subsidiária, suprir tal insuficiência. Assim, muitos usuários buscam com seus próprios recursos, serviços de saúde. A saúde suplementar atua de forma complementar, por intermédio de prestações a serem adquiridas pelos indivíduos com seus recursos financeiros. A Notificação de Intermediação Preliminar visa solucionar extrajudicialmente os conflitos entre beneficiários e Operadoras de Plano de Saúde.

Palavras-chave: direito à saúde; saúde suplementar; notificação de intermediação preliminar.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Mestra em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino; Especialista em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale pela Università di Pisa, UNIPI, Itália; Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazona; Bacharel em direito pela Universidade Nilton Lins; E-mail: rkellyss@yahoo.com.br.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 provides for the right to health as a right of all and a duty of the State, which must be guaranteed through social and economic policies. However, the public health network is often insufficient, and it is up to the private network, in a subsidiary way, to supply this insufficiency. Thus, many users seek health services with their own resources. Supplementary health works in a supplementary way, through benefits to be acquired by individuals with their financial resources. The Preliminary Intermediation Notification aims to resolve conflicts between beneficiaries and Health Plan Operators out of court.

Keywords: right to health; supplementary health; preliminary intermediation notice.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 establece el derecho a la salud como un derecho de todos y un deber del Estado, que debe ser garantizado a través de políticas sociales y económicas. Sin embargo, la red sanitaria pública es a menudo insuficiente y corresponde a la red privada, de forma subsidiaria, compensar esta insuficiencia. Así, muchos usuarios buscan servicios de salud con sus propios recursos. La asistencia sanitaria complementaria funciona de forma complementaria, a través de prestaciones que deben adquirir los individuos con sus recursos económicos. La Notificación Preliminar de Intermediación tiene como objetivo resolver extrajudicialmente los conflictos entre beneficiarios y Operadores de Planes de Salud.

Palabras clave: derecho a la salud; salud suplementaria; notificación preliminar de intermediación.

Data de submissão: 14/09/2023

Data de aceite: 11/12/2023

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 positivou inúmeros direitos e garantias fundamentais pela primeira vez no país, pois buscou uma maior valorização de direitos fundamentais, inerentes ao ser humano, bem como ressaltou a importância da dignidade humana.

Desta feita, a atual Constituição deu maior visibilidade à saúde, ao prever, em seu art. 196, que o direito à saúde é um direito de todos e, ao mesmo tempo, um dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e

econômicas. A criação do Sistema Único de Saúde – SUS no ano de 1990 e a regulamentação dos planos de saúde de 1998 também foram marcos importantes sobre o assunto.

O art. 199 da Constituição estatui a assistência à saúde como livre iniciativa privada, ou seja, as instituições privadas também poderão participar, de forma suplementar ao SUS e segundo as diretrizes deste, da prestação do serviço de saúde no país, oferecendo prestações a serem adquiridas pelos indivíduos com seus próprios recursos.

A saúde suplementar constitui a atividade que envolve o mercado de planos de saúde de assistência médica de saúde no país e atuará em caso de insuficiência da rede pública de saúde, cabendo à rede privada, de forma subsidiária, suprir tal insuficiência ou poderá explorar por meio de pagamentos efetuado pelos usuários, serviços de saúde, segundo regras de direito privado.

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1988 (Brasil, 1998), dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (Brasil, 2000), que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS constituem marcos legais para a regulação do setor de saúde suplementar.

A Notificação de Intermediação Preliminar – NIP é um procedimento regulatório da ANS que visa a resolução de conflitos entre beneficiários e as Operadoras de Plano de Saúde – OPS, atua como propulsora de ações fiscalizatórias pelo órgão regulador, bem como realiza o monitoramento do mercado de saúde suplementar.

Assim, o presente tema se justifica em razão da necessidade de realizar um estudo acerca da resolução de conflitos extrajudiciais na saúde complementar, uma vez que cada vez é mais crescente a judicialização de demandas da área da saúde.

Da análise do tema proposto, este ensaio aborda a seguinte problemática: como são solucionados os conflitos extrajudiciais entre os beneficiários e as Operadoras de Plano de Saúde através da Notificação de Intermediação Preliminar da ANS?

O presente estudo terá como objetivo geral demonstrar a importância da resolução extrajudicial de conflitos entre os beneficiários e as Operadoras de Plano de Saúde. Oportunamente, menciona-se que o objetivo específico deste trabalho é discorrer acerca Notificação de Intermediação Preliminar da ANS.

Assim, visando alcançar os objetivos supracitados, por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como observando o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda acerca do direito à saúde, o qual está previsto na Constituição Federal de 1988 e é classificado como um direito social, cujo principal intuito é a sua garantia ao grupo, de forma igualitária.

O segundo capítulo, por sua vez, disserta sobre a saúde suplementar, que constitui a atividade que envolve o mercado de plano de saúde de assistência médica de saúde no país e possui grande relevância para uma parcela significativa da população (famílias e empresas), pois atua de forma complementar à rede pública de saúde.

O terceiro capítulo, trata mais especificamente a respeito da NIP, explica-se o trâmite da NIP da ANS e como constitui um modelo importante de solução extrajudicial de conflitos entre beneficiários e Operadores de Plano de Saúde.

Destarte, faz-se necessário o incentivo de resolução extrajudicial de conflitos tanto no âmbito da saúde suplementar, como em outros ramos, tendo em vista que é sabido que cada vez o Judiciário está sobrecarregado de processos que poderiam, em tese, serem solucionados extrajudicialmente.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) representou a conquista de muitos direitos para todos, uma vez que ampliou substancialmente os direitos fundamentais básicos, dentre eles, destaca-se o direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196, como direito de todos e dever do Estado, consolidando os princípios para a criação do Sistema Único de Saúde, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1988).

Ao prever a saúde como um direito social, no art. 6º, a Constituição Federal incluiu o direito à saúde, no rol dos direitos fundamentais. Entretanto, é importante lembrar que tal direito constitui desdobramento do próprio direito à vida, tendo em vista que pressupõe o reconhecimento da sobrevivência digna do indivíduo, assegurado e exigível em face do estado. Logo, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo, mesmo se não houvesse a previsão Constitucional.

Nesse sentido, Serrano (2012) destaca que os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, não podem ser renunciados, tendo em vista que visam a garantia uma vida humana digna, sendo destinados a todo e qualquer ser humano sem restrição.

Assim, enquanto direito social, o direito à saúde ampara não apenas os economicamente vulneráveis, mas sim todas as pessoas, pois constitui em um direito prestacional cujo objetivo é proporcionar a todos os benefícios da vida em sociedade. Com isso, assegurar o direito à saúde pressupõe uma boa gestão política e econômica, por se tratar de um direito que precisa ser prestado no tocante à proteção, recuperação e prevenção da saúde do indivíduo (Fortunato; Botelho, 2021).

Assim, há uma verdadeira dualidade de natureza no direito à saúde, tendo em vista que constitui um direito individual e direito social, que poderá eventualmente gerar questionamentos quanto à modalidade de tutela, coletiva ou individual. Entretanto, tal natureza dúplice não obsta a sua proteção judicial (Maia, 2012).

O art. 196 da Constituição Federal, por sua vez, consagra o princípio da universalidade, o qual diz respeito aos recursos e ações na área de saúde pública, que devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja, deve ser universal. Assim, a universalidade envolve a de cobertura que está relacionada com a proteção de todos os riscos sociais relativos à saúde da

população e a de atendimento, que tem relação direta com as pessoas que serão atendidas quando tiverem qualquer contingência sanitária (Fortunato; Botelho, 2021).

Nesse sentido, são expressamente considerados como de relevância os serviços públicos e as ações relativas à saúde e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, bem como constituem um Sistema Único de Saúde - SUS e organizado de acordo com as diretrizes do art. 198 da Constituição Federal (Brasil, 1988):

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III – participação da comunidade.

O SUS é responsável pela execução das políticas públicas de saúde, mas, observa-se que a demanda é muito maior do que a possibilidade dos cofres públicos, tendo em vista a quantidade de solicitações por medicamentos, cirurgias e tratamentos, bem como em termos de valores, cirurgias, medicamentos e tratamentos caros, os quais nem todos estão cobertos pelo Sistema, e outros não são disponíveis de pronto (Fortunato; Botelho, 2021).

Dessa feita, a Constituição preconizou por um regime de cooperação entre União, Estados e Municípios, que devem, em comunhão de esforços, promover o atendimento à saúde da população. Em que pese, cada uma dessas esferas, possuem a sua competência administrativa definida pela Lei nº 8.080/90, estas esferas devem agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra.

Ademais, o direito à saúde preza pelo acesso universal às prestações de saúde e para todas as pessoas e concomitantemente exige razoabilidade na análise da situação fática da contingência como urgência, emergência ou situação eletiva, ou seja, exige-se planejamento na sua gestão por parte dos gestores públicos e governantes, tendo em vista que o orçamento público é limitado, mas as necessidades humanas são ilimitadas (Fortunato; Botelho, 2021).

Nesse ínterim, o direito à saúde privilegia a igualdade, tendo em vista que as limitações aos comportamentos humanos existem justamente para que todos possam usufruir igualmente das vantagens da vida em sociedade. Com isso, a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também diz respeito a igualdade. Assim, apenas o Estado que garantir tal direito poderá assegurar as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

Entretanto, em muitas oportunidades, o Poder Público é omissivo no cumprimento de prestar o atendimento integral de saúde, o que acarreta uma insuficiência no atendimento das demandas de saúde à população. Assim, diante das limitações e da alta demanda do SUS, muitos cidadãos que possuem condições financeiras optam pela iniciativa privada.

3 A SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA ALTERNATIVA PARA O POVO BRASILEIRO

O direito à saúde é um dever do Estado e está assegurado constitucionalmente para toda e qualquer pessoa no território nacional. Entretanto, o Estado brasileiro ainda está longe de cumprir a integralidade de sua obrigação constitucional, diante do já conhecido enfraquecimento dos serviços do SUS. Por outro lado, é importante destacar que a Constituição prevê que o sistema de saúde é livre para a exploração da iniciativa privada, em seu §1º, do art. 199 “*as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste [...]*” (Brasil, 1988, grifo próprio).

Assim, se trata de campo aberto para a atuação da iniciativa privada, a qual poderá ser por convênio ou contrato, para participar do SUS, caracterizando-se como saúde complementar, o que pressupõe a insuficiência da rede pública de saúde, competindo à rede privada, de forma subsidiária, suprir tal insuficiência. Ou poderá explorar, por meio de pagamento efetuado pelos usuários, com seus próprios recursos, serviços de saúde, segundo as regras de direito privado, tratando, portanto, de saúde suplementar (Dias; Caminha, 2015).

Ademais, a própria Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), dispõe acerca da natureza complementar em art. 24, *in verbis*:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. (Brasil, 1990).

A saúde suplementar faz parte do campo das atividades econômicas em sentido estrito e, portanto, necessita de uma regulamentação que busque equilibrar o desempenho por particulares e as margens de lucro compatíveis, sob pena de afastar os agentes privados de tal setor, acarretando prejuízos aos consumidores, os quais apenas teriam a rede pública como opção, caso não pudessem optar pela saúde suplementar (Dias; Caminha, 2015).

Ademais, a saúde suplementar, tanto quanto o setor de seguros, é responsável pela diluição dos riscos inerentes à vida humana, tendo em vista que sem os seguros, cada indivíduo seria o responsável por sua própria proteção. Assim, com o surgimento do setor securitário, cada atividade possui sua área de concentração, deixando para o setor de seguros a sua especialidade: a administração de riscos. Com isso, os benefícios advindos da especialização e divisão do trabalho suportam e justificam a existência de seguros (Coutinho; Cidrão, 2018).

Dessa forma, com o intuito de proteger a parte mais frágil da relação foi editada a Lei nº 9.656/98 (Brasil, 1998), que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para os contratos a elas anteriores, o Código de Defesa do Consumidor e, antes do referido Código havia os princípios gerais de direito, como a boa fé, a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica e a vedação ao abuso de direito (Dias; Caminha, 2015).

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 (Brasil, 1998), a qual versa a respeito das diretrizes gerais dos planos privados de assistência médica, bem como subordina toda e qualquer atuação do setor privado na esfera da saúde complementar à regulação e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Em 28 de janeiro de 2000, foi publicada a Lei nº 9.961 (Brasil, 2000), a qual criou a ANS, autarquia sob regime especial e vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de saúde suplementar. A ANS possui como objetivo a regulação e fiscalização das atividades das operadoras do sistema privado de assistência médica, promover a promoção da defesa do interesse público no âmbito da saúde suplementar, nos termos da referida lei (Suryan, 2014), bem como inibir práticas lesivas ao consumidor e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor.

Em que pese a ANS possuir extensas atribuições na legislação, principalmente no que diz respeito à competência regulamentar, a autarquia está restrita às atividades técnicas de saúde suplementar, as quais não podem ser usurpadas ou extrapoladas quando da regulamentação do setor.

Assim, a ANS tem como escopo regular o sistema privado de saúde, mas tal regulamentação se confunde com aquela aplicável à defesa geral das atividades que possam afetar a saúde pública, tal como faz a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Assim, ela não regula todos os serviços de saúde, tais como prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas apenas as operadoras de assistência à saúde.

Ademais, a Lei 9.656/98 (Brasil, 1998), que versa dos Planos de Saúde e a Lei 9.961/2000 (Brasil, 2000), que trata do papel e das competências da ANS, bem como a regulamentação editada por esta última e pelo Executivo, atinge diretamente a liberdade de contratar e o objeto dos contratos realizados entre as operadoras e os consumidores.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que dentro de suas competências legais, as Agências Reguladoras, podem regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, podem editar regulamentos respeitando a lei. Entretanto, tal regulamentação, não pode ultrapassar os limites por ela impostos, tendo em vista que não pode inovar na ordem jurídica e nem criar ou extinguir direitos (Gregori, 2019, p. 126).

Outrossim, de acordo com Eduardo Dias e Uinie Caminha (2015, p.93):

Existem no Brasil pouco mais de mil operadoras de planos de saúde, a maioria de pequeno porte e com atuação local. O mercado é concentrado, já que apenas oito operadoras – 8,2% do total – fornecem serviços para 80,3% dos clientes. Na região sudeste do Brasil se concentram 61,5% das operadoras e 65,5% de todos os contratos mantidos. Entre 2002 e 2008 mais de seis milhões de brasileiros ingressaram no sistema privado de saúde, sendo que a proporção da população coberta por tal sistema tem se mantido constante em torno de 25%. Ou seja, alcança por volta de cinquenta milhões de brasileiros.

Diante de tais dados, é possível observar que o setor privado de saúde cresceu consideravelmente nos últimos anos e conseqüentemente foi crescente o número de conflitos entre beneficiários e Operadoras de Plano de Saúde – OPS, pois muitas vezes as operadoras focam enquanto vão ganhar, e, para isso, minimizam seus custos restringindo serviços (Gregori, 2019).

Acerca do número crescente de judicialização da saúde suplementar, Maria Gregori (2019, p. 130) destaca os dados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] esse Tribunal julgou, em 2017, 30.117 ações contra planos de saúde. Sendo que, em 2011, o número de ações atingiu a casa dos sete mil, ou seja, houve um crescimento de 329% em sete anos. A cidade de São Paulo é a que concentra mais da metade dos processos no Estado, das mais de 12 mil decisões do Tribunal, 53,6% são da capital. Nas decisões analisadas, 88% são favoráveis ao paciente, sendo acolhido integralmente o seu pedido. O motivo das decisões judiciais é quase sempre relacionado à exclusão de cobertura ou negativas de atendimento, com 40% dos processos, seguido de reajuste de mensalidade, com 24%. Ainda segundo o levantamento, o número de decisões judiciais cresce em ritmo mais acelerado do que a evolução da população que tem planos de saúde, o que pode ser preocupante. [...]

Destarte, observa-se muitas vezes o descaso por parte das OPS quanto à comunicação com os profissionais de saúde e os segurados, os quais, encontram-se fragilizados em razão da enfermidade que os acomete ou de seus familiares, sentem-se emocionalmente e financeiramente fragilizados diante das recusas das OPS no atendimento das solicitações enviadas pelos profissionais de saúde responsáveis pelo paciente. É nesse momento que, com o receio de que o tratamento não se realize, ou que comece tardiamente, acarretando prejuízo à saúde do beneficiário, que este recorre ao Poder Judiciário, para garantir seu tratamento e amenizar a sua dor (Bôas; Lima, 2016).

Assim, por ser uma relação de consumo diferenciada, pois afeta um bem constitucionalmente indisponível que é a vida, muitos beneficiários buscam o Judiciário para proteger seus interesses. No entanto, é sabido que a judicialização não é a alternativa mais adequada para garantir os direitos à saúde, tendo em vista que a possível demora do Poder Judiciário poderá causar danos irreparáveis, em alguns casos, aos beneficiários.

4 A NIP DA ANS COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE BENEFICIÁRIOS E PLANO DE SAÚDE

As OPS ao fazerem parte do mercado securitário, resulta na transferência do risco mediante pagamento. Com isso, como mencionado no capítulo anterior, poderão ocorrer conflitos entre beneficiários e as operadoras. Assim, com o objetivo de auxiliar na resolução de conflitos entre beneficiários e OPS foi instituída a Notificação de Intermediação Preliminar – NIP pela ANS no ano de 2008, através de um projeto piloto com algumas operadoras de planos de saúde que foram voluntárias.

A NIP foi normatizada através da Resolução Normativa nº 226 de 2010 da ANS (Ministério da Saúde, 2010) e manteve o caráter voluntário de adesão por parte das OPS, bem como restrita às reclamações de consumidores que relatassem negativas de cobertura assistencial. Destaca-se que nessa resolução, a sigla NIP significa Notificação de Investigação Preliminar e difere completamente do que se entende da notificação atualmente (Freire; Tostes, 2021).

Em 2013, através da Resolução Normativa nº 343 da ANS (Ministério da Saúde, 2013), a notificação passou a ser obrigatórias para as OPS e a sua atuação foi ampliada para todos os casos reclamados pelos beneficiários. A mencionada resolução entrou em vigor apenas em março de 2014, alterou a nomenclatura da ferramenta, a qual passou a ser denominada como Notificação de Intermediação Preliminar, termo utilizado atualmente, reforçando o caráter pré-processual e de instrumento de resolução de conflitos.

Posteriormente, a Resolução Normativa nº 388 da ANS (Ministério da Saúde, 2015), de 25 de novembro de 2015, ampliou e dinamizou o alcance da NIP. Em 1º de abril de 2019, a Resolução Normativa nº 444 da ANS (Ministério da Saúde, 2019), aperfeiçoou o mecanismo, sendo essas normas as que versam sobre a matéria até os dias atuais.

Assim, a NIP é classificada como fase pré-processual, tendo em vista que não comporta a estrutura de um processo administrativo em sentido estrito, com os elementos do contraditório e ampla defesa assegurados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de um procedimento extrajudicial.

É importante esclarecer que a NIP não constitui um meio para uma sanção a ser aplicada pela ANS, mas sim um meio de monitoramento do mercado realizado pela ANS através da NIP, a fim de se reduzir a assimetria de informação no setor. Assim, através das informações direcionadas à ANS é possível conhecer o comportamento do mercado e das operadoras individualmente, inclusive para avaliar e determinar ações visando correção de conduta.

Desta feita, o desenvolvimento pela ANS, de uma ferramenta que serve também para o monitoramento de mercado, através de informações, que independem do interesse dos regulados, as quais são alimentadas por reclamações dos beneficiários, resulta em um instrumento de baixo custo para a busca de informação pela ANS (Freire; Tostes, 2021).

Ademais, as NIPs podem ser classificadas em NIP assistencial e NIP não assistencial. A assistencial é utilizada quando a notificação tiver como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial, nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, da Resolução Normativa nº 388 da ANS (Ministério da Saúde, 2015). A não assistencial é aquela que terá como referência outros temas que não a cobertura assistencial, desde que o beneficiário seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de intermediação, conforme o art. 5º, parágrafo único, inciso I, da referida Resolução.

Atuam no procedimento da NIP: o beneficiário, que é aquele que aderiu a um plano de saúde e teve algum recurso negado pela operadora, a operadora, que é a pessoa jurídica responsável por oferecer e prestar serviços relacionados

a planos de saúde e a ANS, que é órgão público responsável por receber demandas dos beneficiários e que irá solucionar e mediar o conflito.

A NIP possui 3 (três) fases pré-processuais que são realizadas exclusivamente em ambiente eletrônico, quais sejam, intermediação preliminar, classificação da demanda e classificação residual de demanda. A primeira fase consiste na notificação da operadora para que adote as medidas necessárias para a solução da demanda junto ao consumidor, no prazo de 5 (cinco) dias úteis em questões assistenciais, seguido de mais 5 (cinco) dias úteis para apresentação de resposta à ANS. Quando a NIP for não assistencial, o prazo será de 10 (dez) dias úteis para a solução da demanda, finalização com o cliente e retorno à ANS. Em ambos os casos a OPS deverá demonstrar a solução da demanda ou o não cabimento. A demanda será considerada como resolvida quando ao final desses prazos, o reclamante informar a solução da questão, ou quando, mesmo após notificado, deixar de se manifestar sobre o caso (Freire; Tostes, 2021).

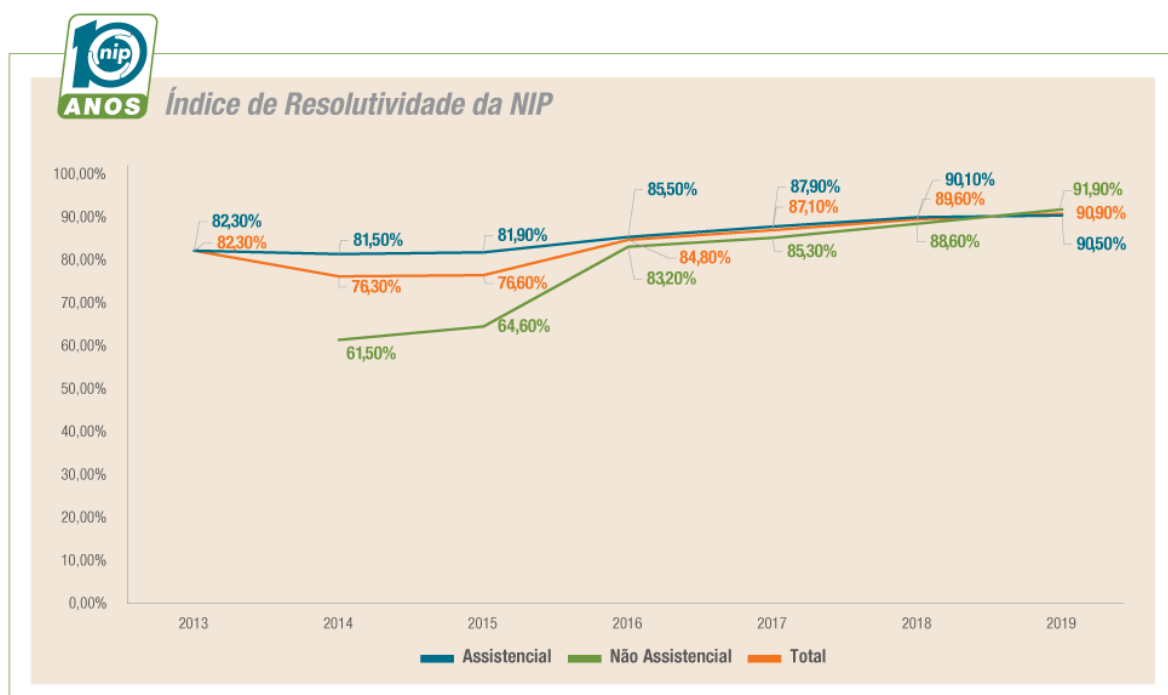
Ato contínuo, após a finalização da fase de intermediação, as demandas supervenientes seguem para a fase de classificação, as quais podem se enquadrar nas seguintes hipóteses, conforme o previsto no art. 14 da Resolução Normativa nº 388 da ANS (Ministério da Saúde, 2015): sem indício de infração, resolvida por reparação voluntária eficaz, não resolvida, beneficiário não pertence à operadora reclamada, demanda duplicada, ausência de elementos mínimos de identificação, e agente regulado não responsável. Em seguida, todas aquelas demandas classificadas como não resolvidas serão encaminhadas para os fiscais da ANS, que podem, ao recebê-las, efetuar sua reclassificação (terceira fase da NIP), motivadamente, para alterar inclusive a tipificação apontada anteriormente, de acordo com o art. 16 da referida Resolução.

Assim, o processo administrativo sancionador será instaurado através da lavratura do auto de infração, após a conclusão das etapas mencionadas anteriormente, com a finalidade de apurar a ocorrência de infração a dispositivos legais ou infralegais disciplinadores do mercado de saúde suplementar. Tal processo administrativo obedecerá ao rito previsto na Resolução Normativa nº

388 da ANS (Ministério da Saúde, 2015) e poderá ao final, acarretar a aplicação de sanção ao regulado.

A implantação da NIP pela ANS modificou de maneira substancial a forma de como o consumidor entra em contato com a agência para resolver seus problemas, pois mesmo que órgão sempre tenha disponibilizado central de atendimento através de 0800 e atendimento presencial em núcleos espalhados pelo país, as reclamações não eram respondidas de forma ágil ao consumidor reclamantes, tendo em vista que geravam longos processos individualizados (Freire; Tostes, 2021).

Os dados acerca da resolutividade da NIP estão disponíveis ao público no sítio da ANS, sendo reproduzidos abaixo o período de 2013 a 2019²:



² Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude>.

Acesso em: 12 jan. 2022.

Diante dos dados apresentados, é possível verificar uma solução pacífica do conflito em um índice superior a 90% (noventa por cento), através deste canal público e gratuito de conciliação, podemos observar que ela se revela como um excelente mecanismo para a solução extrajudicial célere dos conflitos.

Desta feita, diversos são os fatores que contribuem para o alto grau de resolução de conflitos via NIP, tendo em vista que caso não seja resolvida a questão e a conduta for irregular do ponto de vista regulatório, através de posterior processo administrativo sancionador instaurado pela diretoria de Fiscalização da ANS, a OPS possivelmente será responsável em âmbito administrativo, com aplicação de sanções, sendo a mais comum a pecuniária. Assim, segundo Simone Freire e Eduardo Tostes (2021, p. 69):

[...] Além da contabilização negativa para fins de monitoramento do mercado, que pode resultar nas medidas de suspensão de comercialização de novos produtos até que seja equilibrada sua situação no mercado, a NIP também influencia outras relevantes atividades regulatórias que não foram abordadas nesse artigo: a quantidade de reclamação das operadoras é usada no cálculo do indicador de fiscalização, que, a cada seis meses, pode incluir a empresa no programa de Intervenção Fiscalizatória, uma atuação proativa e mais contundente da ANS; o número de reclamações de beneficiários é o insumo para o cálculo do Índice Geral de Reclamações – IGR, que fica disponibilizado no site da Agência para consulta por parte dos consumidores sobre a posição das operadoras nesse ranking; a NIP é insumo do programa de monitoramento do risco assistencial das operadoras; e, por fim, também é componente do indicador do indicador do Índice de Desempenho da Saúde Suplementar – IDSS, uma importante ferramenta que permite a comparação das operadoras de planos de saúde, com o objetivo de fomentar a concorrência. Para além do ambiente regulatório, podemos afirmar que, para as empresas, há redução ou ao menos contenção de custos administrativos e operacionais na resolução de conflitos com seus usuários de maneira rápida e extrajudicial.

Assim, é possível notar que existem incentivos positivos e negativos para que as operadoras resolvam de maneira eficaz os problemas do consumidor recepcionados pela ANS, por intermédio da NIP, mesmo as matérias serem restritas às normas regulatórias e aos contratos firmados entre as partes.

Desta feita, a ferramenta implementada e desenvolvida pela ANS tem apresentado resultados positivos e eficazes na resolução de conflitos entre usuários e OPS e, portanto, poderia ser ampliada e implementada por outras zonas de não regulação e abrangência da Agência, tendo em vista que poderia

em tese, desafogar muitas demandas judiciais, as quais poderiam ser resolvidas por via administrativa.

5 CONCLUSÃO

O direito à saúde está diretamente relacionado com a manutenção da vida e a dignidade humana, tendo em vista que assegurada uma boa condição de vida é possível manter e prezar por uma boa saúde. Tal direito está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo atribuído ao poder público, a sua proteção, recuperação e promoção, mediante políticas públicas.

O art. 199, caput, da Constituição Federal deixou aberto para a atuação da iniciativa privada na prestação dos serviços de saúde, a qual poderá ser por meio de convênio ou contrato para participar do sistema público de saúde, tratando-se, nesse caso, de saúde complementar ou poderá ser suplementar, quando seguir as regras do direito privado, e por meio de pagamento efetuado pelos usuários, com seus próprios recursos, serviços de saúde.

A Notificação de Intermediação Preliminar da Agência Nacional de Saúde constitui um modelo eficiente de solução extrajudicial do conflito entre beneficiários e Operadoras de Planos de Saúde e de fácil implementação, uma vez que se trata de um modelo não oneroso de ser implementado, e independe da vontade das empresas reguladas para se ter sucesso.

Os beneficiários e as OPS devem interagir, constantemente, através de diálogos, para que seja evitado a formação de conflitos e a conseqüente busca de solução destes junto ao Poder Judiciário, pois por intermédio do diálogo é possível a solução mais rápida do litígio, tendo em vista que se trata do direito fundamental social à saúde que é essencial à vida digna da pessoa humana.

Os litígios sobre planos de saúde são responsáveis por grande volume dos processos que tramitam nos tribunais brasileiros. Portanto, os métodos alternativos para solução de conflitos são ferramentas que devem ser fortalecidas e aperfeiçoadas para minimizar os efeitos danosos da chamada “judicialização da saúde”.

Portanto, faz-se urgente a divulgação e ampliação da NIP, para que os beneficiários tenham conhecimento desse instrumento alternativo de solução de conflitos no setor de saúde suplementar, para que haja uma solução eficaz das demandas e conseqüentemente uma melhora na prestação dos serviços fornecidos pelas OPS.

REFERÊNCIAS

ANS celebra 10 anos da NIP, ferramenta para resolução de conflitos entre beneficiários e planos de saúde. **Agência nacional de saúde suplementar**. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BÔAS, Regina Vera Villas; LIMA, Andréia Maura Bertoline Rezende de. A saúde suplementar no Brasil: a falta de diálogo entre a seguradora e o segurado comprometendo a concretização do direito social à saúde e a efetividade da relação entre o paciente e o profissional de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 229-247, jul./ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 8 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 8 jan. 2022.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A regulação da saúde suplementar no Brasil: perspectivas e ameaças. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 329-342, dez. 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial.

Direitos fundamentais & justiça, Rio Grande do Sul, ano 9, n. 31, p. 80-109, abr./jun. 2015.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Descompasso na saúde pública: o acesso à justiça e a judicialização versos o direito à saúde na Constituição de 1988. **Prisma jurídico**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 153-172, jan./jun. 2021.

FREIRE, Simone Sanches; TOSTES, Eduardo Chow de Martino. A NIP da ANS e a eficiência administrativa na resolução de litígios da saúde complementar. **Revista estudos institucionais**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 54-72, jan./abr. 2021.

GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1004, p. 123-143, jun. 2019.

MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 84, p. 197-221, out./dez. 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução normativa nº 226, de 5 de agosto de 2010**. 2010. Institui o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar – NIP e altera a redação do art. 11 da Resolução Normativa nº 48, de 19 de setembro de 2003. Disponível em

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2010/res0226_05_08_2010.html

. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. **Resolução normativa nº 343, de 17 de dezembro de 2013**. 2013.

Regulamenta a forma de processamento das demandas de reclamação; o procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar – NIP; altera a Resolução Normativa – RN nº 48, de 19 de setembro de 2003; e revoga a RN nº 226, de 5 de agosto de 2010. Disponível em

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2013/res0343_17_12_2013.html

. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. **Resolução normativa nº 388, de 25 de novembro de 2015**. 2015.

Dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias. Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/33345888/do1-2015-11-26-resolucao-normativa-rn-n-388-de-25-de-novembro-de-2015-33345797.

Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. **Resolução normativa nº 444, de 1º de abril de 2019**. 2019. Altera a Resolução Normativa – RN nº 388, de 25 de novembro de 2015, que dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde

Suplementar – ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias; e altera a Resolução Normativa – RN nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2019/res0400_03_04_2019.html. Acesso em: 9 jan. 2022.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SURYAN, Jaqueline. **O direito constitucional à saúde e o sistema de saúde complementar**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1004, p. 123-143, jun. 2019.

A INDETERMINAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA VIA ABERTA PARA O ARBÍTRIO NO PROCESSO PENAL

THE INDETERMINACY OF THE MAXIMUM TERM OF PRE-TRIAL DETENTION: AN OPEN ROAD TO ARBITRARINESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

LA INDETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: UNA VÍA ABIERTA A LA ARBITRARIEDAD EN EL PROCESO PENAL

Pedro Postal¹
Felipe Lazzari da Silveira²

RESUMO

O presente artigo problematiza a ausência de um prazo legal determinado para a duração da prisão preventiva no Brasil e suas imbricações com o arbítrio no processo penal. Elaborado através de pesquisa bibliográfica sobre o tema, e de uma análise histórica e contemporânea da estrutura legal do processo penal brasileiro, bem como da racionalidade inquisitória e da cultura punitivista que predominam no campo processual, o trabalho tem como objetivo demonstrar que a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva possibilita a concretização do arbítrio no campo processual e, por conseguinte, a ocorrência de violações de direitos fundamentais. Por meio de consultas aos diplomas estrangeiros, o artigo também apresenta uma análise comparativa com a legislação brasileira, demonstrando que o estabelecimento de um prazo adequado para a prisão processual é viável. Para corroborar a hipótese de que a ausência de um prazo máximo definido para a duração da prisão preventiva é uma via aberta para o arbítrio, o artigo apresenta em seus tópicos, respectivamente, alguns apontamentos importantes sobre a prisão preventiva; uma problematização sobre as peculiaridades da processualística penal brasileira; uma análise sobre a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva; e um cotejo da legislação internacional, indicando que a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva é possível e

¹ Mestrando em Política Social e Direitos Humanos na UCPEL; Advogado.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Professor do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da UCPEL; Advogado.

urgente, tendo em vista que tal medida pode obstar o arbítrio e violações de direitos.

Palavras-chave: Processo Penal; Prisão Preventiva; Prazo; Autoritarismo.

ABSTRACT

This article problematizes the absence of a legal deadline for pre-trial detention in Brazil and its imbrications with arbitrariness in criminal proceedings. Prepared through bibliographical research on the subject, and a historical and contemporary analysis of the legal structure of the Brazilian criminal process, as well as the inquisitorial rationality and punitivist culture that predominate in the procedural field, the work aims to demonstrate that the legal omission in relation to the length of pre-trial detention makes it possible for arbitrariness to materialize in the procedural field and, consequently, for violations of fundamental rights to occur. By consulting foreign legislation, the article also presents a comparative analysis with Brazilian legislation, demonstrating that establishing an appropriate time limit for pre-trial detention is feasible. In order to corroborate the hypothesis that the absence of a defined maximum term for pre-trial detention is an open door to discretion, the article presents, respectively, some important points about pre-trial detention; a problematization of the peculiarities of Brazilian criminal procedure; an analysis of the legal omission in relation to the length of pre-trial detention; and a comparison of international legislation, indicating that setting a maximum time limit for pre-trial detention is possible and urgent, given that such a measure can prevent arbitrariness and violations of rights.

Keywords: Criminal Procedure; Preventive Detention; Term; Authoritarianism.

RESUMEN

Este artículo problematiza la ausencia de un plazo legal fijo para la prisión preventiva en Brasil y sus imbricaciones con la arbitrariedad en el proceso penal. Elaborado a partir de investigaciones bibliográficas sobre el tema y de un análisis histórico y contemporáneo de la estructura jurídica del proceso penal brasileño, así como de la racionalidad inquisitorial y de la cultura punitiva que predominan en el campo procesal, el trabajo pretende demostrar que la omisión legal en relación a la duración de la prisión preventiva posibilita la realización de arbitrariedades en el campo procesal y, consecuentemente, la ocurrencia de violaciones de derechos fundamentales. Consultando legislaciones extranjeras, el artículo también presenta un análisis comparativo con la legislación brasileña, demostrando que el establecimiento de un plazo adecuado para la prisión preventiva es viable. Para corroborar la hipótesis de que la ausencia de un plazo máximo definido para la prisión preventiva es una puerta abierta a la discrecionalidad, el artículo presenta, respectivamente, algunos puntos importantes sobre la prisión preventiva; una problematización

de las peculiaridades del proceso penal brasileño; un análisis de la omisión legal en relación a la duración de la prisión preventiva; y una comparación de la legislación internacional, indicando que el establecimiento de un plazo máximo para la prisión preventiva es posible y urgente, dado que tal medida puede evitar arbitrariedades y violaciones de derechos.

Palabras clave: Procedimiento Penal; Detención Preventiva; Plazo; Autoritarismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo problematizar a ausência de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva e as imbricações dessa omissão legal com o arbítrio no processo penal. De início, cumpre esclarecer que este esforço teórico não tem a pretensão de esgotar o tema ou indicar um prazo definitivo, uma vez que a fixação desse prazo demanda discussões mais profundas que considerem os pormenores da estrutura processual vigente, dos prazos de outros atos processuais e até mesmo das questões organizacionais que envolvem o Poder Judiciário, o que seria inviável diante do formato do presente trabalho. No entanto, considerando que essa lacuna viabiliza o arbítrio e situações caracterizadas por graves violações de direitos humanos (Silveira; Castilhos, 2016), entendemos que a problematização proposta no trabalho se justifica pelo seu potencial de fomentar a discussão e de fornecer subsídios para novos estudos sobre o tema.

Para tanto, para além das peculiaridades do exercício do poder punitivo estatal, faz-se indispensável analisar os meandros da cultura punitivista arraigada no Sistema de Justiça Criminal (e na sociedade brasileira) de modo a esclarecer a relação desses fatores com o cenário de indefinição em relação ao prazo da prisão preventiva. Não se deve esquecer que a espetacularização dos delitos pelos meios de comunicação e a criação de estereótipos enquadrados na figura do “inimigo público”, dinâmicas que engendram insegurança, desejo por vingança e expectativas pela punição massiva dos “indesejáveis” (Budó, 2013), refletem sobremaneira no âmbito da prisão preventiva que, por ter a imediatidade como característica, acaba sendo percebida pelo senso comum

como uma solução para o problema da criminalidade. Curial reconhecer que, em uma conjuntura autoritária marcada pela banalização do encarceramento provisório, a ausência de preocupações mais contundentes com o prazo de duração da segregação cautelar, apesar de lamentável, é bastante coerente.

Essencial gizar que o quadro brasileiro torna-se mais favorável ao arbítrio, o qual é muito bem representado pela relativização do excesso de prazo na prisão preventiva, em decorrência do próprio modelo processual penal brasileiro. É o modelo de processo autoritário estabelecido pelo Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, considerado por Miranda Coutinho (2018) uma “copia mal feita” do *Codice Rocco*, isto é, do Código de Processo Penal do Regime Fascista de Mussolini, que viabiliza a materialização da cultura punitivista na prática forense. A habilidade dos juristas alinhados ao tecnicismo jurídico e ao fascismo, especialmente de Vincenzo Manzini, em rearranjar os paradigmas inquisitórios maquiando-os sob os paradigmas da tradição jurídica liberal, obviamente que despidos de substancialidade, permitiu a criação de um modelo de processo penal nefasto, cuja operacionalidade ainda vigora no Brasil.

O plano prático autoriza a inferir que a duração razoável da prisão preventiva é compreendida de modo demasiado subjetivo, tendo em vista que as decisões sobre o tema, tanto as que relativizam o excesso de prazo da segregação quanto as que reconhecem a ilegalidade nesses casos, são construídas através de valorações axiológicas, ou seja, de juízos de valor que não encontram guarida na lei e na teoria das medidas cautelares, e que seguidamente são fundamentadas simplesmente em retóricas que cotejam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de modo equivocada, contrárias ao prisma constitucional. Reside aí o potencial da orientação tecnicista-fascista (que predomina no campo), cuja matriz é inquisitorial: viabilizar o autoritarismo processual encapsulado em uma roupagem garantista.

Exposta a problemática, fundamental destacar que a hipótese que norteou o presente artigo, elaborado através de pesquisa bibliográfica e documental, é a de que a ausência de definição legal quanto ao prazo máximo

de duração da prisão preventiva viabiliza o arbítrio no processo penal e, por consequência, graves violações de direitos fundamentais.

Tencionando proporcionar ao leitor a melhor compreensão de seu conteúdo, o artigo foi estruturado em tópicos que apresentam, respectivamente, alguns apontamentos importantes sobre a prisão preventiva; uma problematização sobre as peculiaridades da processualística penal brasileira; uma análise sobre a omissão legal em relação ao prazo de duração da prisão preventiva; e um cotejo da legislação internacional, indicando que a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva é possível e urgente, tendo em vista que tal medida pode obstar o arbítrio e violações de direitos.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

Por ser decretada sempre antes da sentença definitiva, a prisão preventiva, na realidade, consiste no aprisionamento de uma pessoa inocente. Por isso, a medida sempre estará em tensão com o Princípio da Presunção de Inocência³. As medidas cautelares, voltadas à proteção do processo e de seu curso regular, podem, em circunstâncias excepcionais, resultar na restrição da liberdade de um indivíduo, mesmo que ainda não tenha sido condenado definitivamente por uma sentença penal transitada em julgado. Este equilíbrio entre a tutela processual e a proteção dos direitos individuais denota a complexidade do tema e a dificuldade de se tutelar a liberdade do imputado, conforme preconiza o prisma democrático.

A prisão antes que uma sentença penal condenatória tenha transitado em julgado é considerada a "*ultima ratio*" do sistema de medidas cautelares (Giacomolli, 2013; Lopes Jr., 2021). Esse termo indica que essa medida deve

³ Art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)".

ser a última opção a ser considerada. Essa abordagem está alinhada com a estrutura de um Estado Democrático de Direito, onde a ordem jurídica é fundamentada no respeito à dignidade da pessoa humana⁴ e na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Ao examinarmos a Constituição, mais especificamente o artigo 5º, inciso LVIII, podemos perceber a natureza excepcional da prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. De acordo com Nereu José Giacomolli (2016, p. 421), essa abordagem vai além da concepção medieval que via a prisão como uma obrigação, indicando que o aprisionamento antecipado não deve ser tratado como uma antecipação da tutela penal material. Seguindo o raciocínio do jurista, a decisão de decretar a prisão preventiva antes de buscar outras alternativas para assegurar o deslinde do feito consagra a prisão como a primeira opção, o que vai contra as disposições de tratados internacionais, da Constituição Federal e das leis ordinárias.

Na tentativa de melhorar esse cenário, o sistema de medidas cautelares no Brasil passou por adaptações para alinhar-se aos padrões internacionais, redefinindo a prisão processual como uma opção extremamente excepcional. A sua admissibilidade ocorre somente quando não há alternativas viáveis de medidas cautelares, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal. Destacam-se as alterações no artigo 282, §3º e §6º⁵, que ressaltam a

⁴ Art. 1º da Constituição da República de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

⁵ Art. 282 do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional; (...) §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por

necessidade de respeitar o contraditório ao impor medidas cautelares, com exceções em casos de urgência ou risco de ineficácia, exigindo justificativa expressa. Adicionalmente, fica evidente que a prisão preventiva só deve ser aplicada se não houver substituição por outra medida menos prejudicial. Essas mudanças buscam estabelecer um sistema mais alinhado aos padrões internacionais, priorizando restrições à liberdade somente quando estritamente necessário.

Porém, no Brasil, nos deparamos com uma realidade diferente, visto que a prisão preventiva parece ser a regra e não exceção, já que é decretada de modo vulgarizado (Vasconcellos, 2015).

Para compreender melhor o objetivo deste trabalho, é crucial examinar os dados fornecidos pelo SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) entre julho e dezembro de 2020. Nesse período, mais de 650 mil pessoas estavam detidas em prisões superlotadas e insalubres. Além disso, mais de 30% desse total eram presos provisórios. Em 2023, esse quantum foi reduzido para 27,96%, no entanto, em um regime democrático, esse índice ainda deve ser considerado elevado. Esses números destacam a magnitude do problema enfrentado pelo sistema prisional, fornecendo uma visão abrangente do contexto que este trabalho busca abordar (DEPEN, 2023).

O cenário carcerário atual no país é preocupante, com um aumento constante no número de pessoas presas provisoriamente. Isso está relacionado, em grande parte, ao modo como a prisão preventiva é regulamentada e à cultura jurídico-penal que influencia a interpretação dessa medida por muitos juízes.

Ao analisar o fenômeno do aprisionamento cautelar em nosso continente, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 109) ponderou que, uma vez posto em marcha essa prática punitiva, “todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos”.

outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”. (Brasil, 1941).

As prisões, historicamente, cumprem a função de administrar a miséria, de conter ou neutralizar os indivíduos excluídos e/ou inadaptados ao modo de vida imposto pela sociedade de mercado (De Giorgi, 2006; Wacquant, 2011; Aniyar de Castro; Codino, 2017; Zaffaroni, 2022). Neste sentido, levando-se em consideração que a grande parte da massa carcerária é formada pelas classes menos favorecidas, a ausência de políticas públicas sociais pode despertar a ação repressiva estatal por meio do encarceramento preventivo sob pretexto do abalo à ordem pública. Ao contrário do que é dito pelos setores punitivistas, o processual penal não tem como finalidade assegurar a segurança pública. Na democracia, o processo penal deve viabilizar a tutela da liberdade do cidadão acusado, isto é, evitar que inocentes sejam submetidos às medidas constritivas ou condenados injustamente (Lopes Jr., 2020).

Para melhor compreender como deve se dar o manejo da prisão preventiva, especialmente as hipóteses de decretação ou não do instituto, é relevante cotejar o exposto nos dispositivos legais pertinentes. Nos termos do artigo 311 do CPPB, a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, quando houver necessidade. Já o artigo 312 do mesmo diploma legal dispõe sobre os requisitos autorizadores da prisão preventiva, isto é, sobre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Em resumo, esse dispositivo preconiza que a prisão preventiva poderá ser decretada somente quando restarem demonstrados nos autos os indícios suficientes de autoria e o perigo que a liberdade do imputado representa para o processo.

Não obstante, após a introdução do parágrafo 6º, do artigo 282, a qual deveria efetivar a ideia de que a prisão preventiva é uma medida excepcionalíssima, na prática, pouca coisa mudou, e o instituto segue sendo usada de forma desmedida de modo a produzir graves violações de direitos fundamentais, principalmente da presunção de inocência.

Importante lembrar que, mesmo sendo um dos princípios basilares do direito democrático, a presunção de inocência não é absoluta. A consagração deste princípio não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias. No entanto, sua supressão em um caso específico demanda o

respeito às regras estabelecidas pelo sistema de medidas cautelares (Moraes, 2010).

Considerando a quantidade de prisões preventivas decretadas no país, bem como as pesquisas que escancaram os motivos e fundamentos utilizados para justificar as constrições, decretadas na maioria das vezes com base na Garantia da Ordem Pública, que é um fundamento problemático por sua vagueza semântica e abertura (Câmara, 2011; Choukr, 2011; Prado, 2011), e que serve como uma via aberta ao autoritarismo processual (Chaves, 2020), é possível deduzir que o princípio/garantia da presunção de inocência é pouco respeitado.

Diante das ponderações apresentadas, torna-se evidente que os limites impostos pela legislação revelam-se insuficientes para conter potenciais abusos na aplicação da prisão preventiva. As distorções, provenientes tanto da estrutura normativa quanto da arraigada cultura processual autoritária, extrapolam o escopo jurídico, emergindo de uma realidade mais abrangente e intrincada. Nesse contexto, a prisão preventiva encontra-se vulnerável à influência do autoritarismo que permeia o sistema penal. Portanto, urge a necessidade de revisitar e aprimorar as bases legais e processuais, visando assegurar uma aplicação mais equitativa e justa da prisão preventiva, em consonância com os princípios fundamentais de um Estado de Direito.

3 RACIONALIDADE INQUISITÓRIA E CULTURA PUNITIVISTA: PECULIARIDADES DA PROCESSUALÍSTICA PENAL BRASILEIRA

O sistema de justiça criminal brasileiro, assim como os sistemas de justiça dos outros países ocidentais, historicamente, sempre teve o autoritarismo em sua essência (Paliero, 2011). Importa-nos, porém, utilizando como recorte o campo processual penal, identificar os meandros do autoritarismo e de seus impactos na cultura punitiva do período do Estado Novo em diante, uma vez que foi naquela quadra histórica, especificamente diante da introjeção da processualística penal tecnicista-fascista, que o

punitivismo brasileiro adquiriu características e assumiu muitas das premissas que lhe servem de sustentáculo no contexto hodierno.

Conforme já mencionamos, uma das principais inspirações do nosso Código de Processo Penal foi o Código de Processo Penal Italiano de 1931, o *Codice Rocco*, elaborado em pleno regime fascista e estruturado, originariamente, sobre as bases do sistema inquisitório (Gloeckner, 2018; Silveira, 2021). A partir da escolha e da aceitação desse modelo processual (que segue vigente), já se pode perceber a tendência político-criminal que perdura até hoje, a qual muitos estudiosos consideram uma tradição de resolver conflitos sociais por meio da violência do sistema penal (Misse, 2023).

A racionalidade autoritária (relacionada ao funcionamento do Estado e também do processo penal) que retumba no contexto hodierno foi engendrada a partir das ideias de pensadores como Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Alberto Torres e Francisco Campos, que na virada para o século XX, exerceram grande influência no meio político, acadêmico e na imprensa. Importante consignar que, o pensamento autoritário brasileiro não foi cunhado e difundido às escondidas, sorrateiramente, mas às claras, através de livros, colunas de jornais, conferências, etc., diante dos olhos da sociedade brasileira, que sempre demonstrou simpatia pelos valores ali construídos (Silveira, 2021).

Na obra “O Estado Nacional”, Francisco Campos (1940, p. 128) sustentou que o já concluído projeto de Código de Processo Penal resultava de um imperativo da Constituição de 1937, existente na de 1934, porém não realizado. Segundo ele, impunha-se o afeiçoamento do processo penal “ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado”, pois as leis então vigentes de processo penal asseguravam aos réus, ainda que presos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, “um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade”.

Por sua forte inspiração fascista, o primeiro conceito afetado pelo coroamento das categorias juspublicísticas foi o de ação penal, que, logo, representará conceitos da escola italiana, frisa-se o objeto do delito reconstruído (por Arturo Rocco), justifica-se a existência de um direito subjetivo

de punir (o *jus puniendi*) a ação seria compreendida como um mecanismo de atuação do direito material. Através deste “direito subjetivo”, o processo penal passa a ser interpretado como um conflito entre dois interesses: o direito à liberdade do indivíduo e o direito do Estado a punir o violador da norma. Operados em solo especialmente italiano (e igualmente no alemão), a consequência do crime não é a pena, mas o direito subjetivo de punir, que por sua vez, como escreveu Arturo Rocco, estava baseado em um direito de obediência do súdito ao Estado. E, como sabido, uma das ideias norteadoras para a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 era dar maior eficácia ao direito penal, o que implicaria em um processo que fosse uma resposta da defesa social, conduzindo a construção de uma pretensão punitiva, ou “exigência punitiva” (Gloeckner, 2018, p. 368-373).

Seguindo as noções do professor Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018, p. 399), a natureza da prisão em flagrante, na estrutura original do código de processo penal era a de uma “punição antecipada”, levando-se em consideração, a estreita limitação dos casos de cabimento da liberdade provisória. Portanto, a ampliação da prisão em flagrante, na estrutura do código de processo penal de 1941 era consentânea com a mesma expansão vislumbrada na Itália. Desta maneira, o código não apenas ampliou os casos de cabimento das prisões, como limitou as hipóteses de concessão da liberdade provisória.

Sob a ótica do tecnicismo jurídico de Vincenzo Manzini (jurista italiano que elaborou o *Codice Rocco* e inspirou sobremaneira o *mainstream* jurídico processual-penal tupiniquim), a natureza jurídica da prisão preventiva assumia um tríplice aspecto: “como medida de segurança, para evitar que o acusado torne a delinquir e assegurá-lo de possíveis vinditas do ofendido ou de seus parentes”. A afirmação de que a prisão preventiva poderia assumir as feições de uma medida de segurança expõe esta dimensão do tecnicismo brasileiro consolidado na doutrina italiana (Gloeckner, 2018, p. 403-405). Portanto, a prisão preventiva não se resumia a uma categoria exclusivamente processual, pois tinha sua utilização baseada pela vida pregressa ou pela periculosidade do acusado.

Anos se passaram, uma nova Constituição foi elaborada. Muito pouco se evoluiu na direção de diminuir ou neutralizar esta pretensão punitiva avassaladora assegurada pela estrutura legal e enraizada em nossa cultura processual.

Pode-se destacar que o exercício do poder punitivo praticado no Brasil tem como característica o aprisionamento cautelar, ou seja, tudo se resume em mera presunção de periculosidade do indivíduo. A frequente utilização destas medidas nos remete a lógica da segurança nacional usada no século passado. O Brasil, ainda hoje, anda na contramão, pois enquanto diversos países lutam para reduzir sua massa carcerária, permitimos que ela aumente, e não só isso, como é de conhecimento comum, grande parte da sociedade comemora a massiva quantidade de pessoas privadas de liberdade.

Essa lógica que paira no senso comum e se reflete no campo prático afronta a ideia de um processo penal democrático, no qual é inadmissível que os juízes, que devem atuar como garantidores dos direitos do acusado, utilizem a prisão preventiva ou as demais medidas cautelares de forma arbitrária, policialesca, buscando satisfazer funções que são típicas da segurança pública, muitas vezes para satisfazer pressões midiáticas e dos movimentos de lei e ordem.

4 A INDETERMINAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Ao contrário da prisão temporária, cujo prazo máximo está estabelecido em lei⁶, a prisão preventiva não possui limite objetivo em relação à sua

⁶ A prisão temporária está prevista na Lei n.º 7.960/1989, cujo caput do artigo 2º preconiza: “Art. 2º da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Convém pontuar que esse prazo é aumentado nos casos de crimes hediondos, já que a prisão temporária poderá perdurar pelo prazo de 30 dias e ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme dispõe o artigo 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990.

duração, podendo perdurar, na verdade, enquanto o juiz ou os tribunais entenderem necessário.

Há anos o tema da fixação de um prazo máximo de duração da prisão preventiva é objeto de discussão no Brasil. Ao longo da tramitação do Projeto de Lei nº 4208/2001, posteriormente transformado na Lei nº 12.403/11, tentou-se fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, conforme se observa na proposta de criação do artigo 315-A, cujo texto preconizava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Porém, o dispositivo foi vetado. A última reforma do CPPB, pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), que incluiu e alterou alguns dispositivos no Título que trata das medidas cautelares, não tratou do tema, mantendo, assim, a omissão.

Não se deve descurar que, a ausência da fixação de um prazo máximo permite prisões preventivas que se tornam arbitrárias pelo tempo de duração extremamente longo, gerando seguidamente situações em que os réus permanecem segregados por períodos que se equiparam ao preenchimento do lapso temporal da progressão de regime ou à pena prevista para o tipo penal supostamente praticado.

A esta altura, é oportuno sublinhar que a garantia do devido processo legal se materializa somente quando todos os direitos e garantias do acusado são respeitados. Assim, qualquer desrespeito às garantias processuais deve ser rechaçado. Na ótica constitucional democrática, para além do interesse na proteção dos direitos humanos, tecnicamente, o cidadão somente poderá sofrer alguma sanção penal mediante um processo em que princípio do devido processo penal seja respeitado em todos os seus desdobramentos. Nesse diapasão, a garantia a um prazo razoável não apenas em relação à duração do procedimento, mas também da constrição cautelar da liberdade, é inafastável. No entanto, ao nosso juízo, é preciso que o prazo razoável seja balizado por um prazo máximo fixado, pois, tratar do prazo da prisão utilizando como parâmetro uma razoabilidade subjetiva, sem *standards* temporais definidos, sobretudo em tempos de punitivismo exacerbado, abre margem para que prisões que a ilegalidade de prisões que perduram por períodos excessivos

seja realizado em nome de interesses estranhos às finalidades das medidas cautelares.

Aury Lopes Jr. (2021, p. 49-50) assevera que a ausência de prazo legal também é fruto das tentativas infrutíferas da própria jurisprudência em constituir limites à duração da constrição preventiva. Diante da omissão legal, de acordo com o jurista, caso superado 81 dias, que deve ser o prazo de duração do procedimento ordinário, e o imputado continuar preso sem ter havido a conclusão do feito, ocorre a ilegalidade da prisão por excesso de prazo, situação que deve ser atacada via *habeas corpus*.

Nessa perspectiva, um importante passo foi o estabelecimento de prazos para a realização de atos processuais pela Lei n.º 11.719/2008, ainda que na prática tais comandos sejam pouco respeitados. Interessante destacar que a referida lei estabeleceu marcos temporais para realização da audiência de instrução e julgamento (60 dias no rito ordinário e 30 rito sumário). O mesmo se aplica ao rito do Tribunal do Júri, que prevê o prazo de 90 dias para o encerramento da primeira fase. Válido esclarecer que esses marcos temporais servem apenas como indicativos e, por isso, não surtem a eficácia esperada, isto é, a soltura do acusado com base no excesso de prazo. Uma rápida busca na jurisprudência demonstra que prisões preventivas de longa duração são seguidamente relativizadas.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se advertido que o excesso de prazo da prisão preventiva deve ser analisado a partir de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, não sendo admissível a mera soma aritmética dos prazos processuais que devem ser vistos de maneira global diante das circunstâncias do caso concreto (Brasil, 2020)⁷.

A rigor, não parece que esse tipo de decisão judicial diga muita coisa. É difícil extrair daí algum tipo de baliza aplicável ao tema. A aplicação generalizada dos dogmas da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver todos os tipos de problemas judiciários cria constantes embaraços a

⁷ Cf. *Habeas Corpus* n.º 591.759, do Superior Tribunal de Justiça.

qualquer tipo de controle externo aos abusos que se proliferam na prática forense.

No Supremo Tribunal Federal (STF), em geral, tem-se analisado o eventual excesso de prazo da prisão preventiva a partir de alguns critérios com os quais seria possível verificar as razões justificáveis que retardam a marcha processual, a saber: número de réus, quantidade de testemunhas a serem inquiridas, necessidade de expedição de cartas precatórias, natureza e a complexidade dos delitos imputados, assim como a atuação das partes. Ou seja, trata-se de uma análise casuística, suscetível à discricionariedade judicial que, como revelam os critérios eleitos, subordina o direito fundamental à liberdade a contingências que pouco ou nada dizem do comportamento da própria pessoa afetada.⁸

Na doutrina nacional, Eugênio Pacelli (2015, p. 564-567) aponta as construções jurisprudenciais que se formaram ora em torno de uma visão global dos prazos processuais até a finalização do processo penal no rito ordinário, ora com manifestações a respeito da observância do somatório dos prazos até o encerramento da instrução criminal, razão que levou, inclusive, à edição das Súmulas ns. 21 e 52 do STJ. Em sua opinião, o prazo razoável da prisão preventiva deve pautar-se pelo prazo global de 86 dias (ou 107 dias na Justiça Federal) que o autor contabiliza desde a abertura do inquérito policial até o encerramento da instrução criminal no rito ordinário, admitindo ajustes na conta conforme alteração dos ritos ou em razão da complexidade da instrução ou mesmo da pluralidade de réus. Chega a afirmar como ponderável a alegação de que o descumprimento de qualquer dos prazos isoladamente caracterizaria o excesso de prazo, mas adverte que a posição majoritária segue em direção contrária.

Mesmo o Brasil sendo signatário de diversos diplomas internacionais destinados à proteção dos Direitos Humanos, os quais preveem maior proteção à liberdade individual, as violações de direitos fundamentais seguem sendo

⁸ Cf. *Habeas Corpus* nº 186.487; *Habeas Corpus* nº 138.736; *Habeas Corpus* nº 138.987; e *Habeas Corpus* nº 125.144, todos do Supremo Tribunal Federal.

uma constante. O âmbito da prisão preventiva é emblemático nesse sentido. Na prática, antecipa-se a pena para dar respostas à sociedade que cobra o judiciário e demanda punições – mito fundado por obsessões punitivas por saudosistas autoritários.

Talvez, um dos maiores problemas, é que a ausência de um limite para a duração da prisão preventiva no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não afasta a necessidade de sua adoção por parte dos Estados no âmbito de seus respectivos ordenamentos, uma vez que tal ausência gera efeitos que violam os mais diversos direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na própria CADH. E, assim, desta não obrigação, podemos observar o atraso em que o Brasil se encontra, no que se refere a limitação de um prazo para prisão preventiva. Ora, vivemos (em teoria) em um Estado Democrático de Direito, passou da hora de agirmos como tal, o respeito para, com as garantias fundamentais de liberdade individual precisa caminhar muito, pensar no futuro de forma mais rápida, se libertar de conceitos que nos prendem até hoje a uma mentalidade inquisitiva. Para eficácia do direito fundamental, o mínimo é que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu. Vale destacar que a mera existência de uma previsão legal de prazos máximos para a prisão cautelar não afasta a necessidade de se examinar se esses prazos não são longos demais, devendo-se respeitar um limite razoável (Lopes Jr.; Badaró, 2009, p. 105), e que evite o arbítrio e diminua esta insana prática de prisões preventivas no Brasil.

5 A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A LUZ DO DIREITO COMPARADO

A prisão preventiva no sistema penal brasileiro enfrenta uma questão significativa relacionada à sua duração, que permanece indefinida, transformando-se, de fato, em uma antecipação executória da pena, podendo perdurar enquanto o juiz ou tribunal considerar presente o pressuposto do *periculum libertatis*. Ao contrário da prisão temporária, que possui um prazo

legal estabelecido, a prisão preventiva não está sujeita a qualquer limite temporal segundo o Código de Processo Penal (CPP).

Esta forma de detenção, inicialmente destinada a ser provisória, razoável e proporcional, acaba por se revelar como uma prisão de caráter definitivo, infringindo o direito fundamental à liberdade de locomoção do acusado. Além disso, essa condição viola os princípios da presunção de inocência e da duração razoável do processo, garantias previstas na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e na CADH.

Em termos comparativos, é interessante observar que muitos países adotam limites temporais para as prisões cautelares. Na Espanha, por exemplo, existe previsão normativa de prazos máximos para a duração da prisão provisória, os quais podem variar de acordo com a pena cominada para o tipo penal, havendo possibilidade de prorrogação, de modo que o prazo máximo da medida é fixado em de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado por mais 2 (dois) anos a depender da quantidade de pena prevista para o tipo (Santos, 2008, p. 104).

Na Alemanha, observando-se rigidamente a proporcionalidade, tem-se como regra que a duração da prisão preventiva é de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogada em casos excepcionais. Vale frisar que a prorrogação do prazo da prisão preventiva é uma das providências mais excepcionais no sistema de justiça criminal alemão, de modo que a competência para essa prorrogação inclusive é desloca-se para um tribunal superior (Santos, 2008, p. 104).

Para fecharmos nossa visita europeia, uma antiga conhecida brasileira, da qual já importamos semelhanças, a Itália. O ordenamento jurídico italiano tem previsões para duração da prisão preventiva de forma autônoma e para diversas fases, seja no curso do processo penal, seja do inquérito, com a estipulação do tempo máximo de 4 (quatro) anos para crimes com pena não superior a 20 (vinte) anos e 6 (seis) anos para crimes com pena superior a 20 (vinte) anos.

Na América Latina, temos como exemplo o Código Processual Penal da Província de Buenos Aires (Lei nº 11.922, de 1998), que, em seu artigo 146, alínea "b", estipula como um dos requisitos para a decretação da prisão

preventiva a "proporcionalidade entre a medida e o objeto de tutela". A Argentina adotou o prazo máximo de dois anos para a duração da prisão preventiva, desde que não tenha sido proferida sentença de primeira instância, podendo ser prorrogada por mais um ano em casos mais complexos (Santos, 2008).

Os exemplos apresentados demonstram que é possível a fixação de prazos máximos para a duração da prisão preventiva. A realidade brasileira, marcada pelo hiperencarceramento e por violações de direitos humanos dele decorrente, junto às medidas que foram implementadas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), como a vedação taxativa do uso da constrição cautelar como forma de antecipação da pena; a obrigatoriedade de motivação e fundamentação idôneas em fatos contemporâneos ou novos que demonstrem a necessidade do cerceamento cautelar da liberdade; e a audiência de custódia, dentre outras, demonstra o quão importante e urgente é a fixação de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva.

Em temo, curial sublinhar que permitir ao imputado conhecer o tempo pelo qual poderá perdurar sua segregação provisória, prazo este que também deverá balizar a prolação da decisão judicial sobre o caso em um prazo razoável, é mais que uma questão processual, pois consiste em uma questão humanitária, que é medular em um regime democrático guiado pela presunção de inocência e outras garantias que devem efetivamente limitar o poder punitivo estatal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como escopo analisar a ausência de limites temporais para a duração da prisão preventiva e seus principais reflexos.

A análise dos dispositivos legais que disciplinam a prisão preventiva e dos elementos epistemológicos que alicerçam o atual Código de Processo Penal revelou a necessidade premente de que a interpretação relacionada ao tempo de duração da prisão preventiva seja feita à luz da Constituição da República de 1988. Trata-se do único modo de evitar que a omissão legal

sobre o prazo da medida produza violações de direitos, sobretudo do direito à liberdade.

A ausência de parâmetros temporais claros para a prisão preventiva resulta em desafios significativos. Embora tenham sido empreendidas tentativas judiciais para conter excessos temporais, as abordagens atuais ainda carecem de consistência, frequentemente se baseando em análises casuísticas e ficando suscetíveis a manipulações discursivas.

Apesar da Lei n.º 13.964/2019 (do mesmo modo como ocorreu com a Lei nº 12.403/2011) ter negligenciado o prazo da prisão preventiva, não se pode negar que ela, pelo menos no ponto em que reformou o sistema de medida cautelares, representou um esforço para abordar essa lacuna ao introduzir novos requisitos de fundamentação, buscando conferir maior rigor e transparência ao processo decisório. No entanto, no que diz respeito ao prazo de duração da constrição, diante do que expusemos ao longo do escrito, inferimos que a eficácia dessas mudanças legislativa está vinculada ao estabelecimento de um prazo definido.

A natureza do processo penal, em si, impõe estigma e angústia ao acusado, uma condição que se agrava quando este permanece detido. O excesso de tempo em prisão transforma uma medida processual em um dano sério, infringindo a presunção de inocência e alcançando níveis de inconstitucionalidade.

Dito isso, concluímos que a imposição de um limite máximo para a prisão preventiva, alinhado aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade consagrados na Constituição, emerge como uma salvaguarda crucial contra a prolongação injustificada da privação de liberdade, preservando assim os direitos fundamentais do indivíduo. Essa medida, quando complementada por revisões periódicas efetivas, representa uma estratégia eficaz para controlar abusos no âmbito das cautelares pessoais, reduzindo os prejuízos decorrentes de revisões meramente protocolares.

Ao adotar uma abordagem balanceada que harmoniza os imperativos da justiça com os direitos individuais, é possível promover um sistema penal mais equitativo e respeitoso, onde a prisão preventiva, quando necessária, não

ultrapasse os limites estabelecidos pela razoabilidade jurídica. Este ajuste não apenas atende aos princípios fundamentais da Constituição, mas também contribui para a construção de um sistema judicial mais justo e eficiente na tutela dos direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 591.759**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática. Brasília, 1 de julho de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3HGM2fl>. Acesso em: 15 dez. 2023.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura: seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: Empresa Graphica da “Revista dos Tribunais”, 1940.

CHAVES, Paulo Victor Leôncio. **Os paladinos da ordem pública**. Juízes e a (re)produção dos discursos legitimadores do encarceramento dos indesejados. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. São Paulo: Forense, 2011.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN) – SISDEPEN - **Dados sobre o sistema prisional brasileiro**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 18 out. 2023.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN); INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**. 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriospesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 02 out. 2023.

DE GIORGI, Alessandro. **A Miséria Governada Através do Sistema Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, Miranda Coutinho, 2018.

MISSE, Michel. **Malandros, marginais e vagabundos: A acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2023.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). **Democrazia e autoritarismo nel diritto penale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória: Comentários aos artigos 311- 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Vinicius Lang dos. **O Direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. 2008. 136 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da; CASTILHOS, Tiago Oliveira. O prazo de duração da prisão preventiva: um vazio legal no marco dos direitos humanos. **Justiça do Direito**, v. 30, n. 2, p. 330-346, maio./ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v30i2.5145>

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

VASCONCELLOS, Marcos de. **No Brasil, exceção virou regra: prende-se para depois apurar, diz Marco Aurélio**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 23 nov. 2023.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonialismo y Derechos Humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo**. Madrid: Taurus, 2022.