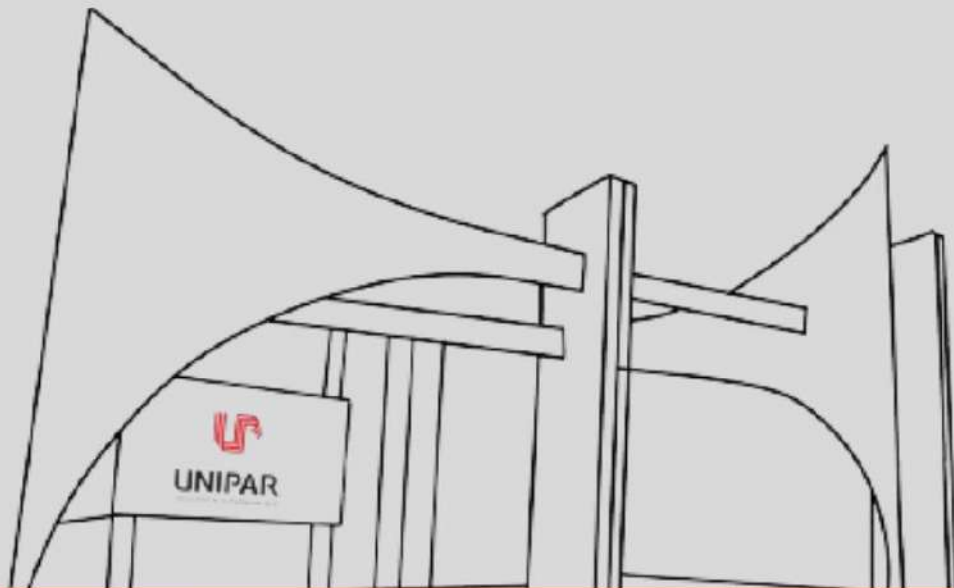




UNIPAR
UNIVERSIDADE PARANAENSE

**REVISTA DE
CIÊNCIAS**

JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR



VOLUME 26 | EDIÇÃO Nº 2 | JUL./DEZ. 2023

ISSN 1982-1107



UMUARAMA-PR





REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR

[v. 26, n. 2, 2023]

Umuarama – PR | ISSN 1982-1107



REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR
ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

UNIVERSIDADE PARANAENSE

ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

Reitor

Carlos Eduardo Garcia

Cianorte

Michel Elias de Azevedo Oliveira

Diretoria Executiva

Artur Nappo Dalla Libera

Paranavaí

Claudete Werner

Virlei Juliano de Matos

Diretoria de Educação

Luiz Roberto Prandi

Cascavel

Raphael Sahd

Gerência Geral *Strito sensu* e Pesquisa

Daniela Dib Gonçalves

Toledo

Robson Recalcatti

Gerência Geral de Extensão Acadêmica

Ana Carolina Zaze

Francisco Beltrão

Claudemir Jose de Souza

Diretores Gerais de *Campus*

Umuarama – Sede

Patrik Americo Pollizello Lopes

Kelly Cristina Caruso Lupepsa

**Coordenador geral acadêmico da
unidade de Guaíra**

José Ricardo Skolmovski da Silva

Dados Internacionais de catalogação na Publicação (CIP)

R454 Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR / Universidade
Paranaense. – Vol. 1, no. 1 (jul./dez. 1998) . – Toledo :
UNIPAR, 1998 -
v.; 21cm.

Semestral

Descrição baseada em: Vol. 10, no. 1 (jan./jun. 2007).

ISSN 1516-1579

ISSN 1982-1107 on-line

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Paranaense.

(21 ed) CDD: 340

Bibliotecária Responsável

Inês Gemelli

CRB 9/966

REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR
ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE PARANAENSE

EDITOR-CHEFE

Diego Bianchi de Oliveira Universidade Paranaense, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha

Prof. Dr. Amós Arturo Grajales, Universidad de San Andres, Argentina

Prof. Dr. Ángel Pastrana Tinoco, Universidad de Sevilla, Espanha

Profa. Dra. Priscila Machado Martins, Universidad de Los Andes, Chile

Profa. Dra. Suelen Carls, Bournemouth University, Reino Unido

Prof. Dr. Albino Gabriel Turbay Junior, Universidade Estadual do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama, Universidade Paranaense, Brasil

AVALIADORES AD HOC

Prof. Dr. Fábio André Guaragni, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Prof. Me. Fernando Schumak Melo, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho, Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

Profa. Dra. Gissele Chapanski, UniSantaCruz, Brasil

Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz, Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula, Universidade Paranaense, Brasil

Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina, Universidade Paranaense, Brasil

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Universidade Paranaense, Brasil

Prof. Me. Manoel Caetano Ferreira Filho, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profa. Ma. Maria Estela S. Trintinalha Fernandes, Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Profa. Ma. Nilza Machado de Oliveira Souza, Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Prof. Dr. Paulo Cesar Santos Bezerra, Universidade Federal da Bahia, Brasil

Prof. Dr. Paulo Roberto de Souza, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza, Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Prof. Dr. Ricardo Canan, Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Ricardo Canan, Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Prof. Dr. Welber de Oliveira Barral, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Inês Gemelli

EDITORAÇÃO

**Departamento de Editoração e
Divulgação Científica – DEDIC**

Marcos Antonio Ribeiro Pereira

Qualis CAPES 2017-2020

A4

ENDEREÇO POSTAL

Universidade Paranaense – UNIPAR

Gerência Geral *Stricto sensu* e Pesquisa

Praça Mascarenhas de Moraes, 4282

CEP: 87502-210 – Umuarama – PR – Brasil

E-mail: rcjuridica@unipar.br

Indexadores

<https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridica/indexing>

SUMÁRIO

ARTIGOS

- A REGRA MATRIZ DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHOS DE CAPITAL E SUA INCIDÊNCIA SOBRE TRANSAÇÕES COM NON-FUNGIBLE TOKENS** 543
Nerio Brida | Jonathan Barros Vita
- VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE A GESTAÇÃO: ENTRE A INVISIBILIDADE DO FENÔMENO E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGRESSOR**..... 564
Jefferson Drezett | José Henrique Rodrigues Torres | Francisca de Fátima dos Santos Freira
- TRABALHO EXTERNO DO APENADO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO SUSTENTÁCULO DE DECISÕES** 594
Nestor Eduardo Araruna Santiago | Connie Francis Andrade Castelo Branco
- O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA DENSIFICAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS** 619
Jordana Maria Ferreira de Lima
- DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: BREVE HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL, ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PERSPECTIVAS**..... 629
Rennan Thamay Farias Krüger | Kathleen dos Santos Gomes | Leonardo Peteno Magnusson
- JUDICIALISMO COMO UMA NOVA FORMA DE ENFRENTAMENTO À CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO**..... 651
Ana Lucia C. Alves | Philippe Cunha Ferrari | Rômulo Magno Silva
- FRAGILIDADES DEMOCRÁTICAS NO SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE SUPERAÇÃO**..... 668
Caetano Cuervo Lo Pumo | Rogério Gesta Leal
- PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL E A SEXUALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**..... 694
Matheus Filipe de Queiroz
- O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DA CRIANÇA NA EDUCAÇÃO INFANTIL DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL**..... 710
Izadora Vieira | Maria Cristina Piana
- O CONTEÚDO HERMENÊUTICO DO CONSEQUENCIALISMO CONTIDO NO ART. 20 DA LINDB E OS SEUS REFLEXOS NO DEVER PROCESSUAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS** 730
Marco Bruno Miranda Clementino | Lucas José Bezerra Pinto
- JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: A SIMPLICIDADE E A INFORMALIDADE PARA EFETIVAR A CELERIDADE PROCESSUAL**..... 748
Willian Mendes Vieira | Raynan Henrique Silva Trentim
- O ASSÉDIO CAPACITISTA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO** 767
Bianca Spode Beltrame
- AÇÃO REGRESSIVA COMO MEIO DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E RESSARCIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL** 792
Fabio Alessandro Fressato Lessnau | Kauane Silveira Reberti
- DA ANULABILIDADE DAS CESSÕES DE CRÉDITOS RURAIS: ESTUDO DE CASO EM RELAÇÃO AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE NÃO OFERECEM TRATAMENTO ISONÔMICO PARA OS DEVEDORES DO AGRONEGÓCIO**..... 813
Moacyr Ribeiro da Silva Netto | Rildo Mourão Ferreira
- ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA** 832
Natasha Ohana Manso de Matos | Claudia Luiz Lourenço

A REGRA MATRIZ DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHOS DE CAPITAL E SUA INCIDÊNCIA SOBRE TRANSAÇÕES COM NON-FUNGIBLE TOKENS

Recebido em: 18/06/2023

Aceito em: 27/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-11165



Nerio Andrade de Brida ¹
Jonathan Barros Vita ²

RESUMO: *Non-fungible tokens* são arquivos digitais imutáveis e que não podem ser copiados ou substituídos, lançados no mercado como ativos colecionáveis, gerando escassez artificial, altamente negociáveis. Por sua natureza econômica, desperta-se o interesse nas relações estabelecidas em que esses ativos se constituem como objetos passíveis da tributação em suas várias formas. O presente trabalho tem como objetivo definir o que são esses ativos digitais negociáveis, sua exposição comercial e as implicações no que se refere ao imposto de renda e proventos sobre o ganho de capital auferido nessas relações jurídicas. Para tanto, examinando sob enfoque da regra matriz de incidência, através do método dedutivo, propõe descrever a forma de incidência da hipótese tributária do imposto de renda e proventos sobre o acréscimo patrimonial obtido com a operação, que tem como objeto, um token não fungível.

PALAVRAS-CHAVE: Blockchain; Tokens; Imposto de renda; Capital; Tributário; Incidência.

THE MATRIX RULE OF INCOME TAX ON CAPITAL GAINS AND ITS IMPACT ON TRANSACTIONS WITH NON-FUNGIBLE TOKENS

ABSTRACT: Non-fungible tokens are immutable digital files that cannot be copied or replaced, released on the market as collectible assets, generating artificial scarcity, highly tradable. Due to their economic nature, interest is awakened in established relationships in which these assets are constituted as objects, subject to taxation in their various forms. The present work aims to define what these tradable digital assets are, their commercial exposure and the implications regarding the import of income and earnings on the capital gain earned in these legal relationships. For that, examining under the perspective of the incidence matrix rule, through the deductive method, propose describe the form of incidence of the tax hypothesis of income tax and earnings on the equity increase obtained with the operation, whose object is a non-fungible token.

KEYWORDS: Blockchain; Tokens; Income tax; Capital; Tax law; Incidence.

¹ Possui graduação em direito pela Universidade Paranaense (2002); Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (2007); Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília. Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: neriobrida@hotmail.com

² Advogado, Consultor Jurídico e Contador. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP), Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi, Milão/Itália. E-mail: ppgd@unimar.br

INTRODUÇÃO

Em 2008, Satoshi Nakamoto, o pseudônimo de um, ou um grupo, de programadores, publicava um artigo em um grupo de estudos a respeito de novas tecnologias, denominado “*Bitcoin – a peer-to-peer eletrônico system*”, que dava início a nova onda de criptomoedas, sendo a primeira conhecida como *bitcoin*, cuja valorização nos meios digitais surpreenderam o mercado financeiro, passando a ser, as criptomoedas, um dos maiores mercados da atualidade.

A novidade tecnológica que emergiu com o *bitcoin* foi o chamado *blockchain*, sistema digital de armazenamento de informações de segurança, que garantem ao bem digital gravado por essa espécie, de características individualizadas, não podendo ser copiado, modificado ou violado, sem a identificação imediata por parte da comunidade descentralizada que promove a sua verificação.

A partir dessa tecnologia, várias foram as funcionalidades empregadas para diversos setores, entre eles, a emergência de um novo mercado denominado de *non-fungibles tokens*, ou simplesmente NFT, que são, basicamente, arquivos digitais impregnados pela tecnologia *blockchain*, que detém características de individualização, possibilitando a criação de obras de arte digital, identidade a um arquivo único, qualquer que seja, músicas, textos originais, cartões digitais, componentes de jogos, entre outras das mais variadas formas que extraem dessa tecnologia a possibilidade de um comércio bastante atrativo, inovador e com muito potencial de crescimento, decorrente da escassez artificial promovida por essa forma de individualização do objeto.

Com esse novo comércio, surgem as questões jurídicas a serem examinadas, entre elas, sobre as normas de direito tributário que incidem nas relações jurídicas firmadas, cujo objeto sejam esses bens digitais não fungíveis, em que os valores que são negociados podem chegar a proporções de grande relevo, a exemplo de uma obra de arte digital que alcançou patamares acima de US\$60.000.000,00 (sessenta milhões de dólares).

Desperta o interesse no estudo das implicações tributárias sobre essas negociações e propriedades realmente valorosas caracterizadas pelas NFTs, ao passo que, sua aquisição e transmissão, consubstanciam-se em fatos jurídicos relevantes para a incidência da norma tributária.

O presente trabalho tem como escopo examinar a incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza sobre o ganho de capital na transmissão de bens

digitais, mais propriamente, sobre as NFTs, por seu valor econômico extrínseco, ou seja, como um bem cuja a alienação possa resultar em acréscimo patrimonial ao seu vendedor. Afasta-se o exame da incidência desse mesmo tributo ou de outros que possam ser incidentes sobre os fatos jurídicos que envolvam uma NFT por outro viés, como o caso de ser, o próprio arquivo digital, fruto de uma prestação de serviço, ou que represente um determinado negócio jurídico tributável, mas que não se insere na atribuição de ganho de capital pela alienação da própria NFT.

Através de levantamento bibliográfico a respeito do objeto estudado, disponível principalmente através de artigos e e-books presentes na rede de *internet*, eis que se trata que a NFT é assunto deveras novo, mesmo nas áreas tecnológicas, buscou-se a delimitação dos elementos que definem a ferramenta tecnológica, para poder identifica se existe, diante da sua definição, um padrão de definido pela legislação tributária, para incidência do imposto de renda, aplicando-se para esse desenvolvimento, o método dedutivo, para elencar os elementos essência para que determinada operação, possa ser considerada ganho de capital, ainda que seu objeto seja uma NFT.

A da regra matriz de incidência tributária impera nesse exame, promovendo-se uma delimitação do objeto factual e jurídico, empregando nos primeiros itens, a delimitação do que seja a NFT, suas características, e compondo os elementos que o definem. Posteriormente, elencando as normas de direito tributário incidentes sobre o negócio entabulado com uma NFT como objeto, analisando a incidência da norma tributária sobre o fato jurídico, obtendo-se a definição do imposto de renda sobre o ganho de capital, para finalmente empregar a subsunção na norma em questão, concluindo se, efetivamente, sobre o negócio firmado entre as partes, incide o referido imposto.

1 NON-FUNGIBLE TOKENS: ORIGEM E PARTICULARIDADES

Para que seja possível vislumbrar o que venha a ser o *non-fungible token* (token não fungível), é necessária uma breve perscrutação a respeito da origem das criptomoedas, mais especificamente, do conhecido *bitcoin*, moeda digital que tem revolucionado o mundo das finanças.

Já nos idos dos anos 90, entusiastas da tecnologia tentam desenvolver um sistema de moedas digitais de forma segura o bastante para promover um mercado paralelo que desconhece as fronteiras territoriais dos países pelo mundo. Entre os primeiros artigos publicados a respeito, em 1998, Wei Dei fez menção a possibilidade de se criar uma

moeda virtual e descentralizada, que levaria a sociedade a outros parâmetros econômicos a respeito da distribuição e circulação de moedas (CRIPTOMOEDAS, BLOCKCHAIN, 2019). Todavia, foi em 2008, que um desenvolvedor, ou um grupo de desenvolvedores, sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, publicou em um fórum de pesquisadores sobre criptografia, um artigo denominado “Bitcoin: um sistema eletrônico ponto a ponto”³, onde descrevia a respeito da criação de uma moeda digital que utilizaria como base um conhecido sistema computacional de criptografia, mas de forma mais avançada, cujas características seria a construção de uma sequência de blocos codificados em forma contábil, a registrar cada operação de transmissão realizada, impossíveis de serem modificados, excluídos ou manipulados após o seu fechamento, com a denominação de P2P (*peer-to-peer*), que basicamente significa a arquitetura de redes computacionais em que cada um dos pontos funciona como cliente ou rede ao mesmo paço, sem a necessidade de um agenciador central.

A ideia não era inédita em toda a sua essência, já tendo sido amparada em alguns fóruns a respeito do tema, mas a curiosidade emergiu sobre a nova perspectiva de se adotar o sistema P2P como plataforma descentralizada de criptografia, surgindo a possibilidade de se estabelecer sistemas complexos sem a necessidade de intermediários nas relações firmadas entre os seus usuários. Sakamoto insistiu em sua ideia, e criou o primeiro bloco, conhecido como bloco-gênese, em 03 de Janeiro de 2009, estreando o primeiro registro na sequência do livro-razão (digital, é claro), pagando a recompensa de 50 novos *bitcoins* ao seu criador.

Em princípio, a moeda não despertou interesse econômico, mantendo-se praticamente dormente durante aproximadamente um ano, quando então, num ato aparentemente despretensioso, um desenvolvedor chamado Laszlo Hanyecs, em 18 de Maio de 2010, postou no fórum Bitcointalk.org, questionando se alguém do grupo aceitaria trocar dez mil *bitcoins* por duas pizzas, incluindo seu sabores preferidos. A mensagem obteve resposta quatro dias depois, de um adolescente chamado Jeremy Sturdivant, que aceitou a oferta e encaminhou para a residência de Hanyecs, em Jacksonville, Flórida, Estados Unidos, duas pizzas do Papa John’s Pizza, quando então, Hanyecs, entusiasmado, postou informando que tinha acabado de trocar suas *bitcoins* por pizzas (OLIVEIRA, 2018). Alguns anos depois, essa operação ficou conhecida como “a

³ No original: Bitcoin: a peer-to-peer eletrônico system

pizza de meio milhão de reais”, em vista de ter o *bitcoin* alcançado o valor de vinte mil dólares⁴.

Em que pese a simplicidade da operação, eis que a cotação do *bitcoin* nessa ordem foi cotada em aproximadamente metade de um centavo de dólar, o fato foi o ponto inicial para o mercado observar que se estava diante de um ativo financeiro valioso, com tecnologia altamente avançada, segura e de perspectivas que seus próprios desenvolvedores poderiam considerar quiméricas. A partir do *bitcoin* foram desenvolvidas outras tantas moedas, denominadas de *altcoins*, cuja a contagem somam aos milhares, sendo ativos financeiros altamente negociadas, com circulação diária de bilhões de dólares nas mais diversas plataformas de negociação especializadas, absolutamente independente de uma autoridade central que o certifique dispensando a existência de um banco central ou qualquer outro agente financeiro para que promova a sua emissão e controle de valor (SILVA; TREMEL, 2020).

Para finalidade deste trabalho, o *bitcoin*, em que pese sua importância no mercado financeiro, nas relações comerciais e suas mais diversas facetas no mundo dos negócios, inclusive na facilidade de sua circularidade independente de controle estatal e fronteiras nacionais e até transnacionais, a sua maior contribuição não está, propriamente, insita nela própria, mas em sua essência, na tecnologia que foi forjada para sua existência, o sistema P2P, também denominado de *blockchain*.

1.1 Blockchain e seus atributos

A palavra *blockchain* decorre da união entre as palavras *block* (bloco) e *chain* (cadeia), com a conotação de que se refere a uma cadeia de blocos que são formados sequencialmente por codificações que são construídas a medida que as transações são firmadas, inserindo em cada qual dos blocos, desde sua gênese, todas as informações atinentes à operação realizada, criptografando-as de forma a tornar impossível, ao menos a que se tem notícia atualmente, a sua manipulação.

Em seu artigo que deu início ao conceito do que viria a ser uma *blockchain*, Satoshi Nakamoto não utiliza da expressão em nenhuma oportunidade, redundando somente na palavra *block* em vários pontos de seu trabalho, sempre deduzindo como inscrição de livro-razão registral das operações sequenciais que seriam realizadas. Cada operação criaria um novo bloco, construindo uma forma virtual de prédio com diversos

⁴ O *bitcoin* já alcançou cotação de cinquenta mil dólares, no ano de 2021.

andares, impenetráveis, que não podem ser violados, e são validados para inclusão pelo consenso entre os nós da corrente (LEÃO; CANEDO; GOMES, 2019?).

A tecnologia sob essa nomenclatura já foi bem delineada no artigo produzido por Nakamoto, que descreve a respeito do seu funcionamento apresentando as suas qualidades e princípios da tecnologia, relacionando-os como: *peer-to-peer*, não há intermediações na relação entre as partes usuárias do *blockchain*; ausência de autoridade central regulatória ou certificadora das operações realizadas; *proof-of-work*, pelo esforço mínimo como prova de trabalho para a mineração no intuito de identificar o *hash* do bloco anterior, para finalidade de se ter direito à inserção de um novo bloco na rede, captando-se um novo *bitcoin* como prêmio, tornando a adulteração de cada bloco cada vez mais inviável, diante da necessidade de se realizar nova prova de trabalho em cada bloco já criado; pela sincronização, devendo cada participante, aceitar se inserir a partir do último bloco criado; do consenso da maioria, pela inserção de novo bloco somente com a aprovação da maior gama de nós distribuídos por algoritmos de consenso, descartando eventuais bifurcações no encadeamento dos blocos (NAKAMOTO, 2018).

Como o código criado por Nakamoto, que deu origem ao bloco gênese do *bitcoin* é aberto, é possível a criação, pela quebra de sequencia, de outras modalidades de *blockchain*, que atualmente se verifica pela existência de milhares de outras criptomoedas, mas que gerou, igualmente, a possibilidade de se almejar espaços alternativos para utilização de sua capacidade tecnológica. Verificou-se que o primeiro sequenciamento do *blockchain* não tinha a aptidão de exigir determinadas condições para que houvesse uma contraprestação da parte que promovia a transmissão da moeda, tão somente, servindo como fator de validação, descentralizada, da circularidade. Essa necessidade de um “algo mais”, em que o emissor poderia exigir uma determinada prestação de dar ou fazer do beneficiário, foi percebida em 2014, por Vitalik Buterin, surgindo um novo sequenciamento de *blockchain* conhecida como *Etherium* (REVOREDO, 2019).

A partir de então, constatou-se que o protocolo de *blockchain* subjacente possibilitaria a transação de quaisquer tipos de valor, não apenas monetário, entre pessoas que não tinham estabelecida entre si, uma relação de confiabilidade, permitindo com o código fonte de *ethereum* a celebração de contratos inteligentes mais complexos além daquele binário já disposto pelo *bitcoin* (REVOREDO, 2019). Incontáveis são as variantes da *Etherium* e da *Bitcoin*, mas sobre àquela, foi possível estabelecer padrões

codificados que iam além da mera remessa, e firmar condições de exequibilidade contratuais, dando ensejo, ao que hoje se pode entender como “contratos inteligentes”. Importa destaque que o conceito não é novo. Mesmo nos primeiros idos da internet 1.0, nos anos noventa, já era explorada a ideia de contratos inteligentes. A diferença para atual tecnologia possível com a *blockchain* está na descentralização passiva de verificação de validade, em que não se faz necessário um agente regulador ou intermediário para controlar as suas disposições e certificar a sua existência.

Essa operabilidade abre incontáveis possibilidades de aplicação, da qual, somente a imaginação do ser humano pode limitar. Somente como exemplo, o sistema de *blockchain* já permite diversas relações já realizadas como, em formato de assistência humanitária, registro imobiliário, gerenciamento de energia, cadeias de suprimentos, inclusão financeira, sistema eleitoral, investimentos sociais, sustentabilidade e controle ambiental, combate à *fake news*, entre outras formas de atuação no âmbito das relações humanas (REVOREDO, 2019).

Naturalmente, o questionamento que deve vir a tona, seria sobre qual relação que tem tecnologia *blockchain* com os tokens não fungíveis. A resposta simples é que a característica de não fungibilidade de tokens somente se tornou possível pela existência da rede descentralizada pública de *blockchain*, o que torna a sua definição única, tratando-se de um ativo digital que, pela sua própria natureza, não pode ser duplicado.

1.2 Qualidades e definição de *non-fungible tokens*

Tokens são símbolos que representam algum bem de valor que lhe é atribuído. Uma assinatura no final de um contrato é uma espécie de token que representa a manifestação de vontade do agente contratante sobre as cláusulas expressas no documento. Quando transportado esse conceito ao universo virtual, tem-se unidades digitais que não se confundem com outras formas representativas digitais. A certificação digital de uma assinatura, como atualmente é conhecida a forma de se certificar o ato de manifestação de vontade apostado em documentos digitais, é uma forma de token, que depende de um intermediário para atestar a veracidade do certificado, individualizando-o à pessoa que o detém como titular.

Quando se fala de tokens não fungíveis, emprega-se o contraste a essa característica de bens não fungíveis. Bens fungíveis são aqueles objetos suscetíveis de substituição por outro de mesma espécie, quantidade e qualidade, podendo ser

determinados pelo número, peso ou medida, caracterizados por sua homogeneidade, indiferença e equivalência. Enquanto que, bens não fungíveis, são insubstituíveis, tomadas suas características e qualidades individuais atreladas ao bem (GOMES, 2019). Um documento em formato PDF (*portable document format*) assinado eletronicamente por meio de certificação digital por um indivíduo, embora a sua manifestação de vontade se limite ao que efetivamente esteja esboçado na linguagem impregnada no documento, o arquivo pode ser movido, substituído, copiado, renomeado, inclusive ser modificado, caso o assinante não tenha configurado o bloqueio para alterações após assinatura.

Nesse sentido, a principal característica do token não fungível se apresenta justamente por sua não fungibilidade, ou seja, o arquivo não pode ser intercambiável, modificado, renomeado, substituído, copiado, enfim, torna-se um ativo digital único, insubstituível por suas qualidades individuais empregadas pela tecnologia do *blockchain*, que lhe empresta as propriedades de validade e segurança independentemente de intermediários, por uma rede pública descentralizada que o certifica.

Diversas são, ainda, as propriedades dos tokens não fungíveis, que podem ser identificados por sua padronização, classificados por categoria em que se inserem; pela interoperabilidade, possibilitando a transferência entre as plataformas que o administram, não se limitando a somente um controlador; pela negociabilidade, por ser um produto individualizado, gera escassez, o que lhe atribui potencial de mercado descentralizado; por sua liquidez, eis que o produto pode ser transferido comercialmente por meio de negociação rápida e fácil; por sua imutabilidade, como já discorrido, decorrente da tecnologia *blockchain*, sua codificação é imutável, validada por rede computacional pública; por sua programabilidade, que possui regras computacionais próprias inseridas pelo seu criador (SANTOS, 2021).

Por razão dessas propriedades que definem conotativamente os tokens não fungíveis, foi possível a construção de um grande mercado que envolve diversos formatos de bens digitais que carregam consigo a expressão não fungibilidade, com a existência de várias plataformas de leilão eletrônico e comércios dos mais variados de arquivos digitais próprios, dotados das qualidades de individualização, tornando sua existência única, característica que produz valor subjetivo sobre a existência do bem.

1.3 Os *non-fungible tokens* como bens negociáveis

Por suas características de individualidade, os bens digitais implicados pelos tokens não fungíveis, atualmente passaram a ser altamente negociáveis, por produzir escassez artificial, correlatas à peças de arte com domínio personalizado, através de figurinhas, desenhos, pinturas virtuais, fotos, vídeos, *twitts* e qualquer outro arquivo digital que possa ser unificado sob o domínio de um só titular (SANTOS, 2021).

Já existem diversas plataformas de comercialização de tokens não fungíveis que intermedia, através de leilões digitais, a venda e compra entre o criador, ou simplesmente atual titular da NFT, com o interessado por obter a propriedade do digital. Entre as mais conhecidas estão as plataformas *Opensea*, *Superare*, *Mintable*, *Nifty Gateway*, *viv3.com*, *Mercado de NFT*, todas com sistemas semelhantes de intermediação, que suportam sua estrutura através das comissões que são recebidas pelas vendas.

São as mais variadas formas de arquivos digitais comercializados, cujo limite encontra-se somente no interesse dos demais internautas, em obter para si, a exclusividade de ser o proprietário do arquivo original. A exemplo, Chris Torres, criador de um *gif*, arquivo para mensagens de movimento, arrecadou o valor de US\$580.000,00 (quinhentos e oitenta mil dólares) na venda do primeiro *gif Nyan Cat*, que mostra um desenho de um gato supostamente viajando no espaço sideral envolto por um biscoito, sobre uma nuvem de arco-íris (NEWITZ, 2021).

Nem todos os arquivos implicados pela NFT giram em torno de preços exorbitantes. A maioria é vendida por valores quase simbólicos, por alguns dólares, mas que já estabelecem uma relação econômica entre as partes. Porém outros, podem surpreender, como o trabalho digital do criador Mike Winkelmann, um *designer* de conteúdos *sci-fi comics*, denominado de *Everydays: The First 5000 days*, foi leiloado pela conhecida casa de leilões de arte Christie's, pelo valor de US\$69.346.250,00 (sessenta e nove milhões, trezentos e quarenta e seis mil e duzentos e cinquenta dólares), em 01 de Maio de 2021, estabelecendo novo recorde de valor de um NFT vendido (GOMPERTZ, 2021), tendo ainda, outras tantas obras do artista que se valorizaram após o grande sucesso.

Mas não somente de arte dessa modalidade podem servir como material valioso para o comércio das NFTs. No dia 24 de Maio de 2021, um curto vídeo de duas crianças, em que o infante mais novo morde o dedo do mais velho, conhecido como *Charlie bit my finger*, despreziosamente postado por seus pais na rede *Youtube* em 2007, foi adquirido

pelo valor de \$760.999,00 (setecentos e sessenta mil, novecentos e noventa e nove dólares), após intensa batalha de lances, tendo sido arrematado pelo usuário “3fmusic” (LEVENSON, 2021).

Qualquer item colecionável, nesse mercado, se tornou altamente negociável e propenso a arrecadar desde poucos dólares, até altos valores equiparáveis ao mercado da arte. No mundo dos jogos, vários são os artigos disponibilizados implicados com a NFT, como no *Cryptokitties*, jogo construído em *blockchain ethereum*, que possibilita a coleção de cartões digitais colecionáveis de gatinhos digitais, pertencendo cada carta unicamente ao seu comprador, que pode trocá-la, vendê-la ou mesmo cruzá-las com outra carta de sua propriedade, criando um terceiro item, igualmente negociável e colecionável (SANTOS, 2021). Outra forma de NFT que tem ganhado espaço no mundo dos jogos, são itens que podem ser inseridos em determinadas plataformas, como armas, objetos em geral, personagens e até mesmo o ambiente do jogo, que uma vez criado, pode ser comercializado, tornando seu titular o único detentor daquele item que pode ser utilizado durante o jogo.

Observa-se que a tecnologia *blockchain*, na possibilidade de criar tokens não fungíveis, instaurou novo mercado de valores artificiais no espectro virtual, passível de exame sob os seus aspectos jurídicos, por estabelecer relações comerciais e produção, não somente artística, mas nas mais diversas áreas do saber humano. Um simples texto pode ser transformado em um arquivo único, uma poesia por exemplo, ou ainda, uma foto qualquer, músicas, postagens em qualquer rede social, podem se transformar em objeto de valor econômico comerciável, bastante para tanto, o interesse de seus respectivos titulares em conformação aos interesses de um possível comprador.

Trautmann (2021) escreve que a criação dos tokens não fungíveis pode ser a solução dos problemas que perseguem as obras de arte pelo mundo há séculos, já que a sua criação, vincula uma espécie de número de série sobre o objeto que não pode ser copiado ou alterado, a não ser com a sobreposição de um novo bloco com novas informações, e ainda assim, sem desconsiderar as informações anteriores, certificando a sua autenticidade, gerando segurança ao seu detentor, bem como, ao seu criador, que manterá incólume o registro de sua autoria. É um perspectiva de negócio que promove reflexos em várias questões, como artes, direitos autorais, *cybersecurity*, entretenimento, propriedade intelectual, música, tecnologia entre outras, cujo o debate será necessário para se estabelecer os limites do objeto a ser analisado pelo direito.

O objeto dessas relações firmadas, podem ser tributadas, sem a necessária modificação estrutural da conjuntura normativa do sistema tributário atual, no máximo, bastando algumas adaptações para fiscalização dessas transações, para reconhecer a incidência das hipóteses legais passíveis de tributação, entre esses, o imposto sobre a renda auferida. Destaca-se, como demonstrado, que a *blockchain* implementa incontáveis possibilidades de negócios que podem ser efetuados através de contratos inteligentes ou simplesmente pela transferência de domínio sobre determinado bem digital original não multiplicável, de forma que, seria demasiado imprudente, mormente em poucas páginas, se aventurar em prever todas as possibilidades de incidências tributárias, mesmo limitado à hipótese da regra matriz de incidência do imposto sobre a renda, sobre as tantas quantas forem as hipóteses de negócios que podem ser firmados a partir da tecnologia informada.

Por esse motivo, no presente trabalho, tratar-se-á somente sobre a hipótese de incidência do imposto sobre a renda, no que se refere ao ganho de capital auferido dentre as negociações de bens digitais impregnados por token não fungível, diante de sua natureza e definição, de bem individualizado, passível de comercialização, como qualquer outro bem, que se pode angariar lucro pela simples transmissibilidade.

2. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA, NO BRASIL, SOBRE OPERAÇÕES DE BENS E DIREITOS REPRESENTADOS PELOS TOKENS NÃO FUNGÍVEIS

Para se compreender a aplicação da norma jurídico-tributária, o construtivismo lógico-semântico estatui como método a regra matriz de incidência da norma, como construção comunicacional da mensagem legislada, a partir de um texto bruto, que se exprime através da linguagem, que define por sua estrutura lógica um juízo hipotético, enquadrando a consequência jurídica pela relação deôntica de seu objeto entre os sujeitos que o envolvem, vinculando-se o antecedente e o consequente (CARVALHO, 2020).

Essa regra matriz de incidência composta pela hipótese, ou descritor da norma jurídica, predispõe a formulação, pelo legislador, de conceitos sobre o mundo fático, que elege determinados traços comuns ao fenômeno que se deseja regular, estabelecendo critérios de identificação que vão implicar na hipótese de incidência sobre o fato imponível quando de sua enunciação. Tem-se que essa hipótese é constituída pelos elementos de critério material, indicando o verbo e seu complemento, pelo critério espacial e critérios temporal, cuja formalização resulta na equação lógica

“ $H_t=C_m(v.c).C_e.C_t$ ”, em que, “ H_t ” é a hipótese de incidência, “ C_m ” o critério material, “ v ” o verbo, “ c ” o complemento, “ C_e ” o critério espacial, “ C_t ” o critério temporal e, “ $.$ ”, o símbolo conjuntivo (CARVALHO, 2020).

Para a formação da regra matriz de incidência, deve-se, ainda, atribuir o consequente, o mandamento, cujo prescriptor é identificado pelo critério pessoal e pelo critério quantitativo, o primeiro compreendido pelos sujeitos ativo e passivo, o segundo composto pela base de cálculo e alíquota, no que concerne à norma jurídico-tributária (CARVALHO, 2020). Tendo por base esses critérios lógicos, importa examinar a norma jurídica que estatui a respeito do imposto de renda, promovendo corte sobre o objeto ora analisado, naquilo que compreende a sua possível incidência em relação aos tokens não-fungíveis.

É vasto o arcabouço legislativo do imposto de renda no ordenamento jurídico brasileiro. Sem exaurir, e longe dessa pretensão, os diplomas legislativos existentes tanto em relação ao imposto de renda sobre pessoas físicas, quanto sobre pessoas jurídicas, entre as principais referências normativas, estão o artigo 153, III da Constituição Federal, obviamente o núcleo nevrálgico do tributo, os artigos 43 a 45 do Código Tributário Nacional, o suporte das Leis ns. 7.713/1988 e 9.250/1996, no que concerne à incidência do imposto para pessoas físicas, da Lei n. 8.981/1995 com disposições mistas entre pessoas físicas e jurídicas, Lei n. 9.430/1996, no que se refere à incidência para pessoas jurídicas, Lei n. 8.023/1990, a respeito do imposto de renda sobre atividades rurais e, ainda, o Decreto n. 9.580/2018, que aprova o regulamento geral do imposto sobre a renda, em que promove a consolidação das normas, contendo 1.050 artigos que tratam especificamente da tributação, fiscalização, arrecadação do imposto de renda. O sistema tributário especificamente a respeito do imposto de renda ainda conta com infindáveis documentos normativos, entre outras leis, como pareceres normativos, instruções normativas, resoluções, decretos, etc.

Vê-se que o processo de positivação da ordem tributária decorre da Constituição Federal, que implica ao imposto de renda, os princípios da generalidade, universalidade e progressividade, no §2º, I, do artigo 153, que se deve acrescentar o da igualdade, compreendendo que o imposto de renda deve ser geral, o que incide sobre todas as modalidades de renda, universal, incidente sobre todos (COELHO, 2020), equitativo, o que equilibra o dever de igualdade, aos iguais, e sua progressividade, na forma estabelecida em lei. Em que pese, o processo de positivação iniciado na Constituição

Federal que firma esses critérios como basilares a serem atendidos pela legislação infraconstitucional, sofre desgaste principiológico, pela complexidade das enunciações prescritivas que constroem a sua estrutura através das mais variadas normas infraconstitucionais regulamentares do imposto (CARVALHO, 2020).

2.1 A Regra Matriz do Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital

Tributo de competência da União, o artigo 150, III da Constituição Federal, prevê o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. O Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar, dispõe em seu artigo 43 que o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica”.

Adstrito ao que se poderia conceituar como renda e proventos de qualquer natureza, o próprio artigo 43 que se entende por renda “o produto do capital, do trabalho ou da combinação entre ambos”, bem como, proventos, qualquer acréscimo patrimonial que não possa ser definido como renda, na acepção legal. Infere-se que a definição desses conceitos, são distintivos quanto à incidência do imposto de renda.

A formulação do conceito de renda e proventos tem sido demanda dos economistas e financistas. Entre as mais difundidas a respeito do conceito econômico de renda, entre as quais, tem elementos em comum que define o objeto como: a) necessariamente uma riqueza nova; b) de natureza material ou imaterial; c) natureza decorrente da atividade humana, afastando qualquer atividade fortuita; d) que pode ser uma realização econômica; e) periodicidade de recebimento; f) em moeda ou valor monetário exprimível (CALIENDO, 2020)⁵. Afere-se que o aduziu em forma de proventos, todo e qualquer acréscimo patrimonial que venha a não se definir em forma de renda.

Por proventos ainda, como fator residual do conceito de renda empregado pelo legislador, expressa-se por todo fenômeno que caracterize um incremento patrimonial ao sujeito, podendo ser deduzido pela receita, proventos resultantes de atividades já cessadas, lucro líquido ou faturamento, cujo ingresso é passível de ser tributado pelo

⁵ Não se ignora que o autor não se limita ao método lógico-semântico para o estudo do direito tributário, atribuindo interpretação sistemática por entender que a forma mais adequada para se compreender a norma tributária em sua estrutura e função, da qual entende ser a mais adequada por providenciar relevo ao pragmatismo, essencial no exame das consequências da aplicação da norma jurídica. Assim, o conceito econômico necessário sobre renda pode ser identificado através de outras matrizes epistemológicas, sem esbarrar na contradição com o método ora adotado para desenvolvimento do presente trabalho.

imposto sobre a renda. Visualiza-se que o núcleo comum entre a renda e proventos de qualquer natureza, está na compreensão de acréscimo patrimonial, do qual, Caliendo define como “mutação patrimonial positiva” (2020, p. 847), onde a riqueza ingressa definitivamente ao patrimônio do contribuinte, gerando acréscimo econômico em sua propriedade.

Essa distinção se faz pertinente, eis que, o imposto sobre a renda não pode ser exigido de promissores proventos que não tenha efetivamente ingressado da esfera patrimonial do sujeito, ao menos em sua dimensão de disponibilidade econômica, não auferindo propriamente, a renda ou o provento que se supõe perceber. Quando o legislador exprimiu como fato gerador⁶ a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, quanto a este último, entende-se a disponibilidade imediata do crédito por parte do sujeito, sem embaraços, embora o valor propriamente não esteja diretamente em mãos (MACHADO, 2010).

Por sua vez, o critério temporal do tributo não corresponde exatamente ao ano calendário na forma ordinária, correspondente ao período civil entre o primeiro dia do mês de Janeiro e o último dia do mês de Dezembro. Nesse espectro, o ganho de capital é aferido no mês de referência em que o fato da alienação do bem ou direito que gerou acréscimo patrimonial ocorreu, devendo ser apurado e recolhido no mês imediatamente posterior até seu último dia (Lei n. 8.981/1995, artigo 21; Lei n. 7.713/1988, artigos 2ª e 3ª, §2º; Regulamento Geral do Imposto de Renda, artigo 128, §2º), o que deverá ser escriturado em livro contábil quando o titular do acréscimo patrimonial for pessoa jurídica.

O ganho de capital é considerado aquele decorrente do valor obtido na alienação do bem ou direitos, deduzidos os custos da operação para adquiri-lo. A legislação tratou de relacionar, de forma não taxativa, várias operações que possibilitam o ganho de capital na alienação, a qualquer título, de bens ou direito, inclusive a promessa de cessão, tais como, a compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa, e contratos afins (Lei n. 7.713/1988, artigo 3º), negócios dos quais, possibilitam a seus titulares auferir proventos que se originam da diferença do valor de aquisição e valor de sua alienação.

⁶ Assim como Paulo de Barros Carvalho, não coadunamos com o emprego da expressão “fato gerador” como a mais acertada, preferindo-se fato jurídico tributário.

Por força do princípio da universalidade, a lei tributária atribui a qualquer sujeito a ser possível titular do acréscimo patrimonial passível de tributação pelo imposto de renda, os sujeitos residentes, os sujeitos não residentes, mas equiparados a residentes, os sujeitos não-residentes, cuja legislação dispõe tratamento próprio (CARVALHO, 2020). Isso pois, não é defeso para o legislador predispor do critério de conexão do contribuinte para estabelecer como critério pessoal do imposto de renda a residência, o domicílio ou a nacionalidade. Isso se ampara tanto para pessoas físicas como jurídicas, cada qual, com suas peculiaridades, eis que a pessoa jurídica, como produto artificial, figura fictícia do direito, deve ter regulamentação própria, diante da possibilidade de múltiplos domicílios fiscais. Em relações internacionalizadas, é importante que se estabeleça determinadas regras entre nações para que impeça a bi-tributação da renda ou dos proventos sobre uma mesma operação. O Brasil é signatário juntamente com países diversos, de tratados que evitam esse fenômeno e que intentam a prevenção contra a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda, contando ainda, como forma de evitar a dupla tributação, com instituto da reciprocidade de tratamento, disposto no artigo 5º da Lei n. 4.862/1965 (VITA, 2011), cujo critério de tratamento é também definido pelo Regulamento Geral de Imposto de Renda, artigos 115 e 192.

Firmados assim, o critério material (acréscimo patrimonial), o critério espacial e o critério temporal do imposto de renda sobre o ganho de capital, correlacionando à fórmula lógica da hipótese tributária, constituindo o descritivo normativo quanto o referido tributo, a ser subsumido quando da enunciação enunciada através da correlata autoridade que afere o acontecimento do fato jurídico tributário, sua quantificação de acordo com a base de cálculo respectiva e aplicação da alíquota, fechando o aspecto normativo entre seu antecedente e consequente.

A base de cálculo será definida pela diferença positiva entre o valor da alienação e o custo da aquisição a serem apurados quando da declaração do ingresso ao patrimônio do contribuinte (Regulamento Geral do Imposto de Renda, artigo 148). Entretanto, a própria legislação limita o dever de apuração de determinados negócios de acordo com a sua relevância monetária, afastando a incidência do tributo em algumas hipóteses. O artigo 133 do Regulamento Geral do Imposto de Renda, consolidando a legislação pertinente, trata da isenção do imposto quando da alienação de bens e direitos de pequeno valor, estabelecendo o limite de R\$20.000,00 (vinte mil reais) no mês de apuração na hipótese de alienação de ações negociadas no mercado financeiro, e no valor de

R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) em todos os demais casos, excetuando as alienações imobiliárias, em que as isenções estão em faixas diferenciadas de valores.

Já no que tange às alíquotas, obedece uma determinada progressividade, estando previstas, para operações realizadas a partir do ano-calendário de 2017, em 15% sobre parcelas que não ultrapassem do valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais); em 17,5%, para ganhos entre R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais); 20% entre parcelas de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) e 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), e; 22% nos negócios com ganho de capital acima de 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

No aspecto quantitativo do imposto de renda sobre o ganho de capital, nesse sentido, observa-se que o sujeito passivo está isento de recolher o tributo sobre o acréscimo patrimonial auferido até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), obrigando-se ao recolhimento, no mês subsequente à realização do negócio que lhe gerou o ganho de capital, a partir desse valor de acordo com as alíquotas progressivas, respectivamente.

Presentes assim, o descritivo e prescritivo da norma jurídico-tributária, consubstanciada na hipótese tributária e sua regra matriz de incidência, e na prescrição do fato jurídico tributário dependendo da enunciação para constituir a relação jurídica tributário, pelo dever do sujeito que auferir o acréscimo patrimonial de recolher o imposto sobre o provento ao sujeito ativo tributário, de acordo com os critérios quantitativos formulados.

Resta, nesse sentido, examinar a subsunção da realização do fato jurídico tributário sobre as relações negociais cujo objeto seja um arquivo de tokens não fungíveis, eis que, como já discorrido anteriormente, essa nova forma de mercado não somente se estabeleceu definitivamente entre as relações sociais passíveis de tributação, como corresponde a um mercado altamente rentável, transmitindo patrimônio entre as partes negociantes.

2.2 O Fato Jurídico Tributário: Subsunção dos Negócios Firmados com Tokens Não Fungíveis na Hipótese de Incidência Tributária do Imposto de Renda sobre Ganhos de Capital

Incipiente registrar que o presente trabalho não pretende esgotar as possibilidades jurídicas de incidência da regra matriz do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, sobre toda a relação negocial que envolva os tokens não fungíveis. É inegável que as múltiplas facetas de oportunidades de negócios que essa modalidade tecnológica pode implementar, impende no tratamento tributário excepcional de acordo com a natureza de cada negócio, não simplesmente pelo objeto contratual, mas pela forma da relação jurídica estabelecida.

Os tokens não fungíveis não se limitam a um tipo de objeto, mas implica ao seu objeto, um arquivo digital, a característica de identificação exclusiva, tornando-o único, escasso e economicamente privado. Assim, entre os elementos de definição do objeto de tributação do imposto de renda, não estará propriamente a vinculação do objeto digital, como um token não fungível, mas sim, a natureza própria do objeto e a modalidade negocial entre as partes. Uma empresa, por exemplo, que desenvolve um determinado produto digital para prestação de serviços, e o disponibiliza como um token não-fungível, não irá arcar com imposto de renda na forma de ganho de capital, mas de acordo com as normas tributárias que disciplinam a respeito do imposto de renda sobre atividade empresarial, normalmente de pessoa jurídica, incidente o imposto sobre o lucro líquido, apurado pelo lucro real, presumido ou arbitrado na forma da legislação pertinente.

Um contrato de prestação de serviços, compra e venda, doação, permuta, ou qualquer outra forma de documento, bilateral ou unilateral, simples ou complexo, individual ou coletivo, pode ser objeto digital imbricado por um token não fungível, seja qual for o interesse dos sujeitos quanto a sua manifestação volitiva, em individuar esse bem ou documento. O *blockchain* já é utilizado para registros de terras na República da Geórgia, estabelecendo uma espécie de registro imobiliário⁷ seguro pela tecnologia, sendo seguido pela Suécia, pela cidade de Dubai, vindo a ser testada a solução no Brasil, através de uma parceria entre a Universidade da Colúmbia Britânica e a empresa Ubitquity (REVOREDO, 2019). A incidência do imposto sobre a renda nessas hipóteses,

⁷ Por sinal, o melhor exemplo de sistema para se compreender a tecnologia da *blockchain* seria justamente o livro de registro imobiliário, onde o registrador promove, continuamente e mantendo os apontamentos anteriores intactos, os registros de todos os atos que envolvam o bem imóvel objeto registral. A tecnologia *blockchain* poderia empregar maior efetividade, dinâmica e segurança, possivelmente até, num futuro próximo, dispensar a atividade cartorária para essa finalidade.

obviamente, não se afere pela transmissão do arquivo digital que registra a relação entre as partes, mas sim, o objeto relação jurídica firmado no contrato, de acordo com suas especificidades que lhe são próprias.

O imposto de renda e proventos sobre o ganho de capital tem sua incidência na transmissão do bem digital imbricado pelo token não-fungível, quando o próprio objeto digital tem um valor intrínseco, não correspondente ao que ele representa, mas ao que ele próprio seja. Um cartão digital; uma obra de arte virtual; um vídeo de grande repercussão; uma música; um arquivo de editor que contenha um texto originariamente escrito; uma imagem; um “meme”; um *twit*; um complemento de jogo; enfim, qualquer arquivo digital que possa, por sua característica de individualização através do NFT, sugerir o interesse de alguém adquirir pela que ele é, não pelo que representa, pois pode, além do valor que o próprio sujeito emprega ao objeto, nada representar além de sua própria existência.

Feita essa delimitação, conforme discorrido a respeito da norma tributária em atenção, vislumbra-se que a tributação de proventos, pelo ganho de capital, ao que impende no lucro obtido na transmissão de bens digitais, a regra matriz de incidência é notoriamente aplicável, sem extremes de dúvidas, sem necessidade de maiores digressões a respeito de seu cabimento, simplesmente por decorrência de ser uma tecnologia como uma nova plataforma negocial. Verdade é, que, a novidade está na própria tecnologia adotada, mas não no formato de negócio, que não se distancia de qualquer outra forma negocial secular já existente no meio social.

A dificuldade se expressa, não pelo modo de negócio, mas pela fiscalização das relações. As relações negociais com NFTs, por via de regra, são firmadas em ambiente transnacionais, não raro, pelo envolvimento de três ou mais países. Como demonstrado antes, as transmissões de arquivos digitais são realizadas por meio virtual, em plataformas que podem estar ambientadas em qualquer país do mundo, geralmente aqueles em que a regulação e tributação é deveras menos acentuada, enquanto as partes podem estar em países distintos, e ainda, serem nacionais de outros. Essa complexidade exige o relacionamento internacional para garantir eficácia na fiscalidade dos negócios entabulados para fins tributários, no intuito de evitar a elisão fiscal, diminuir a evasão fiscal e, principalmente, determinar o sujeito, ou os sujeitos, ativo da relação tributária acontecida, quando não forem voluntariamente declarada pelo sujeito passivo.

A despeito de não ser uma nova modalidade de negócio, mas sim, uma nova tecnologia que dispõe plataformas diferenciadas daquelas mais correntes como ambiente

econômico, restará à comunidade internacional, principalmente, a difícil tarefa de implementar, de forma segura, viável e mantendo o equilíbrio e liberdade dos agentes econômicos, a regulação necessária para identificar os negócios entabulados que envolvam bens digitais valorosos, que promovem assertivo ganho de capital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia *blockchain*, inicialmente utilizada para garantir a segurança da moeda digital denominada *bitcoin*, instaurou uma nova tecnologia que pode transportar às relações humanas ferramentas de interação, confiabilidade e segurança, prestando um salto na forma com que a internet se presencia na vida das pessoas, mais além dos já incríveis avanços que essa capacidade de comunicação significa para a sociedade. Já não é possível imaginar a vida social sem o complemento virtual disponibilizado pelas ferramentas eletrônicas e comunicação em massa de forma eficaz, acessível e inimaginável rapidez comparado a períodos de vinte, ou até menos, anos atrás.

No arcabouço dessa tecnologia inovadora do mundo virtual, os *non-fungible tokens* tomou um grande espaço de interesse das pessoas, quando tornou possível, inequivocamente e de forma segura, imputar a um arquivo digital, que outrora poderia ser multiplicado sem a capacidade de se gerar uma assinatura própria, individual e intransponível, num produto absolutamente único, que não pode ser copiado, provocando a sua escassez e ensejando na percepção de interesse das pessoas em obter para si, a titularidade e posse do bem digital, possibilitando a transmissão de propriedade de arquivos por preços astronômicos, comparados a objetos de famosas e raríssimas obras de arte.

Em que pese a inovação tecnológica que surge, e continua expandindo seus horizontes rumo a destinos que ainda não se pode imaginar, a natureza comercial das NFTs não apresentou divergências implicantas que o contrastam com as relações jurídicas seculares da sociedade. Se num aspecto, se trata de um objeto novo que demanda aprofundados estudos para sua conceituação, por outro, a relação jurídica que estabelece entre as partes, não se distancia em muito da transmissão comum entre bens de valor, que pode gerar, para uma delas, um determinado ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda.

Destaca-se que o presente trabalho diz respeito à bens digitais, cujo único valor intrínseco é a própria existência, não tendo como razão a representação de qualquer

relação jurídica. Nesse sentido, a sua transmissão equivale a qualquer forma de transmissão de outro tipo de objeto, um carro, um imóvel, uma obra de arte, está sendo, por sua natureza, o bem mais comparável ao que se possa entender como NFT.

Nesse sentido, pela regra matriz de incidência do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, a transmissão de bens digitais afetados pelo *blockchain*, que o constitui como um NFT, se subsume à norma tributária, identificados os critérios material, temporal e quantitativo, sobre o ganho de capital auferido pelo agente econômico, implicando na relação jurídica tributária, de acordo com as bases de cálculo e alíquotas que a lei define para essa forma de proventos, observados os limites de isenção do tributo.

A dificuldade que se apresenta na existência das relações jurídicas firmadas na transmissibilidade dos bens digitais, está na fiscalização, para se evitar a elisão fiscal que pode ser bastante comum, diante do ambiente de negócios virtuais em que se realizam esses negócios. Essa modalidade de relação jurídica, comumente, envolve múltiplos países, com características de transnacionalidade, o que dificulta até mesmo a definição do sujeito ativo da relação jurídica tributária, quanto mais, a fiscalização dessas transações, quando o negócio não for voluntariamente declarado pelo próprio contribuinte.

REFERÊNCIAS

CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 7.ed. São Paulo: Noeses, 2020)

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CRIPTOMOEDAS, BLOCKCHAIN e os impactos na economia mundial. **Scribd**. 2019, <https://pt.scribd.com/document/435729479/Blockchain-e-Criptomoedas>, acesso em 25.04.2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMPERTIZ, Will. Everyday: The First 5000 Days. **BBC News**, 13/03/2021, <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-56368868>, acesso em 16/04/2021

LEÃO, Heloíse Acco Tives; CANEDO, Edna Dias; GOMES, Alexandre Rodrigues. Proposta de uso do blockchain para validação de documentos de instituições de ensino superior. **Scribd**, 2019? <https://pt.scribd.com/document/419091168/8-Artigo-Blockchain-Resumido>, acesso em 14.04.2021.

LEVENSON, Eric. Vídeo viral “Charlie bit my finger” é vendido por mais de R\$4 milhões em leilão. **CNN Brasil**, 24/05/2021, https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/05/24/video-viral-charlie-bit-my-finger-e-vendido-por-mais-de-r-4-milhoes-em-leilao?utm_source=social&utm_medium=twitter-&utm_campaign=--cnn-business&utm_content=. Acesso em 25/05/2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NEWITZ, Annalee. Who wants to be na animated gif . **New scientist**. 21/03/2021, p. 24.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique Kouzak. **O manual do bitcoin: tudo que você precisa saber para não perder tempo nem dinheiro**. Brasília: [s.n], 2018.

REVOREDO, Tatiana. **Blockchain: tudo o que você precisa saber**. [s.l]: Amazon, 2019.

SAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. 2018, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, acesso em 15.04.2021.

SANTOS, Fabrício. NFTs: tudo o que você precisa saber sobre tokens não-fungíveis. **Scribd**, 2021, <https://pt.scribd.com/document/501419686/Ebook-NFTs-Criptomaniacos>, acesso em 14.04.2021.

SILVA, Luciano Nascimento; TREMEL, Rosangela. Bitcoin: aspectos da trajetória de um investimento em dinâmica construção. In LÓSSIO, Cláudio Joel Brito *et al.* (Org.) **Cibernética jurídica: estudos sobre direito digital**. Campina Grande: EDUEPB, 2020.

TRAUTMAN, Lawrence J. **Virtual art and non-fungible tokens**, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3814087, acesso em 25/04/2021

VITA, Jonathan Barros. **Teoria geral do direito: direito internacional e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE A GESTAÇÃO: ENTRE A INVISIBILIDADE DO FENÔMENO E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGRESSOR

Recebido em: 18/06/2023

Aceito em: 27/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10272



Jefferson Drezett ¹

José Henrique Rodrigues Torres ²

Francisca de Fátima dos Santos Freire ³

RESUMO: A violência contra a mulher é reconhecida como violação de direitos humanos e problema de saúde pública. Mesmo durante a gestação é elevada a prevalência de violência física, sexual e psicológica. O objetivo deste artigo é apresentar revisão narrativa sobre a violência contra a mulher durante gestação, com considerações sobre as implicações para a saúde pública e responsabilização do agressor. Por se tratar de revisão, este estudo encontra-se isento de submissão a Comitê de Ética e Pesquisa. As complicações obstétricas da violência durante a gestação apontam maior risco de aborto, óbito fetal, parto prematuro, baixo peso ao nascer, rotura prematura de membranas e óbito neonatal. A assistência pré-natal deveria ser estratégica para identificar essas situações de violência. Contudo, serviços e profissionais de saúde excepcionalmente abordam a questão. Além do enfrentamento das questões estruturais determinantes da ideologia patriarcal, a responsabilização dos agressores também é fundamental para romper o ciclo da violência e minimizar seus agravos. As políticas públicas de saúde deveriam incorporar a violência de gênero, buscando estratégias de acolhimento e de reconhecimento do problema, ampliando a garantia material dos direitos humanos das mulheres, com ações semelhantes que igualmente alcançassem os operadores do direito e suas instituições.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Contra Mulher; Gestantes; Vítimas de Crime; Violência por Parceiro Íntimo; Violações de Direitos Humanos.

¹ Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina do ABC. Professor do Departamento de Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade – Faculdade de Saúde Pública da USP. São Paulo (SP). Professor da Disciplina de Saúde Sexual, Reprodutiva e Genética Populacional – Faculdade de Medicina do ABC. Santo André (SP). E-mail: jdrezett@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4072-3636>

² José Henrique Rodrigues Torres

Doutorando da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas. Campinas (SP). Membro da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo (SP). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Juiz Titular da Vara do Júri de Campinas. Campinas (SP).

E-mail: jhtorres@tjsp.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6054-3080>

³ Doutoranda em Ciências da Saúde da Faculdade de Medicina do ABC. Santo André (SP). Mestra em Ensino na Saúde pela Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza (CE). Professora da Universidade Regional do Cariri. Crato (CE).

E-mail: stelfreire@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3090-3847>

VIOLENCE AGAINST WOMEN DURING PREGNANCY: BETWEEN THE INVIZIBILITY OF THE PHENOMENON AND THE CHALLENGES OF THE RESPONSIBILITY OF THE AGGRESSOR

ABSTRACT: Violence against women is recognized as a violation of human rights and a public health problem. Even during pregnancy, the prevalence of physical, sexual and psychological violence is high. The aim of this article is to present a narrative review on violence against women during pregnancy, with considerations about the implications for public health and accountability of the aggressor. As a review, this study is exempt from submission to the Ethics and Research Committee. Obstetric complications of violence during pregnancy indicate a higher risk of abortion, fetal death, premature delivery, low birth weight, premature rupture of membranes and neonatal death. Prenatal care should be strategic to identify these situations of violence. However, health services and professionals exceptionally address the issue. In addition to addressing the structural issues that determine patriarchal ideology, the accountability of aggressors is also fundamental to break the cycle of violence and minimize their injuries. Public health policies should incorporate gender-based violence, seeking strategies to welcome and recognize the problem, expanding the material guarantee of women's human rights, with similar actions that also reach the operators of the law and their institutions.

KEYWORDS: Violence against woman; Pregnant Women; Sex Offenses; Intimate Partner Violence; Human Rights Abuses.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é reconhecida como grave problema de saúde pública e como violação de direitos humanos (WHO, 2013). A complexidade desse fenômeno tornou-se melhor compreendida a partir do uso da categoria analítica de *gênero*, proposta pelo movimento feminista e pelas ciências sociais na década de 1990. O conceito de gênero questiona a essencialidade das diferenças entre os sexos genéticos ou biológicos, colocando o feminino e o masculino em uma perspectiva histórica, política, cultural e social (BANDEIRA, 2014).

Dessa forma, passou-se a reconhecer a construção de papéis fortemente desiguais para homens e mulheres ao longo de séculos, socializando o feminino em uma categoria subalterna, submissa e controlada, particularmente no campo sexual e reprodutivo (SAFFIOTI, 2004). Em 1994, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, promovida pelas Nações Unidas, incorporou definitivamente esse conceito, tratando por violência contra a mulher todo ato fundamentado no *gênero* que resultasse em morte ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, ocorrendo tanto nos espaços públicos como nos ambientes privados (ONU, 1979).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que a prevalência global de violência física e sexual contra a mulher seja de 30%, quando praticada pelo parceiro íntimo, e de 7,2%, por agressor estranho ou conhecido, mas não parceiro. A violência por parceiro íntimo mostra índices de 24,6% no Pacífico Ocidental, de 25,4% na Europa, de 29,2% nas Américas, de 36,6% na África e de 37,7% no Sudeste da Ásia. Ato violento praticado por agressores estranhos ou não parceiros têm prevalência de 4,9% nos países do Pacífico Ocidental, de 6,8% no Sudeste da Ásia, de 5,2% nos países da comunidade europeia, de 10,7% nas Américas e de 11,9% na África (WHO, 2013).

No Brasil, dados da OMS, de 2005, apontaram para prevalência de 34% de violência física e de 14% de violência sexual contra a mulher, ambas praticadas ao longo da vida pelo parceiro íntimo (WHO, 2005). Como consequência dessa alta prevalência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) registrou mais de 1,4 milhão de casos de violência doméstica e 230 mil pedidos de medidas protetivas no ano de 2017 (CNJ, 2018).

Nesse contexto, a violência durante a gestação (VG) é definida pela ameaça ou pela ação de violência física, sexual ou psicológica contra a gestante (WHO, 2005). As evidências indicam que a VG pode ser tão ou mais frequente que muitas intercorrências clínicas durante a gestação, como o diabetes gestacional (5,4%) (SANTOS *et al.*, 2020) ou a pré-eclâmpsia (4,6%) (ABALOS *et al.*, 2013), duas das principais condições obstétricas com protocolos bem definidos de rastreamento, diagnóstico e intervenção durante a assistência pré-natal e o parto. Mesmo assim, as instituições públicas pouco reconhecem a VG e os seus agravos. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar uma revisão narrativa sobre a violência contra a mulher durante gestação, com considerações sobre suas implicações para a saúde pública e para os procedimentos de responsabilização do agressor. Por se tratar de revisão, este estudo encontra-se isento de submissão e aprovação por Comitê de Ética e Pesquisa, conforme normas do Conselho Nacional de Saúde.

1 MAGNITUDE DA VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO

A gestação pode ser uma etapa do curso de vida da mulher em que as violências assumem novos contornos e diferentes características. Alguns estudos observam maior ocorrência de violência psicológica (OKADA *et al.*, 2015) e menor violência física e sexual nessa fase (MARTIN-DE-LAS-HERAS *et al.*, 2019), enquanto outros apontam o período gestacional como o momento do início das agressões ou de seu incremento em

frequência e gravidade (MONTEIRO *et al.*, 2007; SCHRAIBER; D'OLIVEIRA; FRANÇA JUNIOR, 2008; BO *et al.*, 2020). Muitas mulheres, particularmente as mais jovens e as adolescentes, podem passar a sofrer violência após revelarem a gestação, praticada tanto pela família como pelo parceiro íntimo (MONTEIRO *et al.*, 2007).

Diferentes dados de prevalência sobre agressões físicas durante a gestação são reportados para mulheres brasileiras. Em Campinas, a violência física ocorreu para 6,5% das gestantes (AUDI *et al.*, 2008). No Rio de Janeiro, os índices observados variaram de 9,5% (SANTOS *et al.*, 2010) a 33,8% (MORAES; REICHENHEIM, 2002). No Recife, foram 13,1% (MENEZES *et al.*, 2003). Em São Paulo, foram encontrados valores de 13,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), de 14,6% (FERRI *et al.*, 2007) e de 34,6% (OKADA *et al.*, 2015).

O cenário internacional tem indicadores igualmente importantes. Na China, a violência física na gestação ocorre para 4,3% das mulheres (LEUNG *et al.*, 1999), no Irã para 4,8% (NAGHIZADEH; MIRGHAFORVAND; MOHAMMADIRAD, 2021), na Turquia para 8,4% (GÜRKAN *et al.*, 2020), em Ruanda para 10,2% (RURANGIRWA *et al.*, 2017), na Nicarágua para 13,4% (VALLADARES *et al.*, 2005), no Malawi para 14,0% (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018), no Reino Unido para 17,0% (JOHNSON *et al.*, 2003), e em Uganda para 27,7% (KAYE *et al.*, 2006).

A violência sexual na gestação também tem prevalência relevante. O Rio de Janeiro mostra índices de 2,1% (SANTOS *et al.*, 2010) e de 9,9% (MORAES; REICHENHEIM, 2002). Em São Paulo, os valores oscilam entre 3,1% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), 4,9% (OKADA *et al.*, 2015), e 5,0% (FERRI *et al.*, 2007). Em Campinas, chegam a 6,5% (AUDI *et al.*, 2008). Em Uganda, a violência sexual é reportada em 2,7% das gestações (KAYE *et al.*, 2006), na Turquia o índice atinge 5,9% (GÜRKAN *et al.*, 2020), na Nicarágua 7,0% (VALLADARES *et al.*, 2005), na China, 9,4% (LEUNG *et al.*, 1999), em Ruanda, 9,7% (RURANGIRWA *et al.*, 2017), no Reino Unido 10,0% (JOHNSON *et al.*, 2003), no Irã 12,5% (NAGHIZADEH; MIRGHAFORVAND; MOHAMMADIRAD, 2021), e no Malawi 28,0% (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018).

Esses dados desvelam parte de um cenário mais amplo de violência sexual contra as mulheres brasileiras. Informações extraídas do Sistema de Informação de Agravos de Notificação Compulsória indicam que, no período de 2009 a 2013, houve aumento do número de notificações de violência sexual ao Ministério da Saúde, passando de 7,4 mil

casos, em 2009, para 24,4 mil casos, em 2013 (GASPAR; PEREIRA, 2018). Crianças e adolescentes enfrentam fenômeno semelhante. No ano de 2019, as instituições de segurança pública registraram que mulheres menores de 13 anos compuseram quase 60% dos casos de violência sexual (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). Outro estudo brasileiro aponta que quase 25% dos casos de abuso sexual acometeram adolescentes de 12 a 17 anos em 2015 (WAISELFISZ, 2017). Apesar da magnitude desses números, cabe considerar que eles representam a menor parte dos casos de violência sexual que realmente ocorrem e que, oficialmente, não são registrados, sobretudo em razão da dificuldade ou mesmo impossibilidade de revelação dos fatos pelas mulheres (SOUZA *et al.*, 2012).

Em acréscimo, muitas mulheres enfrentam, concomitantemente, situações de violência psicológica na gestação (GÜRKAN *et al.*, 2020). Essa forma de violência pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional para a mulher, reduza sua autoestima, prejudique seu desenvolvimento humano, tenha pretensão de controlá-la, busque sua degradação ou limite a sua autodeterminação (BRASIL, 2006). Alguma forma de violência psicológica mostrou-se presente ao longo da vida de 97,1% das mulheres (OKADA *et al.*, 2015). Dados sobre a violência psicológica na gestação no Brasil podem ser variáveis, com valores entre 17,5% (PIRES *et al.*, 2017) e 28,8% (SILVA *et al.*, 2011). Em outros países em desenvolvimento a violência psicológica na gestação alcança 26,7% das mulheres na Turquia (KARAOGLU *et al.*, 2006), 32,4% na Nicarágua (VALLADARES *et al.*, 2005), 29,1% no Malawi (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018), 32,8% no Irã (NAGHIZADEH; MIRGHAFOURVAND; MOHAMMADIRAD, 2021), 17,0% em Ruanda (RURANGIRWA *et al.*, 2017), e 40% no Iraque (AL-TAWIL, 2012).

Outras formas menos reportadas de violência devem ser reconhecidas durante a gestação. A violência patrimonial reflete as condutas que configuram a subtração, retenção ou destruição dos pertences da mulher, seus documentos ou seus valores e recursos financeiros. A violência moral se expressa pelas calúnias, injúrias ou difamações (BRASIL, 2006). Em estudo brasileiro, o abuso econômico foi encontrado em 25,9% e as agressões verbais em 31,1% das gestantes (GÜRKAN *et al.*, 2020).

Mulheres que sofrem VG também têm antecedentes importantes de violências recentes ou antigas no curso de vida, corroborando com a violência de gênero como um processo muitas vezes contínuo e recorrente. A violência física nos últimos 12 meses foi

significativamente mais frequente nas mulheres com VG, com valores crescentes de 3,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), de 7,6% (FIOROTTI *et al.*, 2018), de 9,4% (SANTOS *et al.*, 2010), de 13,1% (MENEZES *et al.*, 2003), de 14,6% (FERRI *et al.*, 2007), e de 33,8% (MORAES; REICHENHEIM, 2002).

A maioria dos casos de VG se destacada pelo parceiro íntimo como protagonista das agressões. Esse cotidiano de violência termina traduzindo-se no medo nas relações domésticas. Em nosso meio, a declaração de temor do parceiro é variável, com 26,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), 19,1% (AUDI *et al.*, 2008), e 5,1% (SANTOS *et al.*, 2010) das mulheres entrevistadas. Semelhante situação ocorre em outros países, com relato de medo do parceiro íntimo em 1,5% dos casos no Canadá (JANSSEN *et al.*, 2003), em 3,6% na China (LEUNG *et al.*, 1999), em 27,0% no Reino Unido (JOHNSON *et al.*, 2003), em 24,8% em Uganda (KAYE *et al.*, 2006), e em 32,0% na Nicarágua (VALLADARES *et al.*, 2005).

O medo do parceiro íntimo é um aspecto importante na violência de gênero, por ser um obstáculo significativo para diferentes aspectos da vida da mulher e por reduzir sua autonomia sexual e reprodutiva (WHO, 2013). Em situações extremas, a exposição ao medo em concomitância com outros eventos traumáticos pode levar ao estresse e ao isolamento, condições facilitadoras da depressão e de comportamentos suicidas (HYDE; MEZULIS; ABRAMSON, 2008).

2 VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO COMO FENÔMENO MULTIFATORIAL

Vários fatores são fortemente relacionados com a violência de gênero, como o menor status socioeconômico, pouca escolaridade da mulher ou do parceiro íntimo (RURANGIRWA *et al.*, 2017), apoio social escasso e a dependência econômica e emocional da mulher (DURAND; SCHRAIBER, 2007; BESSA *et al.*, 2014). Esses aspectos são mais impactantes nos países em desenvolvimento em que predomina maior desigualdade social, dificuldades e deficiências de atenção na saúde pública e maior assimetria nas relações de gênero (WHO, 2005). As evidências são robustas quanto ao papel da desigualdade social, da pobreza, da dependência financeira e do desemprego como fatores associados com a VG (VALLADARES *et al.*, 2005; DURAND; SCHRAIBER, 2007; OKADA *et al.*, 2015; HOANG *et al.*, 2016; CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018). A menor renda da mulher também confere ao

fenômeno da violência um significado por estratificação social (RURANGIRWA *et al.*, 2017), enquanto que a maior autonomia econômica pode funcionar como fator protetor ou redutor para a VG (PURI *et al.*, 2012).

O recorte de raça importa para a sujeição da mulher à VG, sobretudo para as negras e para mulheres de minorias étnico-raciais (KOCH; ROSENBERG; GELLER, 2016; HALPERN-MEEKIN *et al.*, 2019; BESSA *et al.*, 2022). Mulheres negras são particularmente mais vulneráveis, chegando a compor quase 70% dos casos de violência atendidos nos serviços de emergência brasileiros (GARCIA; SILVA, 2018). O extremo da violência doméstica e de gênero é feminicídio, tipificado no Código Penal brasileiro no Artigo 121, § 2º VI. (MASSON, 2000). A taxa de feminicídio de mulheres negras brasileiras entre os anos de 2016 e 2018 foi de 12,5 por 100.000 mulheres, pouco mais que o dobro observado para mulheres brancas, de 5,9 por 100.000 (MONTEIRO; ROMIO; DREZETT, 2021). Os estudos ecológicos de série temporal indicam que as taxas de homicídios no Brasil são crescentes nas últimas décadas, colocando o país na quinta posição internacional em taxa de feminicídios (WAISELFISZ, 2015).

Contudo, alguns aspectos da VG não se mostram consensuais. Diferenças de escolaridade não foram verificadas por alguns autores (KHOSLA *et al.*, 2005; SANTOS *et al.*, 2010; OKADA *et al.*, 2015). Em alguns estudos, mulheres sem parceiro se mostraram mais expostas à VG (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010; FINNBOGADÓTTIR; DYKES; WANN-HANSSON, 2016; FIOROTTI *et al.*, 2018; STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010), o que poderia ser decorrente de um possível fator protetor de uma união baseada em relações saudáveis e menos assimétricas, que poderiam determinar valores comuns na estrutura familiar (FINNBOGADÓTTIR; DYKES; WANN-HANSSON, 2016).

Outros aspectos têm sido associados com a VG. Há reportes sobre o papel da religião da mulher (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010; AL-TAWIL, 2012; OKADA *et al.*, 2015), da gravidez decorrente de relação com outro parceiro (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010), da união ou casamento precoce antes dos 18 anos (MOHAMMADHOSSEINI; SAHRAEAN; BAHRAMI, 2010), de residir em regiões urbanas (RURANGIRWA *et al.*, 2017) e do antecedente da mulher em presenciar ou vivenciar violência doméstica antes dos 15 anos de idade (MENEZES *et al.*, 2003; AUDI *et al.*, 2008). Com relação ao parceiro íntimo, aponta-se o etilismo, a pouca escolaridade (PEEDICAYIL *et al.*, 2004; BESSA *et al.*, 2014), a baixa idade (AUDI *et al.*, 2008), o

uso abusivo de substâncias psicoativas (AUDI *et al.*, 2008; TAFT; WATSON, 2008), a infidelidade conjugal (MOHAMMADHOSSEINI; SAHRAEAN; BAHRAMI, 2010), o sentimento de posse e controle sobre a mulher e a dúvida sobre a paternidade da gestação em curso (BACCHUS; MEZEY; BEWLEY, 2006). A gestação não planejada também pode aumentar o risco de sofrer VG (LEUNG *et al.*, 1999; KAYE *et al.*, 2006; SANTOS *et al.*, 2010; OKADA *et al.*, 2015).

Contudo, deve-se reconhecer que parte dessas variáveis encontra-se sujeita a fatores de confundimento, na medida em que muitos aspectos clínicos e sociodemográficos interrelacionam-se com os agravos da violência. Além disso, a violência contra a mulher é um fenômeno que se insere em contextos sociais, culturais, econômicos e políticos diversos, o que impede que se generalize sua prevalência e suas características para diferentes populações.

3 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA SOBRE A GESTAÇÃO

As evidências indicam que a violência contra a mulher é causa importante de suicídio e de mortalidade materna. A OMS estima que, em média, 38% dos feminicídios são praticados pelo parceiro íntimo, com valores maiores para países do Sudeste Asiático, da África e das Américas (WHO, 2013). As complicações obstétricas podem comprometer 37% das mulheres que sofrem VG (KAYE *et al.*, 2006), incluindo maior risco de aborto (TAFT; WATSON, 2008), de óbito fetal, de parto prematuro e de baixo peso ao nascer (KAYE *et al.*, 2006; HOANG *et al.*, 2016), de rotura prematura de membranas (SANTOS *et al.*, 2010), e de óbito neonatal (COKER; SANDERSON; DONG, 2004). Além disso, mulheres que sofrem VG estão mais propensas a iniciar o pré-natal tardiamente (KARAOGLU *et al.*, 2006) e de realizá-lo de forma irregular e inadequada (MORAES; ARANA; REICHENHEIM, 2010), além de interromperem o aleitamento materno mais precocemente (VIELLAS *et al.*, 2013).

As agressões físicas também podem resultar em danos para as gestantes. Na Itália, a violência física foi motivo para o atendimento de urgência de 113 gestantes, com lesões observadas em 47,8% dos casos (BO *et al.*, 2020). Nas situações envolvendo violência sexual durante a gestação, as mulheres ficam sujeitas a outros agravos, como lesões genitais e infecções sexualmente transmissíveis (VAN ROOIJEN *et al.*, 2018), maior sofrimento sexual (DIKMEN; ÇANKAYA, 2020) e problemas de saúde mental mais frequentes (MORAES; REICHENHEIM, 2002; SOUZA *et al.*, 2012).

Outro agravante reprodutivo na VG é o maior consumo de álcool e de tabaco. O álcool pode facilitar a violência como parte de uma associação complexa, sobretudo quando a mulher utiliza o etilismo para enfrentar situações de VG com a reprovação do parceiro íntimo, que por sua vez emprega mais violência como represália. Os danos fetais do tabaco também são conhecidos, como maior risco de prematuridade, de restrição do crescimento intrauterino e de baixo peso ao nascer (WHO, 2013).

As consequências psicológicas da violência sexual na gestação merecem atenção. As mulheres podem enfrentar o Transtorno de Estresse Pós-Traumático e níveis elevados de depressão, ansiedade e transtornos do humor. Pode ocorrer redução significativa da qualidade de vida, comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com os relacionamentos interpessoais. Pode-se observar significativa associação entre violência sexual e sintomas de dissociação, congelamento e hipervigilância. A relação com a autoimagem, autoestima e relações afetivas também são impactadas negativamente (SOUZA *et al.*, 2012).

4 ASPECTOS JURÍDICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Como evidenciam os dados apresentados, a violência, seja física, psicológica, moral ou de qualquer outra dimensão, acarretam sérios danos e prejuízos para as mulheres, especialmente no período gestacional. Essa violência deve ser prevenida e coibida. O Estado brasileiro subscreveu tratados e convenções de proteção dos direitos humanos das mulheres, como a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (ONU, 1979), assim como a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (OEA, 1994), comprometendo-se a adotar políticas públicas efetivas para garantir às mulheres uma vida livre de agressões e de qualquer tipo de violência, promovendo, inclusive, a punição dos agressores. Esse compromisso internacional, assumido no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos, há de ser cumprido, inclusive por ter força normativa vinculante.

Todavia, é preciso ter consciência de que a atuação exclusiva e isolada do sistema penal, de forma simbólica e promocional, é absolutamente insuficiente para conter essa violência que é, sobretudo, ideológica e fruto de um patriarcado estrutural, histórico e cultural. As políticas públicas não devem limitar-se ao sistema repressivo penal. Como ensina Jorge de Figueiredo Dias, “ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais,

individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido dessa intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguardas do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas” (DIAS, 1999). Ao Estado, pois, cabe, mediante a adoção de políticas públicas e providências promocionais transformadoras, que não se confundem com medidas repressivas, que, muita vez, apenas produzem a manutenção do *status quo*.

A criminalização de condutas, em qualquer de seus níveis de atuação, não pode ser adotada como solução para todos os males sociais nem pode ser mera opção simbólica de governo. Alessandro Barata adverte que “o Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, não pode, de forma simbólica, sobrepondo a política criminal à política social, criminalizar a política social” (BARATTA, 1994). Em um Estado Democrático de Direito, não se deve criminalizar qualquer conduta para fazer crer que, em razão da adoção dessa medida no plano formal legislativo, foi solucionado o problema que se pretendia arrostar.

Não se deve aplicar o sistema penal como peça de publicidade enganosa. E os dados revelados nesta revisão estão a demonstrar que, para a contenção e prevenção da violência contra a mulher, especialmente durante a gestação, o sistema repressivo tem sido pouco eficaz. Segundo Maria Lucia Karam, a força ideológica das enganosas publicidades do sistema penal, além de ocultar seu descompromisso com a humanidade e suas dores, faz com que o controle social fundado na intervenção do sistema penal apareça como a única forma de enfrentamento de situações negativas ou de condutas conflituosas ou indesejadas (KARAM, 2009).

Não é apenas a lei penal que controla fenômenos, visando regular o convívio entre as pessoas e evitar situações negativas ou condutas conflituosas ou indesejadas. É preciso buscar a compreensão das raízes dos fenômenos, comportamentais, buscando alternativas que sejam capazes de proporcionar caminhos menos danosos e mais eficazes para regulá-los, controlá-los de forma mais racional e efetiva. Decisivamente, são “ações positivas promotoras dos direitos, e não ações negativas proibitivas de condutas, que se fazem obrigatórias na atuação do Estado para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo” (KARAM, 2009).

Além disso, antes da aplicação do sistema penal, é preciso respeitar o princípio constitucional e democrático da subsidiariedade. Com efeito, “a tutela penal há de ser

ultima ratio das medidas culturais, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas”, como já decidiu o Tribunal Constitucional Português. De acordo com o princípio da subsidiariedade, embasado na principiologia do Estado-Penal Mínimo, a aplicação do sistema penal somente se justifica quando não há outras alternativas para o enfrentamento do problema social a ser debelado (PORTUGAL, 1985).

E é evidente que o problema da violência contra a mulher, inclusive no período da gestação, pode e deve ser enfrentado, também, e principalmente, fora do sistema penal, de modo até mesmo mais eficaz, mediante a promoção da educação formal e informal, capacitação de profissionais do sistema sanitário e educacional, manutenção de estruturas preparadas para garantir os direitos das mulheres, implantação de sistemas de acolhimento e orientação, políticas públicas que promovam a igualdade de gênero, implementação de programas sociais que assegurem a ativa participação das mulheres na identificação de prioridades, tomada de decisões, planejamento, adoção e avaliação de estratégias para a prevenção da violência em todos os seus aspectos, participação plena das mulheres nos espaços públicos, enfrentamento da ideologia patriarcal e aumento do poder e possibilidade das mulheres na tomada de decisões e sua efetiva execução (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

Todavia, além de adotar medidas e políticas públicas de prevenção e promoção da igualdade material e dignidade das mulheres, deve o Estado cuidar para que os agressores também sejam responsabilizados, tanto no aspecto jurídico-criminal quanto no espectro da responsabilidade civil indenizatória. Portanto, também é preciso conhecer os instrumentos legais e jurídicos disponíveis no âmbito do sistema jurídico, para que seja possível, com uma interpretação e atuação marcadas pela perspectiva de gênero, conferir maior efetividade ao ordenamento legal e garantir a vida e a saúde das mulheres no plano material da existência e, em especial, nos períodos de gestação, com a aplicação do sistema repressivo, quando necessário, sob a égide do princípio da *ultima ratio* e dos demais princípios constitucionais e de proteção dos direitos humanos.

5 SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), editada em razão de uma condenação do Brasil no concerto internacional de garantia dos direitos humanos, criou, como está disposto em seu Artigo 1º, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do Artigo

226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Em seu Artigo 2º, dispõe que as mulheres têm direitos fundamentais a serem assegurados para que vivam sem violência e que tenham sua saúde física e mental preservada. No seu Artigo 3º, afirma a responsabilidade do poder público de garantir políticas que garantam os direitos humanos das mulheres, com ênfase nas relações domésticas e familiares, protegendo-as da violência e de outras formas de abuso (BRASIL, 2006).

No seu Artigo 5º, dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada diante de “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, seja no âmbito da unidade doméstica, no ambiente familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação ou orientação sexual (BRASIL, 2006).

E, nos termos de seu Artigo 7º, amplia a abrangência do conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher para afirmar a sua ocorrência nos casos de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, hipóteses exemplificativas e não taxativas. A única referência à violência durante a gestação está no item III de seu Artigo 7º, que afirma configurar violência sexual qualquer conduta que force a prática do abortamento (BRASIL, 2006). Mas, apesar dessa única referência específica, a Lei Maria da Penha deve incidir em todas as hipóteses de violência contra a mulher durante a gravidez, como acima abordado, seja física, psicológica, sexual ou moral, esteja ou não a violência inserida no campo de criminalização do sistema penal, para garantir os seus direitos, de modo primacial, no âmbito civil e familiar.

A Lei Maria da Penha, consagrando a principiologia da intervenção mínima do Estado no âmbito repressivo, garante a prioridade da aplicação de medidas efetivas fora do âmbito do sistema penal. Posto que editada com a finalidade de coibir e evitar a violência contra a mulher, seus dispositivos não se destinam apenas ao tratamento criminal de condutas nem conferem preeminência para a atuação do sistema repressivo (BRASIL, 2006). Os dispositivos legais que criminalizam a VG, tipificando condutas e cominando penas, serão encontrados no Código Penal e em leis repressivas especiais.

A Lei Maria da Penha não pode ser tratada como um instrumento repressivo criado com a exclusiva missão de promover a punição dos agressores, mas, sim, constitui

um instrumento legal destinado a garantir a implantação de políticas públicas de prevenção, assistência e proteção às vítimas, assegurar aplicação de medidas protetivas de urgência e promover programas educacionais com perspectiva de gênero, raça e etnia, o que a qualifica como um importante mecanismo de promoção e proteção dos direitos humanos das mulheres para uma vida livre de violência.

Comprometida com o seu objetivo primacial de prevenir a violência, a Lei Maria da Penha criou mecanismos, instrumentos jurídicos e equipamentos indispensáveis à sua efetividade, como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Casas-abrigo, Centros de Referência da Mulher e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, garantindo às mulheres, inclusive, assistência judiciária durante os atos processuais cíveis e criminais (Artigo 27). Além disso, assegura a criação e atuação de equipes formadas por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (Artigo 29), com atribuição, inclusive, para “desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes” (BRASIL, 2006). Aliás, é preciso destacar a previsão de instrumentos legais destinados até mesmo ao acolhimento do agressor.

No âmbito específico do sistema repressivo, no entanto, é preciso examinar a legislação penal específica e analisar as hipóteses de tipificação e incidência do sistema com relação ao agressor, especialmente quando a violência é praticada durante o período gestacional, pois, muitas mulheres, particularmente as mais jovens e as adolescentes, podem passar a sofrer violência após revelarem a gestação, tanto pela família como pelo parceiro íntimo.

6 DA VIOLÊNCIA FÍSICA: LESÃO CORPORAL, ABORTO E FEMINICÍDIO

Quando ocorre uma violência física, que causa lesão corporal, ou seja, ofensa à integridade física ou à saúde da mulher, a conduta do agressor ou da agressora estará tipificada como criminosa no Artigo 129, *caput* do Código Penal, com pena de detenção de três meses a um ano (MASSON, 2000). Se ficar caracterizada a violência doméstica, nos termos do § 9º do mencionado dispositivo legal, a pena será maior: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”. E,

nos termos do § 13º, se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, a pena será ainda maior, de um a quatro anos (MASSON, 2000).

Mas, se a agressão for praticada durante a gestação e da lesão corporal resultar aceleração do parto ou aborto, o crime será qualificado e a pena, aplicada de acordo com parâmetros mais severos ainda: se resultar em aceleração de parto a pena será de um a cinco anos, e se resultar em aborto a pena será de dois a oito anos (Artigo 129 do Código Penal) (MASSON, 2000). Finalmente, se o agressor tiver conhecimento da gravidez e agir com a intenção de provocar a interrupção da gestação com a ocisão do feto, buscando o aborto ou assumindo o risco de provocá-lo, o crime será o de aborto, como tipificado no Artigo 125, com pena de três a dez anos (MASSON, 2000). Mas, é preciso observar que se as lesões corporais forem causadas por imprudência, negligência ou imperícia, o crime será de lesões corporais culposas. Nesse caso, eventual aborto não será punido, pois, não há hipótese legal de criminalização do aborto culposo, Artigo 18 do Código Penal (MASSON, 2000). Nessa hipótese, a responsabilidade do agressor ou da agressora pode ser reconhecida apenas no âmbito civil indenizatório e, eventualmente, administrativo ou deontológico.

Por derradeiro, configura-se o homicídio doloso quando o agressor quer ou assume o risco de produzir a morte da pessoa agredida, Artigo 121 do Código Penal (MASSON, 2000). Mas, esse crime será qualificado e a pena ampliada se ficar caracterizado o feminicídio, § 2º, ou seja, se praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, § 2º - A, com reclusão de doze a trinta anos. A pena será aumentada de um terço até a metade (§ 7º) se o feminicídio for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto. Mas, se a mulher estiver grávida e o agressor tiver conhecimento da gravidez, responderá, também, pelo aborto, se houver a morte do feto, nos termos do Artigo 125. Nesse caso, as penas do feminicídio e do aborto serão aplicadas cumulativamente, conforme Artigo 69 do Código Penal (MASSON, 2000).

7 DA VIOLÊNCIA SEXUAL

Os crimes sexuais, tipificados no Código Penal, conforme a Lei nº 12.015, de 2009 (BRASIL, 2009), deixaram de ser classificados pelo Estado brasileiro como *Crimes Contra os Costumes*, e passaram a ser compreendidos, no espectro da dignidade humana,

como *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Entre eles estão os *Crimes Contra a Liberdade Sexual*, como o *estupro*, previsto no Artigo 213, que criminaliza a imposição de ato sexual ou libidinoso, sem consentimento, mediante uso de violência física ou grave ameaça (MASSON, 2000).

O crime de *estupro de vulnerável* está tipificado no Artigo 217-A e considera a vulnerabilidade da pessoa, na expressão da sexualidade, como elementar do delito. Esse tipo penal pune qualquer ato libidinoso praticado com menores de 14 anos de idade ou com pessoas que, em razão de enfermidade ou deficiência intelectual, não têm o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência ou expressar consentimento válido, como é o caso de pessoas sob o efeito importante do álcool ou de substâncias psicoativas (MASSON, 2000).

Há, também, no espectro da tipificação de crimes contra a dignidade sexual, entre outros, os delitos de *violação mediante fraude* (Artigo 215), de *importunação sexual* (Artigo 215-A), do *assédio sexual* (Artigo 216-A), da *corrupção de menores* (Artigo 218), do *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual* (Artigo 218-B) e da *mediação para servir a lascívia de outrem* (Artigo 227) (MASSON, 2000).

Contudo, embora a violência sexual durante a gestação tenha significativa gravidade para o aumento dos danos e riscos para a saúde da mulher, em nenhuma dessas hipóteses há menção à prática do crime durante a gestação. Apenas o resultado “gravidez” é previsto como causa de aumento de pena para todos os crimes contra a dignidade sexual (Artigo 234-A), o que, aliás, é suficiente para equipará-los, por analogia, ao estupro e, assim, possibilitar a prática do aborto legal previsto no Artigo 128, II do Código Penal (MASSON, 2000).

8 DOS DANOS CAUSADOS PELA VIOLÊNCIA

Como indicam as evidências, as consequências psicológicas da violência sexual durante a gestação, como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático e níveis elevados de depressão, ansiedade e transtornos do humor, também não são consideradas de modo específico no âmbito da criminalização, apesar de causarem, com frequência, significativa redução da qualidade de vida e comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com os relacionamentos interpessoais, demonstrando associação entre a violência sexual e sintomas de dissociação,

congelamento e hipervigilância, bem como impactando de modo negativo na formação e manutenção da autoimagem, da autoestima e relações afetivas (SOUZA *et al.*, 2012).

E também não há previsão de qualificação, aumento ou agravamento de pena nos casos de delitos contra mulheres gestantes, nas hipóteses de violência psicológica, moral ou patrimonial, apesar dos danos emocionais que essa violência acarreta para as mulheres, prejudicando o seu desenvolvimento humano, sua autonomia e autodeterminação.

No espectro criminal, todos esses danos e consequências para a vítima poderão ser aferidos, apenas, como circunstâncias judiciais, no momento da fixação da pena, como previsto no Artigo 59 do Código Penal (MASSON, 2000). Mas, no âmbito da responsabilidade civil serão avaliados para a imposição de responsabilidade reparatória, inclusive com relação ao Estado, diante de eventual omissão na proteção dos direitos violados.

Na maioria significativa dos casos de VG é destacada a presença do parceiro íntimo da mulher como protagonista da agressão, o que acarreta o estabelecimento do medo nas relações domésticas. O medo do parceiro íntimo é um aspecto importante da violência de gênero, por ser um obstáculo significativo para diferentes aspectos da vida da mulher e por reduzir sua autonomia sexual e reprodutiva. Assim, no campo da responsabilidade civil decorrente da produção de todos esses danos para a mulher, especialmente quando a violência é praticada durante a gestação, devem ser consideradas as consequências acarretadas para o futuro da gestante e para eventuais oportunidades de vida reprodutiva ou de relacionamentos sociais e profissionais truncadas pela violência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem decidido, como já ocorreu nos casos Cantoral Benavides Vs Peru (CIDH, 2001), Cabrera García e Montiel Floresd Vs México (CIDH, 2010), e Gelman Vs Uruguai (CIDH, 2011), que diante de violação a direitos humanos, além da reparação dos danos físicos e morais, também deve ser reparado o dano ao projeto de vida, o qual implica violência à autodeterminação e ao direito de fazer escolhas com o objetivo de alcançar um projeto de vida futuro.

Assim, ocorre violência contra a mulher, reparável, portanto, quando as suas escolhas são frustradas pela ação de terceiros ou, então, nas situações em que a pessoa agredida é levada a ter que reformular, por ato lesivo de outrem, as suas escolhas (WESENDONCK, 2011). E cabe ao Estado garantir às mulheres a indenidade de suas escolhas para o seu projeto de vida. Como se vê, a violência, mesmo que não esteja

criminalizada, poderá fundamentar e motivar a imposição de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha e, ainda, acarretar consequências para o agressor, bem como ao Estado, no âmbito da responsabilidade civil ou administrativa.

9 RESPONSABILIDADES DOS PROFISSIONAIS E DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Desde o movimento da Reforma Sanitária, ocorrido na década de 1970, os serviços de saúde brasileiros têm sido progressivamente estruturados a partir de fundamentos filosóficos das ciências humanas para a construção de um arcabouço científico e protocolos de atenção. Estabeleceu-se a ruptura da concepção de que a saúde reflete apenas a ausência de doenças, o que determinou a adoção do conceito ampliado de saúde, que abrange, na sua concepção integral, as condições de vida, moradia, educação, alimentação, trabalho e bem-estar social e mental (BERTOLOZZI; FRACOLLI, 2008). Dessa forma, mulheres em situação de violência apresentam necessidades específicas que derivam do desrespeito aos direitos humanos e da desigualdade de gênero, desencadeando vulnerabilidades e agravos diversos para a saúde (SCHRAIBER *et al.*, 2012).

Os profissionais de saúde enfrentam dificuldades para assumir um posicionamento empático e tecnicamente adequado nos casos de violência contra a mulher. Persiste a concepção equivocada de que a violência contra a mulher não se encontra no escopo de suas atribuições e intervenções, exceto nas emergências que envolvam lesões físicas, como consequência de um modelo biomédico hegemônico com preconceitos e julgamentos embasados, especialmente, em estereótipos de gênero (VILLELA; LAGO, 2007). Acredita-se, no entanto, que a mudança desse cenário desfavorável para as mulheres depende, em parte, da promoção da adequada formação dos profissionais de saúde nas diferentes etapas de sua atuação (MASSON, 2000).

Considerando a abrangência do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, a assistência pré-natal deveria ser um espaço seguro e estratégico para identificar situações de violência na gestação (SANTOS *et al.*, 2010). No entanto, poucas vezes as mulheres revelam espontaneamente esse fato, o que colabora para reduzir a visibilidade do fenômeno (SOUZA *et al.*, 2012). Ao mesmo tempo, na maior parte dos casos, a violência física ou sexual na gestação não deixa evidências materiais que permitam suspeitar ou identificar a sua ocorrência (SANTOS *et al.*, 2010; BESSA *et al.*, 2014).

Portanto, o enfrentamento da VG exige novas formas de acolhimento e de reconhecimento do problema. Urge seja incorporada, definitivamente, a violência de gênero nas políticas públicas de saúde. Aliás, a Lei Maria da Penha, motivada pelos compromissos internacionais do Brasil no âmbito dos direitos humanos, considera primacial a promoção de medidas educativas de prevenção da violência doméstica contra a mulher em todos os setores de atuação do Estado e, também, no espectro da vida privada (BRASIL, 2006).

Igualmente importante é identificar os autores da VG para que possam ser responsabilizados, reduzindo a impunidade e promovendo a reparação dos danos. Essa medida também rompe o ciclo da violência doméstica, evitando ou minimizando os agravos para a saúde das mulheres. A Lei Maria da Penha prevê proteção para as mulheres que enfrentam VG de forma mais ampla e efetiva, pois, permite a suspensão da posse ou o porte de armas pelo agressor, o afastamento do agressor do domicílio e de locais frequentados pela mulher, a proibição de aproximação com relação à mulher, familiares e testemunhas, a proibição de toda forma de contato e comunicação, a suspensão de visitas do agressor aos filhos e, ainda, a imposição da obrigação de prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

E os profissionais de saúde têm o dever legal e o compromisso constitucional de acolher, cuidar, orientar e proteger as mulheres no âmbito de sua atuação. Casos de violência suspeita ou confirmada contra mulheres menores de 18 anos devem ser obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar, sem prejuízo de qualquer outra medida legal, com o objetivo de que possam ser adotadas medidas de proteção adequadas (BRASIL, 1990). A Lei nº 13.931, de 2019, estabelece o dever de comunicar à autoridade policial, inclusive, os casos de violência contra a mulher, com observância dos princípios ético-legais do sigilo e confidencialidade, garantindo-se, assim, a plenitude da assistência e a dignidade da mulher assistida (BRASIL, 2019). E, segundo preceitua a Lei Maria da Penha, também compete aos profissionais de saúde fornecer subsídios para o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, quando solicitados, por relatórios técnicos ou em audiências, observando os princípios de confidencialidade profissional (BRASIL, 2006).

10 O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), editado para orientar os magistrados e magistradas, mas, que pode ser adotado como paradigma, também, para a implantação de políticas públicas, inclusive no âmbito sanitário, assevera que o enfrentamento da violência contra a mulher deve orientar-se pelos princípios elegidos pela *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* (ONU, 1979) e, também, pela *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* (OEA, 1994), Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995.

O Brasil incorporou esses tratados internacionais ao seu ordenamento jurídico constitucional, considerando que a Constituição Federal, Artigo 5º, § 1º, estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” No § 2º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”, no § 3º “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”, e no § 4º “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (BRASIL, 1988).

Assim, o Brasil assumiu o compromisso de garantir ao homem e à mulher, prioritariamente, a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, mas, afirma e adverte que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher. Aliás, afirma o CNJ, nesse aspecto, que “é preciso observar, também, que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades. Assim, é preciso garantir às mulheres condições materiais dignas, promover a eliminação de todas as formas de racismo, discriminação racial, colonialismo, neocolonialismo, agressão, ocupação estrangeira e dominação e interferência nos

assuntos internos dos Estados é essencial para o pleno exercício dos direitos do homem e da mulher” (CNJ, 2021).

Vários fatores são fortemente relacionados com a violência de gênero, como o menor status socioeconômico, pouca escolaridade da mulher ou do parceiro íntimo (RURANGIRWA *et al.*, 2017), apoio social escasso e a dependência econômica e emocional da mulher. Esses aspectos são mais impactantes nos países em desenvolvimento, nos quais predominam maior desigualdade social, dificuldades e deficiências de atenção na saúde pública e maior assimetria de gênero. As evidências são robustas quanto ao papel preeminente da desigualdade social, da pobreza, da dependência financeira e do desemprego como fatores associados com a VG. A menor renda da mulher também confere ao fenômeno da violência um significado por estratificação social, enquanto a maior autonomia econômica pode funcionar como fator protetor ou redutor para VG. O recorte de raça importa para a sujeição da mulher à VG, sobretudo para as mulheres negras e de minorias étnico-raciais (KOCH *et al.*, 2016; HALPERN-MEEKIN *et al.*, 2019; BESSA *et al.*, 2022). Essas são mulheres ainda mais vulneráveis, representando quase 70% dos casos atendimentos nos serviços de emergência brasileiros (GARCIA; SILVA, 2018).

Portanto, no enfrentamento da violência contra a mulher, como afirma o CNJ, é imprescindível a adoção de políticas públicas e programas sociais hábeis para promover e garantir “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos”, sobretudo diante da “grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, a importância social da maternidade e a função dos pais na família e na educação dos filhos”. E, nesse documento indispensável para a aplicação da legislação nacional sob a ótica da perspectiva de gênero, é afirmado que “o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação”, que “a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto”, que é imprescindível “modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família para alcançar a plena igualdade entre o homem” e que é necessário adotar medidas “a fim de suprimir essa discriminação em todas as suas formas e manifestações” (CNJ, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decididamente, para garantir que as mulheres vivam de forma plena e livre de qualquer tipo de violência, inclusive para que possam optar livremente pela gravidez e gestar e parir com segurança, no pleno exercício de sua dignidade e de todos os seus direitos, não basta filosofar, proclamar direitos e editar leis. É preciso agir, com efetividade, promovendo a transformação social, implantando políticas públicas emancipatórias, desenvolvendo programas que garantam o exercício da autonomia, enfrentando a ideologia patriarcal, preparando os serviços públicos para o acolhimento integral, formando adequadamente profissionais, afastando paradigmas do modelo hegemônico fundado em preconceitos, prejulgamentos e estereótipos de gênero, assegurando a assistência pré-natal, inclusive como espaço seguro e estratégico para identificar situações de violência na gestação, assegurando condições de igualdade material para as mulheres, debelando a pobreza, as desigualdades e a discriminação racial étnica e de gênero, garantido a eficácia de medidas protetivas e, se necessário, punindo os agressores e promovendo a reparação de todos os danos, sempre com absoluto respeito aos compromissos internacionais assumidos no âmbito normativo e vinculante do sistema de proteção dos direitos humanos. Enfim, como diria Drummond, “as leis não bastam; os lírios não nascem da lei”.

REFERÊNCIAS

ABALOS, E.; CUESTA, C.; GROSSO, A. L.; CHOU, D.; SAY, L. Global and regional estimates of preeclampsia and eclampsia: A systematic review. **European Journal of Obstetrics and Gynecology and Reproductive Biology**, v. 170, n. 1, p. 1–7, 2013. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23746796/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

AL-TAWIL, N. G. Association of violence against women with religion and culture in Erbil Iraq: a cross-sectional study. **BMC Public Health**, v. 12, n. 1, p. 800, 2012. Disponível em: <https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-12-800>. Acesso em: 24 jan. 2023.

AUDI, C. A. F.; SEGALL-CORRÊA, A. M.; SANTIAGO, S. M.; ANDRADE, M. G. G.; PÈREZ-ESCAMILA, R. Violence against pregnant women: prevalence and associated factors. **Revista de Saúde Pública**, v. 42, n. 5, p. 877–885, 2008. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18695785/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BACCHUS, L.; MEZEY, G.; BEWLEY, S. A qualitative exploration of the nature of domestic violence in pregnancy. **Violence Against Women**, v. 12, n. 6, p. 588–604,

2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1077801206289131>. Acesso em: 24 jan. 2023.

BANDEIRA, L. M. Violência de gênero: A construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado**, v. 29, n. 2, p. 449–469, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/se/a/QDj3qKFJdHLjPXmvFZGsrLq/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2, n. 5, p. 5–24, 1994.

BESSA, M. M. M.; DREZETT, J.; ROLIM, M.; ABREU, L. C. Violence against women during pregnancy: sistematized revision. **Reprodução & Climatério**, v. 29, n. 2, p. 71–79, 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1413208714000466>. Acesso em: 24 jan. 2023.

BESSA, M. M. M.; DREZETT, J.; SOUZA JUNIOR, H. M. F. E; ADAMI, F.; BEZERRA, I. M. P.; ABREU, L. C. Physical and sexual violence during pregnancy in the northeastern backlands of Brazil: a cross-sectional study. **Human Reproduction Archives**, v. 37, p. e000321, 2022. Disponível em: <https://humanreproductionarchives.com/article/doi/10.4322/hra.000321>. Acesso em: 24 jan. 2023.

BO, M.; CANAVESE, A.; MAGNANO, L.; RONDANA, A.; CASTAGNA, P.; GINO, S. Violence against pregnant women in the experience of the rape centre of Turin: Clinical and forensic evaluation. **Journal of Forensic and Legal Medicine**, v. 76, p. 102071, 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33075742/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm?_%C2%A74%C2%BA,_da_cf/88. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Casa civil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1990.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o

Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2006.

BRASIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 13.931, de 10 de dezembro de 2019. Altera a Lei Nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2019.

CHASWEKA, R.; CHIMWAZA, A.; MALUWA, A. Isn't pregnancy supposed to be a joyful time? A cross-sectional study on the types of domestic violence women experience during pregnancy in Malawi. **Malawi Medical Journal**, v. 30, n. 3, p. 191–196, 2018. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30627355/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

COKER, A. L.; SANDERSON, M.; DONG, B. Partner violence during pregnancy and risk of adverse pregnancy outcomes. **Paediatric and Perinatal Epidemiology**, v. 18, n. 4, p. 260–269, 2004. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1365-3016.2004.00569.x>. Acesso em: 24 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. 24p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília (DF): Conselho Nacional de Justiça e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; 2021. 132p.

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; FATHALLA, Mahmoud. **Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito**. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004. 608p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Cantoral Benavides vs. Perú**. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Reparaciones y Costas. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/klx4o47bdkzhyqfr>. Acesso em: 30 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparaciones. 83p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf.. Acesso em: 30 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 101 páginas. Disponível em: <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Caso-Cabrera-Garcia-y-Montiel-Flores-vs-Mexico-camponeses-ecologistas.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372p.

DIKMEN, H. A.; ÇANKAYA, S. The Effect of Exposure to Sexual Violence on Sexual Dysfunction and Sexual Distress in Pregnant Women. **The Journal of Sexual Medicine**, v. 17, n. 12, p. 2394–2407, 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33199238/>. Acesso em: 3 dez. 2022.

DURAND, J. G.; SCHRAIBER, L. B. Violência na gestação entre usuárias de serviços públicos de saúde da Grande São Paulo: Prevalência e fatores associados. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 10, n. 3, p. 310–322, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/M9jYHR4DK8xskdxX7BLdvpD/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

FERRI, C. P.; MITSUHIRO, S. S.; BARROS, M. C.; CHALEM, E.; GUINSBURG, R.; PATEL, V.; PRINCE, M.; LARANJEIRA, R. The impact of maternal experience of violence and common mental disorders on neonatal outcomes: A survey of adolescent mothers in Sao Paulo, Brazil. **BMC Public Health**, v. 7, n. 1, p. 209, 2007. Disponível em: <https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-7-209>. Acesso em: 20 jan. 2023.

FINNBOGADÓTTIR, H.; DYKES, A.; WANN-HANSSON, C. Prevalence and incidence of domestic violence during pregnancy and associated risk factors: a longitudinal cohort study in the south of Sweden. **BMC Pregnancy and Childbirth**, v. 16, n. 1, p. 1-10, 2016. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27530993/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

FIOROTTI, K. F.; AMORIM, M. H. C.; LIMA, E. F. A.; PRIMO, C. C.; MOURA, M. A. V.; LEITE, F. M. C. Prevalência e fatores associados à violência doméstica: Estudo em uma maternidade de alto risco. **Texto & Contexto - Enfermagem**, v. 27, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/TnLbjRmxHCKMSgSMdWN3Qtf/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. 14ª ed. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. 332p. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BERTOLOZZI, Maria Rita; FRACOLLI, Lislaine Aparecida; O trabalho em saúde e o processo de produção. In: EGRY, Emiko Yoshikawa (Org.) **Necessidades em saúde na perspectiva da atenção básica: Guia para pesquisadores**. São Paulo: Dedone, 2008. p. 22-32. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/308426/mod_resource/content/1/LivroNecessidadesEmikoPORT_v2.pdf. Acesso em: 2 nov. 2022.

GARCIA, L. P.; SILVA, G. D. M. Violência por parceiro íntimo: Perfil dos atendimentos em serviços de urgência e emergência nas capitais dos estados brasileiros, 2014. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/WgZw9hx8DNkMS749sR4zcQw/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2023.

GASPAR, R. S.; PEREIRA, M. U. L. Evolução da notificação de violência sexual no Brasil de 2009 a 2013. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 11, p. e00172617, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/GbLMSNYQxgFYXmKHBjn4f4d/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

GÜRKAN, Ö. C.; EKŞİ, Z.; DENİZ, D.; ÇIRÇIR, H. The Influence of Intimate Partner Violence on Pregnancy Symptoms. **Journal of Interpersonal Violence**, v. 35, n. 3–4, p. 523–541, 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30049233/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

HALPERN-MEEKIN, S.; COSTANZO, M.; EHRENTAL, D.; RHOADES, G. Intimate Partner Violence Screening in the Prenatal Period: Variation by State, Insurance, and Patient Characteristics. **Maternal and Child Health Journal**, v. 23, n. 6, p. 756–767, 2019. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30600519/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

HOANG, T. N.; VAN, T. N.; GAMMELTOFT, T.; MEYROWITSCH, D. W.; THUY, H. N. T.; RASCH, V. Association between Intimate Partner Violence during Pregnancy and Adverse Pregnancy Outcomes in Vietnam: A Prospective Cohort Study. **PLoS ONE**, v. 11, n. 9, p. e0162844, 2016. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27631968/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

HYDE, J. S.; MEZULIS, A. H.; ABRAMSON, L. Y. The ABCs of depression: Integrating affective, biological, and cognitive models to explain the emergence of the gender difference in depression. **Psychological Review**, v. 115, n. 2, p. 291–313, 2008. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18426291/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

JANSSEN, P. A.; HOLT, V. L.; SUGG, N. K.; EMANUEL, I.; CRITCHLOW, C. M.; HENDERSON, A. D. Intimate partner violence and adverse pregnancy outcomes: A population-based study. **American Journal of Obstetrics & Gynecology**, v. 188, n. 5, p. 1341–1347, 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12748509/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

JOHNSON, J. K.; HAIDER, F.; ELLIS, K.; HAY, D. M.; LINDOW, S. W. The prevalence of domestic violence in pregnant women. **British Journal of Obstetrics and Gynaecology**, v. 110, n. 3, p. 272–275, 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12628266/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

KARAM, Maria Lucia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 57p.

KARAOGLU, L.; CELBIS, O.; ERCAN, C.; ILGAR, M.; PEHLIVAN, E.; GUNES, G.; GENÇ, M. F.; EGRI, M. Physical, emotional and sexual violence during pregnancy in Malatya, Turkey. **European Journal of Public Health**, v. 16, n. 2, p. 149–156, 2006. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16157613/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

KAYE, D. K.; MIREMBE, F. M.; BANTEBYA, G.; JOHANSSON, A.; EKSTROM, A. M. Domestic violence during pregnancy and risk of low birthweight and maternal complications: a prospective cohort study at Mulago Hospital, Uganda. **Tropical Medicine & International Health**, v. 11, n. 10, p. 1576–1584, 2006. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17002732/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

KHOSLA, A. H.; DUA, D.; DEVI, L.; SUD, S. S. Domestic violence in pregnancy in North Indian women. **Indian Journal of Medical Sciences**, v. 59, n. 5, p. 195–199, 2005. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15985727/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

KOCH, A. R.; ROSENBERG, D.; GELLER, S. E. Higher Risk of Homicide Among Pregnant and Postpartum Females Aged 10–29 Years in Illinois, 2002–2011. **Obstetrics & Gynecology**, v. 128, n. 3, p. 440–446, 2016. Disponível em: https://journals.lww.com/greenjournal/Abstract/2016/09000/Higher_Risk_of_Homicide_Among_Pregnant_and.5.aspx. Acesso em: 24 jan. 2023.

LEUNG, W. C.; LEUNG, T. W.; LAM, Y. Y.; HO, P. C. The prevalence of domestic violence against pregnant women in a Chinese community. **International Journal of Gynecology & Obstetrics**, v. 66, n. 1, p. 23–30, 1999. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10458546/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MARTIN-DE-LAS-HERAS, S.; VELASCO, C.; LUNA-DEL-CASTILLO, J. D.; KHAN, K. S. Maternal outcomes associated to psychological and physical intimate partner violence during pregnancy: A cohort study and multivariate analysis. **PLoS ONE**, v. 14, n. 6, p. e0218255, 2019. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31194820/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MASSON, C. **Código penal comentado**. 7ª ed. São Paulo: Método; 2019. 1504p.

MENEZES, T. C.; AMORIM, M. M. R.; SANTOS, L. C.; FAÚNDES, A. Violência física doméstica e gestação: resultados de um inquérito no puerpério. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 25, n. 5, p. 309–316, 2003. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbgo/a/kVWCjYjgdP6649zn6hwTrwm/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MOHAMMADHOSSEINI, E.; SAHRAEAN, L.; BAHRAMI, T. Domestic abuse before, during and after pregnancy in Jahrom, Islamic Republic of Iran. **Eastern Mediterranean Health Journal**, v. 16, n. 7, p. 752–758, 2010. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/117968>. Acesso em: 24 jan. 2023.

MONTEIRO, C. F. S.; COSTA, N. S. S.; NASCIMENTO, P. S. V.; AGUIAR, Y. A. A violência intra-familiar contra adolescentes grávidas. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 60, n. 4, p. 373–376, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/vkX9Vy6d4Qb9NpGVHSGtC9q/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MONTEIRO, M. F. G.; ROMIO, J. A. F.; DREZETT, J. Is there race/color differential on femicide in Brazil? The inequality of mortality rates for violent causes among white and black women. **Journal of Human Growth and Development**, v. 31, n. 2, p. 358–366, 2021. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/jhgd/article/view/12257>. Acesso em: 24 jan. 2023.

MORAES, C. L.; ARANA, F. D. N.; REICHENHEIM, M. E. Violência física entre parceiros íntimos na gestação como fator de risco para a má qualidade do pré-natal. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, n. 4, p. 667–676, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/rsp/a/yKvLdLVgNbJc9STZcg7tGrP/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2023.

MORAES, C. L.; REICHENHEIM, M. E. Domestic violence during pregnancy in Rio de Janeiro, Brazil. **International Journal of Gynecology & Obstetrics**, v. 79, n. 3, p. 269–277, 2002. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12446000/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

NAGHIZADEH, S.; MIRGHAFORVAND, M.; MOHAMMADIRAD, R. Domestic violence and its relationship with quality of life in pregnant women during the outbreak of COVID-19 disease. **BMC Pregnancy and Childbirth**, v. 21, n. 1, p. 88, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33509103/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

OKADA, M. M.; HOGA, L. A. K.; BORGES, A. L. V.; ALBUQUERQUE, R. S.; BELLI, M. A. Violência doméstica na gravidez. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 28, n. 3, p. 270–274, 2015. Disponível em: <https://acta-ape.org/en/article/domestic-violence-against-pregnant-women/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em 11 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos; 1994. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_interamericana_para_erradicar_a_violencia_contra_a_mulher.htm. Acesso em 11 out. 2022.

PEEDICAYIL, A.; SADOWSKI, L. S.; JEYASEELAN, L.; SHANKAR, V.; JAIN, D.; SURESH, S.; BANGDIWALA, S. I. The I. Spousal physical violence against women during pregnancy. **BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology**, v. 111, n. 7, p. 682–687, 2004. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15198758/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

PIRES, M. R. M.; LOCATELLI, T. Z.; ROJAS, P. F. B.; LINDNER, S. R.; BOLSONI, C. C.; COELHO, E. B. S. Prevalência e os fatores associados da violência psicológica contra gestantes em capital no sul do Brasil. **Saúde & Transformação Social**, v. 8, n. 1, p. 29–39, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2653/265351592005.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

PORTUGAL. **Diário da Assembleia da República**. 2ª série; 1985. p255.

PURI, M.; FROST, M.; TAMANG, J.; LAMICHHANE, P.; SHAH, I. The prevalence and determinants of sexual violence against young married women by husbands in rural Nepal. **BMC Research Notes**, v. 5, p. 1–13, 2012. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3474176/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

RURANGIRWA, A. A.; MOGREN, I.; NTAGANIRA, J.; KRANTZ, G. Intimate partner violence among pregnant women in Rwanda, its associated risk factors and relationship to ANC services attendance: a population-based study. **BMJ Open**, v. 7, n. 2, p. e013155, 2017. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28399509/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2015. 158p.

SANTOS, P. A.; MADI, J. M.; SILVA, E. R.; VERGANI, D. O. P.; ARAÚJO, B. F.; GARCIA, R. M. R. Gestational Diabetes in the Population Served by Brazilian Public Health Care. Prevalence and Risk Factors. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 42, n. 1, p. 12–18, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgo/a/SyR4qTWs9jmP958X8szXSrd/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SANTOS, S. A.; LOVISI, G. M.; VALENTE, C. C. B.; LEGAY, L.; ABELHA, L. Violência doméstica durante a gestação: um estudo descritivo em uma unidade básica de saúde no Rio de Janeiro. **Caderno de Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, p. 483–493, 2010. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-593710>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SCHRAIBER, L. B.; D'OLIVEIRA, A. F. P. L.; FRANÇA JUNIOR, I. Violência sexual por parceiro íntimo entre homens e mulheres no Brasil urbano, 2005. **Revista de Saúde Pública**, v. 42, suppl 1, p. 127–137, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/J5yLFXNgh57dBBkpwMrcWL/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SCHRAIBER, L. B.; D'OLIVEIRA, A. F. P. L.; HANADA, H.; KISS, L. Assistência a mulheres em situação de violência – da trama de serviços à rede intersetorial. **Athenea Digital**, v. 12, n. 3, p. 237–254, 2012. Disponível em: <https://atheneadigital.net/article/view/v12-n3-schraiber-pires-hanada-et-al>. Acesso em: 10 out. 2022.

SILVA, E. P.; LUDERMIR, A. B.; ARAÚJO, T. V. B.; VALONGUEIRO, S. A. Frequência e padrão da violência por parceiro íntimo antes, durante e depois da gravidez. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 6, p. 1044–1053, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/LFwbHftVGXZX5yVfyDDmWXJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2023.

SOUZA, F. B. C.; DREZETT, J.; MEIRELLES, A. C.; RAMOS, D. G. Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. **Reprodução & Climatério**, v. 27, n. 3, p. 98–103, 2012. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>. Acesso em: 24 jan. 2023.

STÖCKL, H.; WATTS, C.; MBWAMBO, J. K. K. Physical violence by a partner during pregnancy in Tanzania: prevalence and risk factors. **Reproductive Health Matters**, v. 18, n. 36, p. 171–180, 2010. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21111361/>. Acesso em: 30 out. 2022.

TAFT, A. J.; WATSON, L. F. Depression and termination of pregnancy (induced abortion) in a national cohort of young Australian women: the confounding effect of women's experience of violence. **BMC Public Health**, v. 8, n. 1, p. 75, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/1471-2458-8-75>. Acesso em: 24 jan. 2023.

VALLADARES, E.; PEÑA, R.; PERSSON, L. Å.; HÖGBERG, U. Violence against pregnant women: prevalence and characteristics. A population-based study in Nicaragua. **BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology**, v. 112, n. 9, p. 1243–1248, 2005. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16101603/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

VAN ROOIJEN, M. S.; SCHIM VAN DER LOEFF, M. F.; VAN KEMPEN, L.; DE VRIES, H. J. C. Sexually Transmitted Infection Positivity Rate and Treatment Uptake Among Female and Male Sexual Assault Victims Attending The Amsterdam STI Clinic Between 2005 and 2016. **Sexually Transmitted Diseases**, v. 45, n. 8, p. 534, 2018. Disponível em: https://journals.lww.com/stdjournal/Fulltext/2018/08000/Sexually_Transmitted_Infection_Positivity_Rate_and.7.aspx. Acesso em: 24 jan. 2023.

VIELLAS, E. F.; GAMA, S. G. N.; CARVALHO, M. L.; PINTO, L. W. Factors Associated with Physical Aggression in Pregnant Women and Adverse Outcomes for the Newborn. **Jornal de Pediatria**, v. 89, n. 1, p. 83–90, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2255553613000141>. Acesso em: 24 jan. 2023.

VILLELA, W. V.; LAGO, T. Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofreram violência sexual. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 23, p. 471–475, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/csp/a/5qT8C38hBFgXT4hpM4TrcPL/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2023.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: FLACSO, 2015. 83p. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

WESENDONCK, T. O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira - Um estudo de direito comparado. **Revista AJURIS**, v. 26, n. 75, p. 327-356, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: initial results on prevalence, health outcomes and women's responses**. Geneva: World Health Organization, 2005. 206p. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43309/924159358X_eng.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Global and Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-partner Sexual Violence**. Geneva: World Health Organization, 2013. 58p. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/85239>. Acesso em: 20 jan. 2023.

TRABALHO EXTERNO DO APENADO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO SUSTENTÁCULO DE DECISÕES

Recebido em: 18/06/2023

Aceito em: 03/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10271



Nestor Eduardo Araruna Santiago¹
Connie Francis Andrade Castelo Branco²

RESUMO: O artigo objetiva investigar o motivo da incongruência de dois acórdãos das turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça sobre o trabalho externo realizado por apenados em regime semiaberto, durante a pandemia, identificando a natureza das decisões e seus fundamentos teóricos. O texto inicialmente explica sobre a saúde e o trabalho externo dos presos; em seguida, passa a conceituar a teoria do garantismo e o ativismo judicial. Depois aborda os dois acórdãos por meio de suas alegações, percebendo os fundamentos das turmas do Tribunal. A metodologia é documental bibliográfica, com pesquisa de abordagem qualitativa e método dedutivo. Conclui-se que a decisão da sexta turma é garantista, pois baseada na principiologia dos direitos fundamentais normatizada na Constituição; a da quinta turma é ativista, pois não aplica o direito de acordo com a unidade de princípios, com fundamentação meramente formal e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo; Ativismo judicial; Trabalho externo do apenado.

THE PRISONER'S OUTSIDE LABOR IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC: GUARANTEEIST THEORY AND JUDICIAL ACTIVISM AS A FULCRUM FOR JUDGEMENTS

ABSTRACT: The paper aims to investigate the reason for the incongruity of two rulings of the criminal sections of Brazilian Superior Court of Justice about the outside labor performed by inmates in a semi-open regime, during pandemic, identifying the nature of the judgements and their theoretical groundings. The paper first explains about health and the outside labor of prisoners; then goes on to conceptualizes guaranteeist theory and judicial activism. After, approaches the two ruling through its allegations, realizing the groundings of Court sections. The methodology is bibliographical documentary, with a qualitative approach research and deductive method. It is concluded that the judgement of the sixth section is guaranteeist, as it is based on fundamental rights standardized in the Constitution; the fifth section judgement is an activist one, because it does not apply the law according to the unity of principles, with a merely formal grounding and incompatible with the Rule of Law.

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito (UFMG), com estágio pós-doutoral pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista. E-mail: conniefrancis@jfce.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

² J Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Penal pelo Damásio Educacional. Analista Judiciária da Justiça Federal no Ceará. Sobral – CE - Brasil.

E-mail: conniefrancis@jfce.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6193-717X>

KEYWORDS: Guaranteeist theory; Activism; Prisoners outside labor.

INTRODUÇÃO

O texto faz uma análise dos fundamentos de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo uma da Quinta Turma (AgRg no HC n. 580.495-SC) e outra da Sexta Turma (HC n. 575.495/MG) - ambas datadas de junho de 2020, acerca do exercício do trabalho externo por apenados em regime semiaberto em tempos de pandemia, que foram contraditórias entre si, em sua motivação e em seu resultado.

Durante o período do isolamento social causado pela pandemia, para resguardo tanto da população carcerária quanto das pessoas em liberdade, as Administrações prisionais de alguns Estados decidiram manter os apenados insertos nas unidades prisionais, embora já estivessem em gozo do benefício de trabalho externo, razão pela qual muitos apenados estavam em vias de perder seus trabalhos, exercidos com licitude em ambiente externo aos presídios.

Isso gerou questionamentos sobre a adequação das decisões nesse sentido no Judiciário, pois, tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expedido a Recomendação n. 62/2020 (R62), não ficara expresso com clareza se, no caso de trabalho externo, deveria o apenado permanecer dentro ou fora do presídio, mas traz opções de algumas medidas a serem adotadas para prevenir a propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19.

O caso era completamente novo, sem precedentes, pois a pandemia de Covid-19 trouxe à Justiça situações de múltiplas naturezas, e há casos que dificultam a efetivação do isolamento social de forma a um resguardo do aumento de risco de contaminação pelo novo coronavírus. Apesar da similaridade das demandas, a fundamentação e a conclusão das decisões foram divergentes. Em ambos os casos, como medida restritiva de proteção contra a proliferação da Covid-19, os respectivos Juízos das execuções penais haviam determinado o recolhimento dos apenados, que estavam em regime semiaberto, em exercício de trabalho externo.

Tendo os casos chegado à instância superior, a 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça - no AgRg no HC n. 580.495/SC, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09/06/2020 - decidiu que a suspensão temporária do trabalho externo, no regime semiaberto, em razão da pandemia de Covid-19, atende à R62 (Recomendação n. 62/2020), pois essa não recomendara automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. Já a 6ª. Turma - no HC n.

575.495/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 02/06/2020 - decidiu que, como regra, os apenados em regime semiaberto (e aberto), cujo exercício do trabalho externo tinha sido suspenso como medida preventiva de combate à Covid-19, possuem direito ao regime domiciliar, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave.

Dessa divergência, até dentro do STJ, a ideia que se tem é de que há uma indeterminabilidade do direito, passando a sensação de insegurança jurídica quanto ao resultado das demandas judiciais. Nesse ponto, faz-se necessário perscrutar o que teria gerado conclusões tão diversas para fatos tão semelhantes, mesmo quando têm por base o mesmo ordenamento jurídico. A hipótese tratada neste estudo é que a resposta dada pelas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça está fora dos parâmetros garantistas, pois, para fatos semelhantes, chegou-se a conclusões jurídicas diferentes.

Por isso, o objetivo do trabalho é investigar o motivo da divergência entre os dois entendimentos das turmas do STJ em casos semelhantes, através da análise dos fundamentos teóricos das decisões, de forma a determinar se estão adequadas ao constitucionalismo garantista (garantismo) ou ao constitucionalismo principialista (ativismo).

A metodologia utilizada teve perspectiva de abordagem qualitativa (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 29), com método de abordagem dedutivo, técnica de pesquisa documental/bibliográfica, com estudo de caso. Na terceira seção, serão traçadas explicações metodológicas em maiores detalhes.

O desenvolvimento do presente artigo está dividido em três partes: o primeiro tópico aborda os direitos afetados pelas decisões analisadas: direito à saúde e o benefício de trabalho externo na execução penal. No segundo tópico, há a explanação sobre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli e sobre o ativismo judicial, apresentando seus conceitos e suas diferenças. Por fim, no terceiro tópico, há a análise de duas decisões proferidas, respectivamente, pela Quinta e pela Sexta turmas do Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes, na mesma época, buscando identificar em suas fundamentações argumentos garantistas e/ou ativistas.

1 EXECUÇÃO PENAL

Devem ser assegurados aos apenados todos os direitos não atingidos pela sentença penal ou pela lei, sem qualquer distinção. Em razão disso, tem-se que o direito à vida e à saúde devem ser garantidos aos presos, que estão sob a custódia estatal. Igualmente, o direito ao trabalho lícito deve ser garantido aos apenados, tanto internamente quanto externamente, em especial porque há previsão expressa de sua concessão, inclusive extramuros, desde que atingidos os requisitos necessários à autorização para seu exercício.

1.1 Saúde do Preso

O art. 14 da Lei de Execução Penal (LEP) prevê a assistência à saúde do preso, não apenas curativa, mas também preventiva, em razão do que se revela uma obrigação do Estado velar pela prevenção de doenças, especialmente as contagiosas, no âmbito do sistema prisional. No entanto, o que ocorre na prática é uma situação diversa.

O contágio de doenças em ambientes prisionais é mais alto que em ambientes públicos em geral: há uma precariedade que se revela insalubre que se inicia com as instalações físicas e se agravam com possíveis superlotação, uso de drogas, práticas de violência e de relações sexuais desprotegidas pelos aprisionados. Além disso, também se verifica essa precariedade na ausência (ou irregularidade na frequência) de profissionais de saúde e de medidas preventivas, até mesmo de higiene³. Ignorar isso no momento de julgar é viver em um mundo ideal do dever ser que não se coaduna com a realidade (CABRAL, 2021, p. 84-85; BARROSO; MACHADO; ANDRADE, 2021, p. 93-95).

A partir de 2020, a humanidade teve que enfrentar a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e, como medida de prevenção contra sua proliferação, o CNJ publicou a R62 (Recomendação n. 62/2020), na qual foram estabelecidas medidas que deveriam ser adotadas como preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Em relação à execução penal, a principal indicação do CNJ através da referida Recomendação foi no sentido de criar protocolos de proteção à saúde, tanto para quem está inserido no sistema carcerário, como quem está fora dele. Em resumo, no que tange

³ Segundo o Ministério da Saúde, as doenças de maior índice de incidência em presídios são: tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis, dermatoses e hepatites, nessa ordem. Os percentuais de manifestação dessa doença nos estabelecimentos prisionais superam consideravelmente àqueles da sociedade em geral. (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 285).

ao sistema prisional, a recomendação é para aplicação preferencial de medidas em meio aberto, pois tem claros objetivos sanitários e humanitários, e a proteção é tanto para a população em geral como, em especial, para a carcerária, que está em situação de maior vulnerabilidade à doença (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 292-293).

Tratando sobre a saúde dos presos no Distrito Federal, Welinton S. Cabral lembra algumas situações de precariedade no sistema prisional, e como isso contribuiu para a transmissão de tuberculose. Adverte que as doenças não ficam restritas às unidades prisionais, pois há inevitavelmente contato com o meio exterior através de agentes penitenciários, por exemplo, o que faz com que doenças se propaguem com maior intensidade. (CABRAL, 2021, p. 85) ou seja: eventuais omissões na prevenção de Covid-19 aos apenados se revelam como mais um abandono estatal da população carcerária.

1.2 Trabalho Externo

O trabalho externo tem previsão nos artigos 36 e 37 da LEP. Quando atendidos os pressupostos, a direção do próprio estabelecimento penal pode decidir sobre sua concessão, independentemente de autorização ou homologação judicial. Essa previsão legal tem relevante papel na preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Compatibiliza-se com os espectros de proteção que não foram mitigados com a imposição da sanção penal.

Esse direito do preso durante a execução penal corrobora com a efetivação do princípio da individualização da pena e com a integração social do condenado, objetivo esse expresso na LEP (art. 1º.), de forma a premiar o exercício do trabalho com a remição de parte do tempo de execução da pena, o que demonstra ser política pública o estímulo ao trabalho dos presos.

Os apenados que estão em regime prisional fechado e semiaberto podem exercer trabalho externo à instituição penitenciária, atendidos os requisitos legais: um objetivo, que é o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena; e um subjetivo, que é relacionado ao comportamento do preso, consistente em, no período de cumprimento da pena, não haver praticado fato definido como crime, nem haver sido punido com falta grave ou ter conduta em desacordo com os requisitos estabelecidos para a concessão do benefício - aptidão, disciplina e responsabilidade. Na prática, o requisito subjetivo é que o preso tenha comportamento classificado como bom, que lhe é atribuído por exclusão da prática de qualquer daquelas condutas.

Há ainda outro requisito, que é lógico, para a concessão da autorização para o exercício do trabalho externo: o apenado deve ter conseguido a vaga de trabalho. A autorização só deve ser concedida quando o apenado demonstra ter conseguido trabalho formal e lícito – um documento que comprove o interesse do empregador, bem como as condições do exercício desse trabalho, que devem estar em consonância com os horários de recolhimentos e as restrições próprias do regime de cumprimento de pena. Em regra, os presos que saem para trabalhar se recolhem no horário noturno e em finais de semana.

O trabalho externo exercido por quem está em regime fechado é situação permitida na lei, porém excepcional e rara. As decisões do STJ objeto de análise no presente artigo se referem a casos de trabalho externo de apenados que estão em regime semiaberto, e que já exerciam o trabalho externo antes da pandemia de Covid-19. Enfatize-se que é possível a revogação desse direito ao trabalho externo, em caso de o apenado praticar fato definido como crime ou como falta grave, ou, ainda, se faltar com o dever de disciplina e responsabilidade (MARCÃO, 2021, p. 64).

2 GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL: EXPLANAÇÃO CONCEITUAL

Luigi Ferrajoli desenvolveu a Teoria Garantista, que teve início com a publicação de sua obra “*Diritto e Ragione*”, com uma visão ampliada dos valores iluministas, que inspiraram a teoria - tais como as ideias contidas na obra de Beccaria - trazendo uma nova perspectiva sobre os direitos humanos e o sistema prisional, e promove uma teoria do Direito que defende a proteção a direitos e garantias individuais e sociais.

Ressalte-se que tais ideias surgiram no século XVIII, como um contraponto a uma fase histórica de transição em que, aos poucos, a visão de um Estado absoluto foi gradativamente perdendo espaço, ao passo que a noção de direitos fundamentais e de limitação de poder foi se consolidando. Esses ideais foram aprofundados por Ferrajoli, que realizou em toda a sua obra atualizações necessárias às democracias constitucionais contemporâneas (IPPOLITO, 2011).

A leitura reducionista da teoria tem sido realizada no Brasil, limitando-a à área penal, e revela desconhecimento de sua completude. Ela é aplicável como referencial em todo o ordenamento jurídico constitucional. No processo penal é fácil dar-lhe maior visibilidade, e, por isso, foi essa área do Direito foi usada para ilustração da tese. É por

isso que tem ocorrido essa associação, mas que, se restritiva, está equivocada (TRINDADE, 2012).

O garantismo, em suma, é instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, não apenas os relacionados ao processo penal, mas que engloba direitos e liberdades individuais e sociais. Além disso, na medida em que protege direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, estabelece que o Estado é o responsável por assegurá-los, e que este deve atuar nos limites que lhe foram impostos, mediante o devido processo legal, resguardando os fins do Estado Democrático de Direito através da adequação entre o modelo constitucional e a aplicação das normas constitucionais (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p. 54).

A teoria garantista é expressão do Constitucionalismo e enfatiza a normatividade forte da Constituição e dos princípios nela contidos. Como teoria do Direito, o garantismo aborda o tema do direito constitucionalmente ilegítimo – resultante de lacunas e antinomias. Garantismo deve ser compreendido como o Constitucionalismo Garantista, e, segundo Luigi Ferrajoli, defende a tese de que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os que tratam de direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias (FERRAJOLI, 2012). Com foco na efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, o constitucionalismo garantista defende uma normatividade forte da constituição e, conseqüentemente, uma elevação do grau de importância que os Direitos Fundamentais recebem em um ordenamento jurídico.

Ferrajoli faz severas críticas ao positivismo tradicional, que chama de *paleojustivismo* – ele é classificado como um positivista crítico (TRINDADE, 2016) - e enfatiza a necessidade de racionalidade no exercício da jurisdição, de forma a proteger liberdades fundamentais, evitando abusos estatais contra indivíduos e contra a coletividade. Por isso, pode-se dizer que a Teoria Garantista é, em termos básicos, a limitação do poder estatal (FERRAJOLI, 2002).

A crítica principal que se costuma fazer ao positivismo, notadamente em Dworkin (2010, p. 50-63), é a de que há permissão para a discricionariedade nos casos difíceis. Porém, eventual utilização de fundamentação argumentativa como legitimação do ativismo judicial acaba sendo uma espécie de discricionariedade do julgador, com base em critérios não jurídicos. O Constitucionalismo Garantista se insurge contra a mesma

incerteza, que também era fruto do subjetivismo estatal, que motivara as Revoluções Liberais das quais resultaram na noção de Estado de Direito e de direitos fundamentais. Existe uma necessidade imperiosa da previsibilidade como instrumento de proteção contra a força estatal.

A Teoria Garantista pode ser considerada como teoria do Estado Constitucional de Direito, com a superação do mero Estado Legislativo de Direito (IPPOLITO, 2011, p. 39). Em razão disso, os atos normativos e executivos têm que estar de acordo com a Constituição, sendo que eventual desvio da compatibilidade desses atos com os preceitos constitucionais, notadamente aqueles referentes a Direitos Fundamentais, implica a sua não aplicação, pois não tem validade.

Compreende-se daí: primeiro, que a função jurisdicional é interpretar a lei a partir da Constituição e dos princípios; segundo, que a validade da norma tem que ter pertinência tanto formal como material com a Constituição. Nas democracias constitucionais, a lei não é vista apenas como resultado da vontade de uma maioria (visão formal); antes, deve ser atendido também o pressuposto de que a mesma norma escolhida por essa maioria deve guardar compatibilidade com os valores albergados pela Constituição. Nesse aspecto, a representatividade transcende do formal ao substancial.

Ao possibilitar o Estado Constitucional de Direito, a Teoria Garantista pode ser considerada como uma via de mão dupla: ao proteger os direitos fundamentais, embasa a ideia de uma democracia substancial, e, em retorno, é essencial para a concretização dos direitos fundamentais, construindo e efetivando o Estado Democrático de Direito.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 5) complementa que a Teoria Garantista que deve ser “entendida como meio de superar a democracia ligada à vontade da maioria (democracia formal) para, através da proteção de direitos fundamentais, avançar no sentido da igualdade jurídica, alcançando uma democracia substancial. Por isso, pode-se afirmar, com Dario Ippolito (2011, p. 40), que o garantismo “(...) se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre as quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais”.

Ferrajoli também acrescentou à teoria do direito uma inovação terminológica, a fim de contextualizar com seu constitucionalismo garantista: chamou o que se tem denominado de Neoconstitucionalismo de Constitucionalismo argumentativo ou

principlista. Explica que é também uma expressão de constitucionalismo, mas não se deve compreendê-lo como superação dele, razão pela qual defende como mais adequada a nomenclatura que propõe (FERRAJOLI, 2012). O constitucionalismo argumentativo tem como características o entendimento de que há vinculação ente direito e moral; a compreensão da atividade dos Juízes como principal fonte do Direito; o papel primordial que é dado aos princípios na interpretação da norma, a adoção da técnica de ponderação entre princípios como método de aplicação do Direito, em vez da tradicional subsunção. (FERRAJOLI, 2012)

Tem-se que, assim como no garantismo, aqui há força normativa nos preceitos constitucionais, notadamente nos que se referem a direitos fundamentais. No entanto, por adotar a técnica de ponderação na aplicação de princípios constitucionais, o constitucionalismo principlista pode dar azo a incertezas em relação ao resultado em demandas judiciais, possibilitando o *ativismo judicial*.

A propósito, *ativismo judicial* é uma expressão que pode ter mais de uma acepção. Pode se referir a um modelo ou programa adotado para decisão judicial; a atitude(s) ou comportamento(s) de juízes; ou a uma tendência das decisões judiciais verificáveis em conjunto (KOERNER, 2013, p. 69). Neste trabalho, refere-se à primeira acepção, que está relacionada com o grau de autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e à tomada de decisão. Esclarece-se que a expressão *ativismo judicial* tem sido utilizada em caráter crítico ou elogioso, a depender do marco intelectual de quem dela trata (KOERNER, 2013, p. 70).

A tendência à inovação em relação ao positivismo levou à construção da corrente teórica neoconstitucionalista, que teve grande repercussão no direito norte-americano, de tradição *common law*, em que os juízes têm um papel maior e mais ativo na construção das normas constitucionais, o que se justifica inicialmente pela natureza sintética da constituição estadunidense. No direito norte-americano se percebe maior compatibilidade com a prática de *ativismo judicial*. Porém, “(...) nos últimos anos, observa-se uma crescente tendência de aproximação entre as tradições *common law* e da *civil law* – sendo um de seus efeitos a verificação do *ativismo judicial* em países como o Brasil” (TRINDADE, 2012, p. 80).

No Brasil, o *ativismo judicial* pode ser considerado uma consequência da adoção da corrente teórica neoconstitucionalista (ou constitucionalismo argumentativo ou principlista), que, inclusive, ganhou bastante popularidade na América Latina,

notadamente entre membros do Poder Judiciário. Para Nagibe de Melo Jorge, o ativismo judicial se trata apenas de uma maior criação do direito por parte dos juízes, e é consequência lógica do pós-positivismo (2014, p. 513). Aqui, utiliza-se Pós-positivismo como Neoconstitucionalismo, pois entende-se que o autor escolheu um termo mais genérico que engloba teóricos não positivistas.

Como principais características do ativismo judicial, Teixeira (2012, p. 46-47), com apoio em Keenan M. Kmiec, enumera: invalidação ou afastamento da aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes; afastamento da aplicação de precedentes; atuação como “legislador”; utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina (possibilidades diversas para produzir uma decisão); julgamentos predeterminados a fins específicos.

Para André Karam Trindade (2016), a técnica de ponderação mascara o ativismo judicial e relativiza a certeza do Direito e a submissão dos juízes à lei (em sentido lato). Ele adverte ainda que o ativismo judicial, na maioria das vezes, é uma a recusa dos tribunais aos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (TRINDADE, 2012, p. 82). Ora, sendo o Poder Judiciário expressão do poder estatal, é preciso exigir das cortes uma fundamentação suficiente, não meramente formal, pois aí podem ser incluídos subjetivismos tais que excluam a segurança jurídica que se espera do Poder Judiciário.

Em poucas palavras, o ativismo judicial se relaciona com o crescimento do Poder Judiciário, à medida em que este, em virtude da possibilidade de “*judicial review*”, se utiliza de argumentação livre, aproveitando-se da fluidez principiológica e da normatividade dada aos princípios pelo ordenamento atual, com utilização de critérios extrajurídicos (como axiológicos, políticos, econômicos). Isso faz do Poder Judiciário um poder estatal com menos limites que os outros, e ofende o Estado Democrático de Direito, até porque se trata de um poder cujos membros não são eleitos diretamente pelo povo.

Nessa argumentação livre dos juízes, há possibilidade de a decisão não resultar na maior proteção possível que deve ser dada aos direitos fundamentais (individuais e sociais) como determina a Constituição. Por isso, entende-se o ativismo judicial como uma prática deletéria pelo risco de ocorrer o chamado “decisionismo”, com base em critérios pessoais do julgador, não se compactuando aqui com a ideia de existência de classificações de ativismo judicial em positivo e negativo (nocivo).

Esses critérios pessoais do julgador, em alguns casos, não são compatíveis com a constituição ou com a máxima proteção dos direitos fundamentais, porém, por meio da argumentação lógico-formal na fundamentação das decisões, é possível chegar a um resultado, que geralmente era desejado pelo julgador desde o início (vontade). É uma fundamentação meramente formal. Não se trata de fundamentação aceitável pelo ordenamento jurídico constitucional, porém, tendo o Judiciário a última palavra, muitas vezes a decisão que prevalece foi assim fundamentada.

Sendo assim, tem-se que garantismo e ativismo judicial são incompatíveis entre si, e se opõem diametralmente ao que defendem, dada a possibilidade, que se vê no ativismo, de desrespeito aos limites impostos constitucionalmente, mediante fundamentação argumentativa (muitas vezes meramente formal e/ou com base valorativa ou por critérios não jurídicos). O Poder Judiciário também é expressão do poder estatal, e, como tal, para o constitucionalismo garantista, deve estar limitado, e este é um pressuposto básico para o Estado Democrático de Direito.

3 O TRABALHO EXTERNO DO PRESO: EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DAS DECISÕES

Em todo o Brasil, foram recomendadas diversas medidas a serem adotadas pela administração prisional e pelos tribunais e juízes com atribuição penal, entre as quais a limitação dos ingressos e das saídas de presos, a fim de evitar o aumento de risco de contaminações epidemiológicas decorrente dessas movimentações.

Observa-se que, quanto à limitação de saída dos presos, a medida é eficaz na redução de risco de contágio ao diminuir os acessos externos e internos dos presos que saem diariamente para trabalhar para recolhimento noturno e em finais de semana. Deve-se, no entanto, ir mais longe, a fim de se verificar sua adequação, e questionar se a medida é eficiente (além de eficaz). Pergunta-se: essa medida está de acordo com a máxima proteção aos direitos fundamentais (individuais e sociais)? Há direitos fundamentais em jogo na situação concreta: individualização da execução da pena e o direito ao livre exercício do trabalho lícito. A ausência de qualquer deles deságua em necessária ofensa à dignidade da pessoa humana.

3.1 Esclarecimentos Metodológicos

A pesquisa realizada é documental e bibliográfica, por meio do estudo de dois casos semelhantes em intervalo de tempo de menos de um mês, que foram julgados pela Quinta Turma (AgRg no HC 580495-SC) e pela Sexta Turma (HC 575495/MG), ambas do Superior Tribunal de Justiça. O âmbito da abordagem da pesquisa é delimitado ao Direito brasileiro, com circunscrição temporal a partir da pandemia de Covid-19, notadamente com a publicação da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, em 17/03/2020, em seu texto original, até junho de 2020, quando foram proferidos os julgamentos.

A situação avaliada é peculiar porque os casos são similares, tanto nos fatos, como na necessidade de aplicação da mesma Resolução – trabalho externo do preso. E apesar de proferidas no mesmo mês (junho de 2020), utilizaram fundamentação diversa e chegaram a resultados diametralmente opostos.

Em que pese existirem alguns outros julgados mais recentes, as duas decisões contraditórias escolhidas para análise demonstram de maneira mais explícita a discrepância na interpretação, enfatizando a disparidade entre as teorias de base identificadas (garantismo e ativismo judicial). Isso por causa da semelhança entre os fatos, pois estavam ocorrendo muitas situações parecidas naquele período, mas também pelo interregno temporal de poucos dias entre uma e outra. Além disso, a divergência fica mais exposta porque ambos os casos estavam sob a égide da mesma resolução do CNJ, que as administrações carcerárias e as varas de execução penal deveriam acatar, mas que, no momento de aplicar, foi interpretada de forma diversa pelas Turmas do STJ.

3.2 AgRg no HC 580495-/SC, 5ª. Turma do STJ

A decisão foi proferida pela 5ª. Turma do STJ em Agravo Regimental contra decisão monocrática em Habeas Corpus que denegara a ordem ao paciente. O Habeas Corpus se insurgira contra a já referida a Portaria n. 7/2020 do Juízo de 1º grau⁴. Neste caso, o apenado já cumprira parte da pena (no mínimo, um sexto), tinha bom

⁴ No caso em análise, a Portaria n. 7/2020 do Juízo de 1º Grau, através da qual fora suspensa temporariamente a autorização do trabalho externo no regime semiaberto teria sido editada na intenção de atender recomendações oriundas tanto do Poder Executivo (Decreto n. 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declarara situação de emergência em todo território catarinense e limitara o ingresso nas unidades prisionais do Estado às pessoas indispensáveis ao seu funcionamento) quanto do Conselho Nacional de Justiça, como medida restritiva preventiva decorrente da pandemia de COVID-19.

comportamento e uma proposta de trabalho fora do presídio (requisitos para o trabalho externo), e isso faz com que avance, em atendimento ao princípio da individualização da pena, para o exercício do trabalho extramuros.

Inicialmente, argumenta a decisão da 5ª. Turma que o intuito da portaria foi de prevenir a proliferação do contágio pelo novo coronavírus (Covid-19). Segue a decisão, repetindo o argumento constante da decisão monocrática que motivara a impetração do recurso, no sentido de que, havendo vedação de ingresso de pessoas nos presídios para proteção a integridade física dos apenados, é incongruente permitir a entrada e a saída diárias dos presos por causa do trabalho externo, inclusive com o que se tem recomendado à população em liberdade.⁵

Esse argumento também serve igualmente a fundamentar a permanência do apenado confinado, mas também a soltura do preso trabalhador, o que não ocorreu. Neste caso, prevaleceu o argumento da proteção à integridade física dos apenados, que estão sob a responsabilidade do Estado, de forma a agravar a situação do sujeito especialmente protegido contra a força do próprio Estado. Ou seja, o Estado, que tem a obrigação de proteger os presos, alega estar protegendo uma coletividade de encarcerados, porém, olvidando de proteger indivíduos que compõem essa coletividade (em aspectos relativos a seus direitos individuais e sociais).

A decisão assemelha-se a uma regressão de regime, porém estruturada sem culpabilidade, na medida em que desconsidera que o fator impeditivo para o trânsito entre o mundo exterior e o cárcere é fruto de força maior não imputada ao apenado, Tal atitude viola o devido processo legal, e, por consequência, viola a visão do Direito em sua integridade. Além disso, não preserva ao máximo o posto de trabalho já alcançado, o que viola direito social do indivíduo (o direito ao exercício do trabalho lícito).

Como já foi aqui enfatizado, a lei brasileira estabelece que aos apenados são garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença penal ou pela lei, sem qualquer distinção. O direito ao trabalho lícito não só não é atingido por qualquer sentença penal, como também se trata de um direito fundamental do preso que preencheria os requisitos legais.

⁵ “Considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais devido à pandemia visa a proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitado a permanecer em isolamento em suas residências. ”

Sobre o fato desse trabalho ser exercido fora do estabelecimento prisional, sabe-se que atende ao princípio da individualização da pena. Sendo externo ao estabelecimento penal, o trabalho do preso proporciona maior integração do apenado com a sociedade – o que é um fim almejado pelo ordenamento jurídico pátrio -, e esse trabalho também deve ter a proteção que a Constituição confere aos direitos sociais – porque não há nenhum motivo legítimo para se negar essa proteção. Sendo o objetivo do trabalho externo do preso a sua inclusão no mercado de trabalho (CABRAL, 2021, p. 93), e, estando o apenado já no exercício de trabalho nesse mercado, ao determinar o retorno ao presídio, está-se promovendo exclusão desse indivíduo, o que se revela incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Com a proibição da saída do preso para exercer o trabalho, ocorrerá a interrupção no contrato de trabalho não pela vontade do empregador e/ou do empregado, e sim pela impossibilidade de o empregado se fazer presente. É provável que o empregado (apenado) retorne à situação de desemprego, o que é um retrocesso nos direitos fundamentais dessa pessoa, visto sob o olhar tanto dos direitos sociais como dos direitos individuais – e isso não deveria ser ignorado pela administração penitenciária e, principalmente, pelos magistrados que julgam os casos.

É preciso ter em mente que a contenção de uma pandemia não se restringe a uma questão de saúde, pois as pessoas precisam de medidas protetivas nas “múltiplas dimensões da fragilidade – sistemas e saúde de saneamento, redes de segurança social e meios de subsistência” (ALMEIDA; PORTO, 2021). O trabalho, sem sombra de dúvidas, está no espectro da rede de proteção social.

A perda de um emprego lícito obviamente é prejudicial a qualquer pessoa, porém, nesse caso, se configura como uma ofensa à própria liberdade laboral. Além disso, esse fato pode, em um encadeamento de efeito dominó, levar a um retorno à delinquência, que é o inverso do objetivo da execução penal. A remuneração recebida pelo trabalho lícito auxilia, em tese, a evitar a prática de delitos contra o patrimônio, além de conferir dignidade ao indivíduo apenado, futuro egresso do sistema penal.

Em síntese: sendo a decisão no sentido da manutenção do preso em regime semiaberto como se em regime fechado estivesse, deve-se vislumbrar como possíveis consequências da suspensão da autorização do exercício do trabalho externo: 1) que o contrato de trabalho será extinto; 2) que, por isso, o benefício prisional do trabalho externo será perdido; 3) com isso, o preso deixa de remir tempo de pena pelo trabalho que

seria exercido; 4) que configura um desnecessário recrudescimento da pena, à semelhança de regressão de regime prisional, porém sem base em comportamento do apenado. Essas repercussões deveriam necessariamente passar pela argumentação desenvolvida pelo julgador, posto que este, ao aplicar a norma, deve buscar a completude do sistema, com a visão do Direito em sua integridade (SANTIAGO; DIAS; SÁ, 2019, p. 456).

Outro argumento utilizado pela Quinta Turma foi o de que a R62 não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar.⁶ Entretanto, a Resolução do CNJ, para o fim de preservar a saúde dos presos, que se revelam em situação de extrema vulnerabilidade ao contágio do vírus Covid-19, sugeriu a adoção de medidas consideradas mais benéficas à saída, e não a manutenção do cárcere, tais como como saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução, suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (*sursis*) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias, entre outras.⁷

Para a prisão domiciliar requerida no caso concreto, não poderiam ser exigidos os requisitos de uma prisão domiciliar comum. Trata-se de pedido de recolhimento no domicílio, igualmente à prisão domiciliar, porém a sua motivação é excepcional: devido à pandemia de Covid-19, por causa das restrições de acesso às penitenciárias, é desaconselhável o ingresso e saída constante de pessoas, já sendo muito arriscado o necessário deslocamento dos funcionários do sistema prisional.

A argumentação sobre o não preenchimento dos requisitos previstos em lei para a prisão domiciliar não cabe no caso. Como já se verificou no texto da R62, pela excepcionalidade da situação, o entendimento recomendado aos juízes da execução é no

⁶ “A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.”

⁷ Convém esclarecer que a Recomendação nº 62/2020 dispõe expressamente: “Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: (...) III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução [...]”

sentido de conceder a prisão domiciliar aos presos em regime semiaberto e aberto. O CNJ sequer exigiu na Recomendação que o apenado estivesse em gozo do benefício de trabalho externo, apenas tendo sido deixado aos juízes da execução a definição das condições. Essa previsão, no entanto, se trata de mera recomendação e, por isso, não vincula as decisões jurisdicionais.

A decisão argumenta que o não atendimento dos requisitos para a prisão domiciliar ofende ao princípio da legalidade. Afirma que, para a concessão excepcional, seria necessária a inclusão do apenado entre os grupos vulneráveis ao vírus. Porém, tampouco há previsão de recolhimento integral se o preso está em regime semiaberto e exercendo trabalho externo lícito, porém isso não impediu que houvesse tal determinação. Ou seja: o órgão julgador, no caso, escolheu quando seria legalista, o que revela sua arbitrariedade no decidir, levando a crer que a decisão já estava tomada anteriormente à fundamentação, que, por isso, parece meramente formal.

Também alega que deve inexistir possibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra. Nesse ponto, a 5ª. Turma ignorou a informação de conhecimento público e notório de que não existia à época tratamento eficaz contra a Covid-19, e esse era (e é) o motivo de tantas mortes em decorrência desse vírus. Ao fazer isso, mais uma vez, percebe-se arbitrariedade na escolha do argumento, pois a premissa escolhida se revela falsa, não podendo dela se obter resultado verdadeiro.

Prosseguindo em sua argumentação, o julgado defende que, em virtude de o crime pelo qual fora condenado o preso figurar no rol dos crimes hediondos, o paciente no *Habeas Corpus* não poderia deixar de se recolher.⁸ Vê-se que se leva em consideração a espécie de crime praticado (tráfico de drogas), apesar de não haver previsão legal para tanto. Nesse ponto, verifica-se a imposição de convicções pessoais dos julgadores na decisão judicial, revelando um desacordo com o ordenamento jurídico, haja vista que, em nosso sistema, não se pode restringir direitos sem que haja previsão legal. E, ainda, eventual exigência restritiva de direitos deve ser compatível substancialmente com a Constituição.

No momento da execução, só importará a espécie de crime quando houver previsão normativa de alguma diferenciação. Essa discriminação, portanto, não passa de

⁸ “No caso concreto, em que pese o paciente se encontrar em regime semiaberto, com previsão de progressão para agosto deste ano, cometeu crime hediondo (tráfico de drogas) e não está inserido no quadro de risco previsto na Recomendação n. 62/2020 - CNJ, nem em outras normas protetivas contra o novo coronavírus. Ademais, pelo menos até a data da decisão de 1º grau, não havia notícia de contágio do vírus no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí.”

arbitrariedade colocada como fundamentação formal da decisão. Não há uma correlação lógica entre o fator diferencial apontado e a distinção do regime jurídico por ele justificado. “É necessário, para que o *discrímen* seja legal e legítimo que a diferenciação de tratamento seja fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 41).

A motivação para a restrição deve se relacionar somente à proteção contra o aumento de risco de contágio contra a covid-19 e, para que a decisão se afigure como garantista, deve ser escolhida a opção que, desde que lícita, proteja ao máximo os direitos de todos os envolvidos. O risco de contágio por Covid-19 do preso (ou através dele), em regime semiaberto trabalhando externamente, não se recolhendo ao presídio, é tão alto quando o de qualquer outro trabalhador que não esteja em cumprimento de pena. Pode-se dizer, inclusive, que a medida restritiva adotada é inócua, pois o apenado já vinha trabalhando em ocupação lícita externamente, e estava na iminência de progressão para o regime prisional aberto, e não há notícia de qualquer demérito em seu comportamento interna ou externamente ao estabelecimento prisional

Por fim, sobre o argumento de que, para a concessão da prisão domiciliar, o estabelecimento prisional necessitaria apresentar maior risco em relação ao ambiente público em geral, observa-se que não pode ser considerado uma afirmação condizente com as informações públicas sobre a proliferação de Covid-19. Apenas pelo fato de se tratar de um vírus que se propaga pelo ar, cujo risco de contágio aumenta em ambientes fechados e aglomerações – e isso caracteriza o cárcere brasileiro - já se observa o aumento do risco no ambiente prisional em relação ao ambiente externo.

Além disso, como já se afirmou acima, é de conhecimento notório que nos estabelecimentos prisionais há condições precárias de salubridade, superlotação e carência de recursos. Isso favorece a disseminação de doenças, tendo em vista que os números relativos demonstram uma incidência superior à observada fora dos limites prisionais (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 281-282).

Ou seja: não se faria necessária uma comprovação de que haveria maior risco de contaminação por Covid-19 no interior do presídio específico do caso concreto, pois se sabe que esse risco já maior é para doenças em geral nos estabelecimentos prisionais, pela natureza das instalações e da forma de interação entre os presos, notadamente com doenças facilmente proliferadas, tais como a tuberculose, cujo contágio se dá de maneira semelhante à Covid-19, e é a doença de maior incidência no sistema prisional brasileiro.

Não se compreende, através do argumento utilizado, o motivo pelo qual a 5ª. Turma do STJ tenha levado esses fatos em consideração, tendo preferido considerar como fundamentação o fato de não existirem casos de contágios por covid-19 naquele presídio em específico. O exato motivo pelo qual o contágio pelo vírus se tornara uma pandemia é a sua alta letalidade e imprevisibilidade de contaminação, pois há relatos de casos assintomáticos, razão pela qual não pôde ser controlada no sistema prisional, mesmo tendo sido tão restringido o acesso aos presídios em todo o país. Também por esse motivo se considera que o acórdão demonstra decisionismo incompatível com o garantismo, tratando-se de manifestação de ativismo judicial, pois se utiliza de argumento insuficiente para demonstrar sua alegação inicial.

Na decisão em comento, foram utilizados argumentos não jurídicos, e alguns até revelaram preconceitos e a visão de mundo ideal de quem teve a tarefa de decidir. No caso apresentado, a motivação para qualquer restrição só poderia se relacionar com a proteção contra o aumento de risco de contágio contra a covid-19, resguardando os direitos estabelecidos em lei – o que não aconteceu.

Não poderia o órgão julgador se imiscuir, por exemplo, fazendo comparação - *in pejus* ao trabalhador apenado - com as pessoas que compõem a coletividade em liberdade; ou trazer como argumento a natureza do crime pelo qual fora condenado. Só haveria uma solução para evitar o ingresso e saída constante do trabalhador apenado em regime semiaberto (que atendesse aos requisitos legais, aos princípios regentes dos direitos fundamentais e objetivos da execução penal): a prisão domiciliar, nos termos da R62.

Conclui-se que se trata de uma decisão ativista. Não pode ser considerada garantista, em que pese a utilização de argumentação dita lógica (a estrutura de subsunção é utilizada quando convém), há momentos em que se pode dizer que foi tomada com base em convicções próprias dos julgadores, além de usar argumentos em que o órgão julgador ignora conhecimentos públicos e notórios, bem como previsões normativas, falhando na técnica argumentativa que se pretendia lógica, e aparenta desconhecer o próprio bem jurídico protegido pela medida determinada.

3.3 HC 575.495/MG – 6ª. Turma do STJ

O caso distribuído à Sexta Turma se diferencia do anteriormente analisado, ao menos do ponto de vista subjetivo, porque houve a reunião de pedidos de vários pacientes

em processo único, o que gerou um *habeas corpus* coletivo, referente a presos de dois presídios da cidade mineira de Uberlândia. O impacto social da decisão foi maior que o da 6ª. Turma, e foram deferidos alguns pedidos de extensão do direito a outros indivíduos, quando comprovada a similitude fático jurídica com o caso.

Em resumo, os presos que são pacientes no presente *habeas corpus* estavam em regime semiaberto, com saídas diárias para o trabalho externo e saída temporária e que, em virtude da pandemia, foram trancafiados, como se em regime fechado estivessem, inclusive, enfrentando o quadro de superlotação carcerária – que não difere, no resto, das demais prisões brasileiras.

De fato, no caso concreto, apesar de não se tratar de uma regressão prisional propriamente dita, a suspensão de autorização para saída para trabalhar constitui um agravamento na situação penal do encarcerado assemelhada à regressão, porém sem cometimento de qualquer conduta que justificasse o recrudescimento ao apenado.

Além de ser considerado um retrocesso na execução da pena, também provocaria a revogação do benefício da execução trabalho externo. A autorização de saída, por medida de prevenção da propagação de Covid-19, fora suspensa, porém, na prática, o que se observaria era a perda do benefício, pois não haveria como garantir a manutenção do emprego, por situação que extravasa à vontade do empregador e do empregado.

O apenado em gozo do benefício do trabalho externo demonstra que já está adiantado no cumprimento da pena, pois está alcançando a tão almejada inserção na sociedade, através do exercício do trabalho lícito. Regressar a uma situação anterior vai de encontro ao objetivo da pena, e não se coaduna com os princípios que a regem.

Passa-se à análise do primeiro argumento utilizado no acórdão, consistente na afirmação de que a revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos configura flagrante ilegalidade e um recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, vez que todos os pacientes estavam em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.⁹ Como complemento a esse argumento, segue a decisão explicitando que o ordenamento jurídico apenas admite o recrudescimento da situação prisional como penalidade.¹⁰ Observa-se aqui a utilização

⁹ “A revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos elencados na petição inicial configura flagrante ilegalidade, sobretudo diante do recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, todos em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.”

¹⁰ “O recrudescimento da situação prisional somente é admitido em nosso ordenamento jurídico como forma de penalidade, em razão de cometimento de falta disciplinar, cuja imposição definitiva exige prévio

literal da lei, trazendo à tona que, nas hipóteses previstas para recrudescimento da pena (revogação de benefícios da execução ou regressão de regime), é exigido o cometimento de falta pelo condenado. Ou seja, deve existir culpabilidade imputada ao preso, sendo-lhe garantido o devido processo legal: é a aplicação daquilo que defende o constitucionalismo garantista, não sendo possível observar prática ativista nesse argumento.

Na sequência, a decisão faz menção ao fato de que diversos Juízos da Execução Penal não levaram em consideração os princípios aplicáveis na execução penal.¹¹ Nesse ponto, o acórdão também demonstra afinidade com o constitucionalismo garantista. Observe-se que o argumento preza pela normatividade forte dos princípios, além do respeito à primazia dos direitos fundamentais no momento de analisar o caso concreto, sem necessidade de recorrer a ponderações. Os princípios que fundamentaram o julgado foram suficientes para a resolução da demanda de forma suficiente ao objetivo, que era o de evitar a propagação de Covid-19, restringindo o mínimo de direitos possíveis – o que aconteceu mantendo a possibilidade do exercício do trabalho pelos apenados.

E a 6ª. Turma continua sua fundamentação, trazendo à luz o argumento seguinte, no sentido de que a suspensão da autorização de saída para trabalho externo aos apenados em regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que passaram a permanecer no presídio em tempo integral.¹² Nesse argumento, enfatiza o recrudescimento da situação do apenado em relação à progressão no cumprimento, que é expressão do princípio da individualização da pena (que orienta o processo executório penal), mas vai além. A utilização da palavra ‘degradação’ remete automaticamente à ideia contrária à dignidade da pessoa humana. Então, sendo a decisão no sentido de evitar a degradação, está protegendo a dignidade humana do trabalhador apenado por considerar que o fato de sair para exercer o trabalho extramuros possibilitava uma situação oposta à degradação, que aqui se interpreta como digna.

No argumento seguinte, a 6ª. Turma afirma que a Recomendação n. 62/2020 do CNJ dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas

procedimento disciplinar, com observância dos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa e do contraditório.”

¹¹ “Diversos Juízos da Execução Penal de comarcas mineiras adotaram medidas preventivas de combate à pandemia da Covid-19 extremamente restritivas, as quais não levaram em conta os princípios norteadores da execução penal (legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana), bem como a finalidade da sanção penal de reinserção dos condenados ao convívio social.”

¹² “A suspensão do exercício do trabalho externo aos reeducandos do regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que diariamente saíam do estabelecimento prisional para trabalhar, mas, agora, foram obrigados a nele permanecer em tempo integral, o que manifestamente representa uma alteração na situação carcerária de cada um dos atingidos pela medida de extrema restrição.”

em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução, como medida de contenção da pandemia de Covid-19.¹³ Nesse sentido, não é possível enxergar aqui ativismo judicial, pois, ao contrário, está-se indo de acordo com a recomendação, já que o caso trata de presos em regime semiaberto, e a decisão atende ao que fora recomendado pelo CNJ. O acórdão, fazendo uso da lei e de princípios, conclui que o preso trabalhador deveria permanecer fora, em recolhimento em seu domicílio, em vez do presídio, pois é a opção que atinge o mínimo de direitos do apenado, com igual eficácia para a finalidade específica, que é a prevenção contra o contágio por covid-19. Por isso, pode-se dizer que também esse argumento é garantista.

Na decisão da 6ª. Turma em análise, ficou transparente a atribuição de uma normatividade forte aos princípios, e uma proteção prioritária dos direitos fundamentais. A fundamentação utilizada na decisão é baseada em argumentos preponderantemente dogmáticos, não adotando critérios extrajurídicos ou pessoais ou mesmo consequentialistas, o que lhe classifica como garantista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação das normas no momento de sua aplicação passa, inevitavelmente, pela postura adotada por juízes, sendo ela no sentido permitir a utilização de subjetivismos e/ou argumentos extrajurídicos (ativismo judicial), ou de se manterem afastados axiologicamente do objeto, buscando a aplicação da lei, inclusive de princípios (positivados), que têm normatividade forte (garantismo ferrajoliano). O ordenamento jurídico brasileiro não concebe a imposição da visão de mundo do julgador, mesmo quando os casos forem difíceis. Afinal, os princípios que têm força normativa não são do julgador, mas são aqueles estabelecidos na Constituição.

Uma decisão pode ser fundamentada do ponto de vista lógico-argumentativo e, mesmo assim, a argumentação se mostrar contrária aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais, tal qual se verificou na decisão proferida pela 5ª. Turma do STJ, aqui analisada e interpretada como ativista. O Poder Judiciário, na concepção garantista, como expressão de uma função estatal, não deve se utilizar de argumentação axiológica na fundamentação de suas decisões, pois essa argumentação pode se afigurar como

¹³ “É preciso dar imediato cumprimento à citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo referido coronavírus (Covid-19), notadamente o disposto no inc. III do art. 5º da citada Resolução n. 62/CNJ, que dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.”

meramente formal, no intuito de chegar à conclusão que o julgador inicialmente já almejava, sendo os fundamentos não mais que mera racionalização. Nesse tipo de situação, não há aplicação de normas, mas maquiagem para a discricionariedade e o arbítrio de juízes, o que não se pode admitir no Estado Constitucional de Direito.

Nos casos concretos analisados, está em jogo a liberdade laboral e o direito fundamental dos presos ao trabalho, não atingidos pela sentença penal, devendo ser garantidos com base no objetivo legal da pena: integração do apenado à sociedade. Nesse ponto, o ordenamento jurídico nacional considera que o trabalho tem um papel altamente relevante, tanto é que premia o apenado que trabalha com a remição, e permite o exercício do trabalho externo. Essa proteção não pode ser afastada ao alvedrio do julgador. Através da decisão da 6ª. Turma do STJ, o Estado protege aquele que deveria proteger, que é o socialmente vulnerável na situação concreta: o apenado na execução penal e o trabalhador na relação de trabalho, resguardando sua saúde, sua liberdade laboral e sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; PORTO, Gabriela Hühne. Existem limites à atuação estatal na luta global contra o covid-19? **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n.44, p. 181-206. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v15i44.1061> Acesso em: 26 nov. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BARROSO, Ana Beatriz de Mendonça; MACHADO, Lethicia Pinheiro; ANDRADE, Mariana Dionísio de. COVID-19 no sistema prisional do Ceará: aplicação da recomendação nº 62/2020 do CNJ. **Revista Culturas Jurídicas**, [s. l], v. 8, n. 19, p. 88-113, 31 maio 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/46498/29160>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm . Acesso em 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 580495/SC**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/06/2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1955365>. Acesso em 05 jul. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 575495/MG**. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/06/2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1951886>. Acesso em 05 jul. 2021

CABRAL, Welinton. **Execução Penal e Ressocialização: Sistema Penitenciário do DF- Penitenciária do Distrito Federal – I**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus-Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Dou: 17 mar. 2020. CNJ, Brasília, 2020d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em 30 mai. 2021

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, S.I., v. 3, n. 1, p. 34-41, 12 set. 2011. <https://doi.org/10.4013/733>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 23 ago. 2021.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo Judicial, Discricionariedade e Controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 509-532, 28 out. 2014. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2014.13423>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423>. Acesso em: 23 ago. 2021.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], n. 96, p. 69-85, jul. 2013. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002013000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo stf. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S.L.], v. 23, n. 2, p. 53-74, 29 ago. 2018. Quadrimestral. Centro Universitário Autônomo do Brasil. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21121>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121>. Acesso em: 06 jul. 2021.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Direito como integridade: um caminho garantista contra o ativismo judicial. **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 444-464, 3 ago. 2019. Trimestral. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2019.37899>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/37899>. Acesso em: 23 ago. 2021

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. POLÍTICA DE SAÚDE NO CÁRCERE FLUMINENSE: impactos da pandemia de covid-19. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 277-300, 23 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i1.480>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/480>. Acesso em: 29 ago. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2021.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: rvmd**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406-430, dez. 2016. Semestral. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7699>. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.L.], v. 5, n. 1, p. 9-40, 12 jul. 2012. Faculdade de Direita de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.156>. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em: 05 jul. 2021.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA DENSIFICAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Recebido em: 06/06/2023

Aceito em: 02/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10116



Jordana Maria Ferreira de Lima ¹

RESUMO: O presente artigo história brevemente, e destaca, a atuação do jovem órgão administrativo – revolucionário para a administração judiciária do Brasil – na seara de direitos humanos. Para além de ser o guardião da jurisprudência em língua portuguesa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), contando, inclusive, com uma unidade específica também para o monitoramento e fiscalização de decisões e deliberações da referida Corte no Brasil; o Conselho Nacional de Justiça destaca-se pela consecução de medidas reparadoras e preventivas a violações de direitos fundamentais que propiciam dignidade à pessoa humana. É nesse contexto que se insere este trabalho, cujo objetivo precípua é lançar luz à tarefa constitucional regulamentadora do Conselho a partir de seu atuar humanista, o que será feito com o levantamento de atos normativos do CNJ restritos, no entanto, à população carcerária, em razão da limitação inerente a um artigo científico.

PALAVRAS-CHAVE: CNJ; Corte Interamericana; Direitos humanos; Direito constitucional; Poder normativo; Sistema carcerário.

THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE DENSIFICATION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article presents a brief history and highlights the performance of the young administrative institution – revolutionary for the judicial administration in Brazil – in the field of human rights. In addition to being the custodian of the jurisprudence in Portuguese of the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court), including a specific unit also for the monitoring and inspection of decisions and deliberations of the said Court in Brazil; the National Council of Justice stands out for achieving reparative and preventive measures for violations of fundamental rights that provide dignity to the human person. In this context this work is inserted, the main objective is to shed light on the regulatory constitutional task of the Council based on its humanist action, which will be done with the survey of normative acts of the CNJ restricted, however, to the prison population, in reason for the inherent limitation of a scientific article.

KEYWORDS: CNJ; Inter-American Court; Human rights; Constitutional right; Normative power; Prison system.

¹ Assessora-chefe em gabinete do CNJ. Doutora em Direito Constitucional. Mestre em Direito e Políticas Públicas. E-mail: limajordana@gmail.com

INTRODUÇÃO

Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 4º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), está a prevalência dos direitos humanos (inc. II). Também no texto constitucional, restou prevista a adesão a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/1988). Ainda dentro da Carta política nacional, encontra-se delineado o órgão sobre o qual se falará brevemente: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Conquanto instituído como órgão do Poder Judiciário (inciso I-A do artigo 92 da Constituição Federal de 1988), somente após sua instalação, em 14 de junho de 2005, o CNJ teve seu desenho institucional e estrutural iniciado. Sobre esse delineamento institucional, aqui interessam algumas medidas de índole constitucional veiculadas em ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 20 de agosto de 2008, foi julgada, definitivamente², a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 12³. A ação proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB)⁴, em síntese, pedia a suspensão de processos judiciais atinentes à Resolução CNJ n. 7, de 18 de outubro de 2005 (vedação ao nepotismo no Poder Judiciário)⁵, com eficácia retroativa em relação àqueles feitos em que o cumprimento da referida Resolução houvesse sido afastado. No mérito, a AMB buscava o reconhecimento da constitucionalidade da vedação ao nepotismo.

Do acórdão que julgou a ADC 12, importa extrair os contornos para a realização do poder normativo pelo CNJ. Com a palavra o relator, ministro Carlos Ayres Britto:

² Houve, no entanto, medida cautelar deferida nos autos da ADC 12, especificamente em 16.02.2006.

³ Íntegra do acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acesso em 15-dez-22.

⁴ Lembra-se, a título de incremento, da ação constitucional ajuizada também pela AMB em momento anterior à própria existência jurídica do Conselho: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.367-1/DF, cujo julgamento também forneceu contornos às atribuições e funcionamento do CNJ. Na ADI, contudo, a Associação de juízes pugnavia pela **inconstitucionalidade do CNJ**.

Em resumo, do julgamento da ADI acima, no mínimo seis aspectos merecem destaque: a) o CNJ é órgão nacional que **não** pode ser replicado nas unidades da federação; b) de natureza exclusivamente administrativa; c) órgão inserto no Judiciário, apesar de controla-lo; d) seus atos são passíveis de controle judicial; e) a penalidade máxima passível de aplicação pelo CNJ a juiz está limitada à aposentaria compulsória, e; f) aos membros que sejam advogados, durante o mandato no CNJ, são vedados o exercício da advocacia e a atuação política. Sobre esta última, vale mencionar que a postura político-partidária de alguns membros do Judiciário foi um dos fatores para a edição, em 2008, do ensejou a edição Resolução CNJ n. 60, de 19 de setembro de 2008, que veiculou o Código de Ética da Magistratura Nacional. Complementarmente, tendo em conta várias infringências virtuais às regras da LOMAN e ao Código de Ética, o Conselho editou a Resolução Nº 305 de 17/12/2019, que “*Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário*”.

⁵ Íntegra disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187>>, acesso em 10-dez-22.

[...]

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter **normativo primário**, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

[...]

O modelo normativo em exame **não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes** e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular postura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Em outras palavras, via ADC 12, consolidou-se, entre outros aspectos⁶, a capacidade regulamentar do CNJ, a qual decorre de dispositivo constitucional e de observação compulsória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, exceto o STF.

Evidenciada a atribuição normativa do CNJ, observar-se-á sua contribuição para os direitos humanos.

1 A EVOLUÇÃO REGULAMENTADORA DO CNJ EM DIREITOS HUMANOS

O percurso evolutivo da atividade normativa do Conselho, como visto acima, é balizado pelo STF, tendo como bases primordiais a ADI 3.367 e a ADC 12. Portanto, é hora de mirar as resoluções do Conselho que progressivamente promoveram direitos importantes, em especial, a população à carcerária.

Antes de cuidar das medidas com impacto direto no encarceramento advindo do processo penal brasileiro, relevantes dois atos normativos que significaram o início da função de planejamento estratégico atribuída constitucionalmente ao Conselho: a Resolução CNJ n. 12/2006 e a Resolução CNJ n. 65/2008. Esta permitiu a uniformização

⁶ Em acréscimo, via ADC 12, são dignas de nota as seguintes observações: i) ato normativo do Conselho pode estar revestido dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, pode possuir, ainda, caráter normativo primário, ao extrair seu fundamento de validade diretamente da CF/1988; ii) atos do CNJ podem ser descritores e prescritores, ou seja, detêm “âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos” (fls. 8 da MC na ADC 12); iii) sujeitam-se os atos do Conselho ao controle objetivo de constitucionalidade; iv) pode ocorrer, em tese, de o CNJ editar ato em contrariedade a lei ou ato administrativo local quando violarem a CF/1988.

dos dados relativos a processos no formato NNNNNNN-DD.AAAA.J.TR.OOOO e aquela possibilitou tal padronização⁷.

Por outro lado, a primeira resolução elaborada pelo CNJ a tocar diretamente na seara criminal foi publicada em 4 de setembro de 2006. Tratava-se da Resolução CNJ n. 19, que continha cinco sucintos artigos sobre a execução penal provisória. O ato levava em consideração apenas questões relacionadas à sistemática de expedição da guia de recolhimento provisório, determinando-se aos juízos prolatores da condenação a expedição e pronta remessa da guia ao juízo da execução, além da respectiva certificação nos autos do processo criminal (art. 1º, Res. 19/2006)⁸.

Substituída pela Resolução CNJ 113/2010, a temática da Res. 19 foi complementada pela Resolução CNJ n. 237/2016, editada em razão de provocação⁹ da Defensoria Pública-Geral da União que ensejou a abertura do Pedido de Providências (PP) 0003878-35.2015.2.00.0000 para determinar ao tribunal que modificar o julgamento do preso, a comunicação imediata ao juízo da execução penal (atual parágrafo único do artigo 1º da Resolução CNJ n. 113).

Antes mesmo da Res. 113, mais precisamente em dezembro de 2009, houve a edição da Lei n. 12.106 de 2 de dezembro de 2009, que criava um dos departamentos internos mais importantes do CNJ: Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Além do que propõe a literalidade de sua nomenclatura, o DMF também, logo de início, planejou e coordenou mutirões para reavaliação de prisões provisória e definitiva, de medidas de segurança e de internações de adolescentes.

Relembre-se, todavia, de que a Resolução CNJ n. 47, de 18 de dezembro de 2007, obrigava os juízes de execução criminal à realização de inspeções nos

⁷ Quanto à ferramenta de controle estatístico específico em matéria criminal, cite-se a Resolução CNJ n. 66/2009 que padroniza procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Porém, outras duas resoluções modificaram-na, a última delas, a Resolução CNJ n. 117/2010 que suspendeu a vigência do art. 2º A da Res. 66/2010.

⁸ Os outros artigos dispunham sobre providências a serem tomadas quando da superveniência de decisão absolutória ou do trânsito em julgado da condenação (art. 2º e 3º, respectivamente). O ato foi parcialmente alterado pela Resolução/CNJ n. 57 de 24 de junho de 2008; e, posterior e totalmente revogado pela Resolução/CNJ n. 113 de 20 de abril de 2010 que, com maior especificidade, cuidou do “procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança”.

⁹ Vale mencionar que tramitaram outros procedimentos no CNJ, a exemplo do PP 0009795-95.2013.2.00.0000, em que havia requerimento de imediata comunicação e cumprimento de ordens judiciais liberatórias de pessoas presas. No caso do mencionado PP, constatou-se demora de dias e até meses no cumprimento de ordem liberatória exarada em sede de Habeas Corpus por parte de um juízo de uma comarca baiana em flagrante afronta a outro ato normativo do CNJ: A Resolução n. 108 de 6 de abril de 2010.

estabelecimentos prisionais sob sua responsabilidade. Tais inspeções deveriam ser feitas pessoal e mensalmente, atentando-se para o disposto no Título IV da Lei de Execuções Penais e sem prejuízo de providências urgentes e imediatas quando da visita. As informações angariadas pelo juiz seriam prestadas à respectiva corregedoria que as repassariam ao CNJ, para monitoramento e controle. Insuficiente a normativa, pois não se obteve o impacto efetivo e desejado para os encarcerados pátrios.

O DMF parece ter suas bases nos programas que precederam sua instituição, notadamente o “Começar de novo” e os Mutirões Carcerários que ocorreram em 2008 e 2009.

Sobre o mutirões carcerários instituídos pelo CNJ, via Portarias n. 383/2008 e n. 513/2009, tem-se que o programa do Conselho iniciou-se no Rio de Janeiro e, em seu rol de objetivos, trazia: o reexame todos os inquéritos e processos de presos provisórios, de presos condenados nos regimes fechados, semiaberto e aberto, também daqueles cumpridores de medidas de segurança; a criação de equipe multidisciplinar para o contato com a família dos presos; a inspeção de estabelecimentos penais e delegacias de polícia que mantivesse pessoas presas; a atualização constante de rotinas cartorárias nas varas de execução penal, dando cumprimento às decisões proferidas no mutirão; o levantamento das vagas existentes no sistema carcerário de cada Estado.

O diagnóstico da situação carcerária advindo desses mutirões propiciava, além de análises aprofundadas sobre execução penal, a correção de problemas como prisões irregulares e atrasos na concessão de benefícios.

Complementando a prática dos mutirões, a Resolução CNJ n. 96, de 27 de outubro de 2009¹⁰, instituiu o Programa “Começar de Novo” que, interagindo com outros órgãos públicos e sociedade civil, possibilitaria a disponibilização de postos de trabalho e cursos de capacitação profissional a presos e egressos do sistema prisional¹¹, no intento de reduzir a reincidência de crimes e de lhes proporcionar cidadania.

Outro programa inovador e corajoso desenhado pelo Conselho foram as audiências de custódia. Trata-se de espécie de audiência prevista em pactos e tratados internacionais de que o Brasil era signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis

¹⁰ Íntegra da Resolução n. 96 disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2783>, acesso em 06-dez-22.

¹¹ Nessa esteira, o CNJ criou página específica na internet para reunir as vagas de trabalho e cursos de capacitação, estimulando a participação de empresas por meio de outorga o Selo do Programa Começar de Novo.

e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José), sendo sua implementação facilitada pelo Conselho Nacional de Justiça, em terras brasileiras.

Precedida por estudos realizados em 2015, a Resolução CNJ n. 213 inaugura o programa consistente na garantia da célere apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária nos casos de prisão em flagrante, tendo como mote, a ideia de que a pessoa seja apresentada e entrevistada em audiência onde se analisará a legalidade e a necessidade da prisão, bem como sua adequação e continuidade ou da concessão de liberdade. Na audiência de custódia, deve haver, ainda, a avaliação sobre eventuais irregularidade na prisão, como ocorrências de tortura ou de maus-tratos.

Durante a pandemia de Covid-19, houve a flexibilização dos termos da Res. 213 pelo Plenário do CNJ, fato que ensejou a edição da Resolução CNJ n. 357, em novembro de 2020, pela qual se autorizou “a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial”.

Objeto de críticas, a Res. 357 foi complementada, posteriormente (março de 2021), pela Recomendação CNJ n. 91 que, entre outras, sugeria (art. 2º, p.ú.) que os tribunais priorizassem as “audiências de custódia no planejamento da retomada de atividades presenciais”. Por fim, a possibilidade da realização virtual do ato processual em tela foi excluída via Resolução CNJ n. 481, de 22 de novembro de 2022, que revogou as resoluções vigentes em razão da pandemia, além de alterar as Resoluções CNJ 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022.

Na proteção específica da mulher e da prole, o CNJ editou, em setembro de 2019, a Resolução n. 252, ofertando diretrizes para “o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade”, embasando-se nas Regras de Bangkok e nas Regras de Mandela (Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, atualizadas em Viena em 2015).

Nessa toada, procedimentos e diretrizes para “a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência” foram veiculados pelo Conselho na Resolução n. 369/2021. Regulamentação que se deu consoante o prescrito nos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e para dar cumprimento às ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pelo STF (HCs nº 143.641/SP e nº 165.704/DF).

Ainda dentro da peculiaridade inerente a pessoas privadas de liberdade no país, em 2019, houve a edição da Resolução CNJ n. 287, regramento em que restaram estabelecidos procedimentos para o correto tratamento de pessoas “indígenas acusadas,

rés, condenadas ou privadas de liberdade”, de modo a assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Judiciário.

Por sua vez, o tratamento da população “lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo” restou regulamentada pelo Conselho via Resolução CNJ n. 348, em 13 de outubro de 2020. Para a edição do ato normativo, para além dos dispositivos constitucionais, foram levados em consideração: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo de São Salvador (1988), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001), as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade - “Regras de Tóquio”, além dos Princípios de Yogyakarta¹² sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero (Yogyakarta, 2006).

A CIDH contribui bastante para a melhoria das condições carcerárias da população supra indicada, em especial, pela Opinião Consultiva OC-24/7¹³, de 24 de novembro de 2017.

Anote-se que antes da Res. 348, o CNJ havia editado a Resolução n. 270, em dezembro de 2018, no intento de possibilitar o uso do nome social por “pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros”.

¹² Dentre os princípios de Yogyakarta, destaca-se o Postulado 8, pelo qual se propõe a implementação de programas de conscientização para atores do sistema de justiça sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Já o Postulado 9 reconhece que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade, respeito e reconhecimento à orientação sexual e identidade de gênero autodeterminadas, bem como indicando obrigações aos estados no que tange ao combate à discriminação, à garantia do direito à saúde, ao direito de participação em decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero, à proteção contra violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero, assegurando tanto quanto seja razoavelmente praticável que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral, à garantia de visitas conjugais e de monitoramento independente das instalações de detenção pelo Estado e organizações não governamentais (extraído do quarto “considerando” da Resolução CNJ n. 348/2020).

¹³ Solicitada pela Costa Rica, a Opinião em tela expressamente asseverou que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, estando, portanto, vedada qualquer norma ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas (item 68).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de breve voo sobre normas editadas pelo CNJ – no cumprimento de sua atribuição normativa constitucionalmente reconhecida na ADC 12 pelo Supremo – perceptível que o Conselho anda bem ao propor e aprovar medidas de aprimoramento do sistema de direitos humanos no Brasil.

Ao monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público brasileiro quanto à observância das sentenças proferidas pela Corte IDH, o CNJ dá um salto qualitativo nas relações institucionais (e interacionais), colocando o Judiciário nacional em posição importante quanto à transparência e correto tratamento de violações a direitos humanos¹⁴.

Observou-se, também, o percurso percorrido para diagnosticar a problemática dos presídios pátrios; inicialmente, com os mutirões carcerários, procedendo-se a levantamentos quantitativos e qualitativos; em seguida, propondo mecanismos de modernização e aceleração de processos cujo réu estivesse encarcerado e o adolescente internado, de modo a tratar adequadamente as situações desumanas e periclitantes com que os servidores e juízes do Conselho se depararam nas regiões brasileira.

Um dos exemplos é o Programa “Começar de Novo”, lançado logo após os primeiros mutirões carcerários e previa o cadastramento de presos e egressos do sistema, nos termos da Resolução/CNJ n. 96 de 27 de outubro de 2009¹⁵. Pelo programa, interagindo com outros órgãos públicos e sociedade civil, foram possibilitados trabalho e capacitação profissional a essa população¹⁶, na busca de reduzir a reincidência de crimes e de lhes proporcionar cidadania.

Outro bom exemplo que conferiu tratamento melhorado à pessoa presa ou apreendida evidencia-se com a edição da Resolução CNJ n. 213, pela qual restaram instituídas as chamadas “audiências de custódia”. Ou seja, o Conselho impôs aos demais

¹⁴ A título exemplificativo, conforme Relatório Anual da Unidade de Monitoramento das decisões da CIDH (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/umf-relatorio2021-v3-30112021.pdf>), foram realizadas quatro audiências públicas de supervisão dos casos brasileiros apenas no ano de 2021. As audiências foram relativas à supervisão de sentença nos casos Damião Ximenes Lopes, Gomes Lund e Herzog, Favela Nova Brasília, e à supervisão de medidas provisórias relativas à Unidade de Internação Socioeducativa (no estado do Espírito Santo), ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (no estado do Rio de Janeiro), ao Complexo Penitenciário de Curado (no estado de Pernambuco) e ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas (no estado do Maranhão).

¹⁵ Íntegra da Resolução n. 96 disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2783>. Acesso em: 15 dez. 22.

¹⁶ O CNJ chegou a criar página específica na internet para reunir as vagas de trabalho e cursos de capacitação, estimulando a participação de empresas.

órgãos do Judiciário – exceto o STF – o dever de propiciar que toda pessoa presa seja apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Evidencia-se, então, que a tarefa regulamentar constitucional do CNJ, ao menos no que toca à seara de direitos humanos, parece estar sendo bem exercida e, com tal atividade, o Conselho potencializa a transparência e o acesso a esses direitos.

Em acréscimo último, destaca-se a preocupação do Conselho com o tema do erro judiciário, fato que ensejou a edição de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais, com a finalidade de evitar condenação de pessoas inocentes¹⁷, conforme julgado, em 06/12/2022, pelo plenário do CNJ no procedimento de Ato Normativo n. 0007613-32.2022.2.00.0000.

Há de existir - para que as prevenções e repressões normativas decorrentes de violações a direitos fundamentais tenham lugar -, no entanto, um alinhamento entre os órgãos e entidades responsáveis, *in casu*, pelo sistema penal, inserto a sistemática de instrução probatória e execução penal. É dizer: conquanto tenha o CNJ avançado na uniformização de procedimentos e processos de trabalho e avançado em políticas estruturantes por todo o Judiciário, a temática dos direitos humanos é transversal e perpassa todo o Sistema de Justiça, demandando esforço coletivo que os assegure.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 287, de 25/6/2019. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis,

¹⁷ Nos HCs 652.284/SC e 598.886/SC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que: “[...] o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial”.

condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 348, de 13/10/2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n. 369, de 19/1/2021. Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF. DJe/CNJ, n. 17/2021, de 25/1/2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Trad. de E. G. Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Jordana Maria Ferreira; MONTEIRO, Valdetário Andrade; PEREIRA, João Carlos Murta; COSTA, Adriane Domingues; LAMACHIA, Cláudio. **CNJ na perspectiva da Advocacia: coletânea de julgados**. 1. ed. Brasília: OAB Editora, 2017.

LIMA, Jordana Maria Ferreira; FONSECA, Hugo Sousa da. Combate à homotransfobia: mirada nas políticas públicas e respectivos discursos. I Encontro de Diversidade Sexual UFSJ, 2015, São João Del-Rei, **Anais [...]** São João Del-Rei: Universidade Federal de São João Del-Rei, 2015, p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. O Conselho Nacional de Justiça conforme o Supremo Tribunal Federal. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 9, p. 184-216, 2012.

TOFFOLI, José Antonio Dias. **O Poder Judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988**. In: 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Org: José Antonio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: BREVE HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL, ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PERSPECTIVAS

Recebido em: 18/05/2023

Aceito em: 29/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9814



Rennan Thamay Farias Krüger ¹
Kathleen dos Santos Gomes ²
Leonardo Peteno Magnusson ³

RESUMO: O objetivo deste trabalho é a análise do Direito Fundamental à Saúde, abordando um breve histórico da judicialização da saúde no Brasil no tocante ao fornecimento de medicamentos e competências abordando importantes julgados emblemáticos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), buscando uma reflexão sobre a controvérsia entre a dignidade da pessoa humana e a indisponibilidade de recursos pelo Estado. Destarte, busca este trabalho demonstrar o tema sobre o direito fundamental da saúde e a judicialização da saúde quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, sobre o prisma da dignidade da pessoa humana, a necessidade de uma solução para uma temática densa quanto a questão de saúde pública através de políticas públicas refletindo sobre a escassez dos recursos e atuação estatal, com estribo nos temas da reserva do possível e o mínimo existencial, concluindo com as perspectivas para a solução da problemática com a atuação do Conselho Nacional de Justiça, utilizando a metodologia de pesquisas bibliográficas, sites, legislação e jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Art Direito Fundamental à Saúde; Judicialização da Saúde; Medicamentos; Reserva do Possível; Mínimo Existencial.

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Faculdade Autônoma de Direito. Professor, advogado, consultor jurídico, parecerista, administrador judicial, árbitro e mediador.

E-mail: contato@thamayadvogados.com.br

² Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Especialista em Direito civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Estudos sobre a Amazônia – CIESA. Faculdade Autônoma de Direito.

E-mail: kathleen.gomes@uol.com.br

³ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Universidade Paranaense.

E-mail: leonardopetenomagnusson@gmail.com

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: BRIEF HISTORY OF HEALTH JUDICIALIZATION IN BRAZIL, ANALYSIS OF EMBLEMATIC CASES OF MEDICINE PROVISION JUDGED BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND SUPREME FEDERAL COURT, AND PERSPECTIVES

ABSTRACT: The objective of this work is the analysis of the Fundamental Right to Health, approaching a brief history of the judicialization of health in Brazil regarding the supply of medicines and competences addressing important emblematic judgments by the Superior Court of Justice (STJ) and Supreme Court (STF), seeking a reflection on the controversy between the dignity of the human person and the unavailability of resources by the State. Thus, this work seeks to demonstrate the theme of the fundamental right to health and the judicialization of health regarding the supply of high-cost medicines, under the prism of human dignity, the need for a solution to a dense theme regarding the issue of public health through public policies reflecting on the scarcity of resources and state action, with a stirrup in the themes of the reserve of the possible and the minimum existential, concluding with the perspectives for the solution of the problem with the action of the National Council of Justice, using the methodology bibliographical research, websites, legislation and jurisprudence.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health; Health Judicialization; Medicines; Reservation of the Possible; Existential Minimum.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, proporcionando uma rede regionalizada e hierarquizada, denominado Sistema Único de Saúde (SUS) marcado por uma descentralização com uma direção única em cada esfera de governo e assegurando um acesso universal com uma diretriz priorizando atividades preventivas e de recuperação com a participação da comunidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a Carta das Nações Unidas, foi fundada a Organização Mundial de Saúde (OMS) com o objetivo de que todos os povos pudessem adquirir o nível de saúde mais elevado possível, trazendo na sua própria constituição o conceito de saúde diretamente relacionada ao bem-estar humano, físico, mental e social, para além da ausência de doença ou enfermidade.

A Constituição do Brasil rematou vários tratados e convenções que versavam sobre direitos fundamentais concretizando os direitos sociais, bem como, internamente, após o movimento sanitarista da década de 70, somando às Constituições dos Estados e Leis Orgânica dos Municípios para o efetivo cumprimento dos dispositivos elencados na Constituição Federal.

A partir dos dispositivos constitucionais 6,196 a 200, começaram a busca pelo judiciário principalmente na década de 1990 com o aparecimento da Síndrome da Imunodeficiência adquirida (AIDS), e com o passar dos anos com aparecimento de doenças raras e a necessidade de adquirir remédios e tratamentos para tentar a cura ou amenizar os sintomas, pois, a inércia do Poder Legislativo e a falta de gerência do Poder Executivo, ocasionou a corrida desenfreada ao Poder Judiciário, na busca de soluções para os problemas atinentes à saúde pública, ocasionando decisões favoráveis e de impacto junto ao Estado com inúmeros recursos aos Tribunais de Justiça Federais e Estaduais desaguando no Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal para a resposta em âmbito geral.

Assim, aborda este trabalho sobre o direito fundamental à saúde, analisando os julgados dos Tribunais Superiores no tocante a excessiva judicialização em busca de medicamentos e tratamentos sejam experimentais ou de alto custo, a necessidade de uma solução para uma temática densa quanto a questão de saúde pública através de políticas públicas refletindo sobre a escassez dos recursos e atuação estatal, com esteio dos temas da reserva do possível e o mínimo existencial, concluindo com as perspectivas para a solução da problemática com a atuação do Conselho Nacional de Justiça, utilizando a metodologia de pesquisas bibliográficas, *sites*, portais de notícias, legislação e jurisprudências.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Ao iniciar a abordagem sobre Direito fundamental à saúde, é importante frisar que os direitos fundamentais são uma exigência da sociedade que para Norberto Bobbio (2004) houve uma conexão entre mudança social e o nascimento de novos direitos e essa multiplicação entre os direitos dos homens e sociedade se deu por três razões: aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; estendeu-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.

A partir de lutas históricas, percebe-se que o direito à saúde, por estar incluído nos direitos humanos como fonte de Direito Internacional dos Direitos Humanos tem seu amparo através de tratados e convenções, como: Declaração dos Direitos Humanos de 1948, Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais de 1966, Convenção Americana de Direitos Humanos e hoje, alinhados e ratificados pela Carta Magna de 1988.

Ao lado dos tratados e convenções, cita-se a Organizações Internacionais, a exemplo da Organização Mundial de Saúde, agência especializada em saúde pública, subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU) sediada em Genebra, na Suíça e segundo a sua Constituição garante um nível máximo de saúde pública, definindo saúde como um o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) destaca a colaboração internacional para o desenvolvimento das medidas sanitárias e sociais adequadas com o fito de melhoramento da saúde pública a todos os povos para que todos tenham o nível mais elevado de saúde (BRASIL, 1948).

Gize-se que o Brasil é um Estado-membro da OMS tendo o compromisso de seguir as determinações e recomendações, pois consta no próprio dispositivo constitutivo da Organização, devendo inclusive apresentar anualmente um relatório sobre as medidas tomadas em relação a tais recomendações como estribado no art. 62 (BRASIL, 1948).

O direito à saúde como direito fundamental de todo o ser humano é universal e por isso, não tem distinção de raça, cor, sexo, religião, credo político ou condição econômica ou social é interligado aos outros direitos sociais e essenciais ao ser humano estando previstos no *caput* do art.6º da Constituição Federal de 1988, a saber: direitos a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção, à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 incorporou as diretrizes dos direitos humanos na busca do bem-estar social como condição a preservar a dignidade da pessoa humana, como disposto no artigo no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), *verbis*:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No mesmo sentido, a Conferência Internacional sobre os Cuidados Primários de Saúde (1978), organizada pela OMS e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) em Alma Ata, capital do Cazaquistão, em 1978, resultou na Declaração de Alma Ata reafirmando no documento, o significado de saúde como direito fundamental nos moldes da Constituição da OMS, bem como concitou para a realização de outros setores sociais e econômicos, incluindo o de saúde, a fim de promover a saúde para todos, diminuir a desigualdade entre os povos, devendo ser uma preocupação de todos os países a permitir a participação individual e coletiva no planejamento e na execução de seus cuidados de saúde.

Apesar da Declaração de Alma-Ata ter inovado quanto ao direito à saúde ser um direito humano, explicitando sobre os determinantes sociais da saúde, destacando a participação das pessoas e das comunidades, em 2018, em Astana no Cazaquistão, os líderes mundiais renovaram o compromisso em relação a atenção primária à saúde, ao passo que focaram sobre o alcance da cobertura universal da saúde e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, elaborando o documento da Declaração de Astana sobre os cuidados primários de saúde de 2018, destacando a vontade política, conhecimento, tecnologia e pessoas (CONFERÊNCIA GLOBAL SOBRE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE, 2018).

Assim, a própria Lei Orgânica da Saúde abarcou os determinantes sociais da saúde como todos aqueles inclusos no art. 6º da Carta Cidadã, e seguindo a coordenação da OMS, o Brasil criou sua própria Comissão Nacional de Determinantes Sociais da Saúde explicitando como os determinantes sociais todos os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que podem influenciar a saúde, em termos de problemas e fatores de risco, uma vez que muitas doenças estão diretamente relacionados ao estilo de vida e condições de trabalho, e muitos desses determinantes sociais abrangem políticas públicas que estão fora do setor convencional de saúde.

Nesse contexto, além dos direitos sociais assegurar uma vida mais digna aos cidadãos, Ingo Wolfgang Sarlet (2021) vai além, ou seja, de preservar a própria vida humana na forma mais elementar de dignidade.

Por outro lado, há como sustentar que, na base dos direitos sociais aqui versados e expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde) mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares de dignidade. Não podemos esquecer que a

dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 14^a, inc. III, da CF) foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170. *caput*, da CF) (SARLET, 2021, p. 318).

Para Paulo Bonavides (2019), os direitos fundamentais passaram por uma ordem institucional podendo ser dividido em três gerações, os quais correspondem a primeira geração, os direitos civis e políticos, ligados às liberdades individuais; a segunda geração, abrange os direitos da igualdade os quais abarcam os direitos sociais, culturais e econômicos e os de terceira geração os quais assenta a fraternidade que são os direitos metaindividuais, coletivos e difusos.

O direito à saúde concretizou-se no bojo do texto da Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6, 196, a 200, através do Movimento da Reforma Sanitarista surgido a partir de 1970, passando a integrar no rol dos direitos sociais que dependem da prestação estatal.

Aponta Pedro Lenza (2021) que, na doutrina brasileira há duas vertentes, no que tange ao tema saúde, uma de natureza negativa que importa ao Estado ou o particular se abster de cometer atos que prejudiquem às pessoas, e a outra de natureza positiva, que invoca a um Estado prestacionista para fomentar o direito social.

Assim sendo, o direito fundamental à saúde, por ser um direito de segunda geração, passou a ser considerado como um direito social universal, com uma função prestacional, lecionando André de Carvalho Ramos (2021) ao classificar os direitos humanos de acordo com suas funções, quais sejam: Direitos de defesa, que o titular tem a prerrogativa de impedir a intervenção do Estado; direitos a procedimento e instituições, corolário dos direitos a prestações com foco de exigir do Estado uma estrutura administrativa e institucional e os direitos a prestações. Verberou:

Por sua vez, direitos à prestação são aqueles que exigem uma obrigação estatal de ação, para assegurar a efetividade dos direitos humanos. É uma verdadeira superação do dogma do ‘Estado inimigo’ dos direitos humanos. Pelo contrário, o Estado é agora o ‘Estado amigo’, chamado a realizar condutas de proteção aos direitos, para dar existência real aos direitos previstos no ordenamento jurídico. Essas condutas estatais podem ser divididas em *prestação jurídicas* e *prestações materiais*. A prestação jurídica é realizada pela elaboração de normas jurídicas que disciplinam a proteção de determinado direito. Assim, o devido processo legal para ser protegido exigirá uma atuação estatal de regulação de normas processuais e procedimentais adequadas. Já a *prestação material* consiste na intervenção do Estado provendo determinada condição material para que o indivíduo frua adequadamente seu direito. Por exemplo, no caso do direito à saúde, o Estado deve realizar prestações materiais por meio de construção de hospitais, equipamentos, equipe médica e ainda fornecimento

gratuito de medicamentos, tudo para assegurar materialmente o efetivo gozo do direito à saúde.

Os direitos à prestação *jurídica* acarretam discussão sobre a criação de medidas específicas de combate a inércia do Estado em legislar, como ocorreu no Brasil com a criação do *mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (RAMOS, 2021, p. 64).

Com o advento da Carta Magna de 1988 e a inclusão do direito fundamental da saúde, significou que o acesso a esses serviços foi garantido a todos os cidadãos, inclusive estrangeiros, ainda que por contratação particular, de modo universal com tratamento gratuito e integral, criando-se, desta feita, o Sistema Único de Saúde – SUS.

Desta maneira, como afirma Herbeth Costa Figueiredo (2015), em 1990 foi elaborada a Lei 8080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, também chamada de Lei Orgânica da Saúde, bem como a Lei 8142/90, buscando concretizar os direitos sociais através da participação direta dos cidadãos ou por meio de associações representativas seguindo os princípios e diretrizes da Carta Magna em seu dispositivo 198.

No entanto, verifica-se que mesmo com a garantia constitucional, há uma demanda grande de pessoas que necessitam do SUS, e o Estado não consegue atender a todos com qualidade por insuficiência de recursos, seja por má administração ou malversação dos recursos públicos, não restando alternativas para os que necessitam da saúde pública a não ser buscar amparo da Justiça.

2 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA SAÚDE

Para compreender a efetividade dos direitos à saúde, é necessário observar os direitos sociais como um todo por estarem interligados como direito fundamental, não só direcionados à coletividade, mas também, ao indivíduo que com o passar dos anos vem buscando a tutela jurisdicional com mais frequência.

Assim, quando se fala de direito à saúde, subentende-se que o Estado precisa praticar um ato para que seja exercido, quer dizer o cidadão precisa que o Estado realize uma prestação em seu favor para que tenha tutelado o seu direito a saúde, depende de atitudes por parte do Estado que precisa agir positivamente para que esse direito seja satisfeito.

Como todo direito social envolve um custo para sua implementação, não seria diferente para garantir o direito à saúde, levando em conta os orçamentos para despesas

obrigatórias e discricionárias. Neste viés, é fácil constatar que essa implementação é cara e envolve custos pelos entes públicos, então o contexto histórico que está por trás da judicialização da saúde envolvia justamente a possibilidade de o cidadão poder ingressar com uma ação judicial contra o poder público para demandar um determinado fornecimento de fármaco ou tratamento médico para que fosse emitida uma ordem judicial para que lhe garantisse um tratamento médico.

A grande controvérsia entre todos os juristas e operadores do direito é; se o art. 196, é fator autorizativo para que o cidadão ingresse em juízo fundamentando seu pedido no direito fundamental à saúde que é um direito de cunho prestacional em face dos poderes públicos e obtenha uma ordem judicial que garanta a esse paciente o direito a um tratamento que ele necessita ou esse paciente não tem esse direito justamente porque essa norma tem um conteúdo prestacional e portanto a implementação do direito a saúde se dá na medida do possível, pois se dá na medida dos recursos financeiros que são utilizáveis e que estão na disponibilidade dos entes públicos, e se essa fundamentalidade é relativa justamente porque a aplicabilidade não é imediata, tem natureza programática, pois sempre necessitaria de uma norma, seja lei, decreto ou portaria que concretize a política pública.

Saliente-se o que leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 307) ao explicar sobre controvérsia da subjetividade da tutela do direito do cidadão aos direitos fundamentais:

Em outras palavras, cuida-se de deslindar se é – em sendo afirmativa a resposta- até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (direito à educação, assistência médica, assistência social etc.). Se relativamente às demais cargas eficazes referidas as dificuldades não se concentram no que tange à sua existência propriamente dita (não se discute, por exemplo, que uma norma de direito fundamental, ainda que de cunho programático, sirva de parâmetro para a aplicação e interpretação das demais normas), mas dizem com certas especificidades vinculadas a cada tipo de efeito possível, tal não ocorre em se tratando da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações, onde a controvérsia já se põe inclusive com relação à própria possibilidade de seu reconhecimento.

Em suma, diante de tais discussões, o judiciário pode ou não pode efetivar tais direitos sociais sem prévia intervenção legislativa? A doutrina diverge, no sentido de colidir com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa.

Levando em consideração o princípio da máxima efetividade que surge com o clamor da sociedade para que seja dada proteção diante da interpretação dos direitos e garantias fundamentais, os tribunais superiores já sinalizam a concretude desse direito, gerando outra grande polêmica, qual seja, o limite que o judiciário pode decidir em favor dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se fala em direito à saúde como direito social fundamental pensa-se em direito à vida, mas num sentido biológico ao interpretar o art. 5º da Constituição Federal de 1988, no entanto, é mais que isso, trata-se também de vida digna.

Nesse sentido, é importante frisar que após o término da Segunda Guerra Mundial, vários países buscaram a redemocratização, pois clamava-se pela proteção dos Direitos Humanos após a vivência com várias atrocidades ocorridas na Guerra, no Brasil apesar da ditadura, prega-se o constitucionalismo e a promoção da dignidade da pessoa humana.

A professora Carolina Noura de Moraes Rêgo (2020, p. 48) é precisa quando discorre sobre o fundamento da dignidade humana no texto da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

[...] Todo o texto procura o lado humano, toda e qualquer ação do Estado deve visar à proteção da dignidade humana, traz previsão expressa de remédios constitucionais, os quais têm por finalidade garantir os direitos individuais, baseados nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, buscando o fim maior da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido, ao se falar em mínimo existencial, surge como um direito que garante condições mínimas para uma vida digna, abarcando todos os direitos sociais.

Frise-se que a Constituição Federal não expressa que apenas o mínimo será protegido, e a interpretação de vários julgados demonstram uma amplitude no conceito de mínimo existencial, principalmente quando se trata de direito à saúde que conforme o art. 196 abarca o princípio da universalidade quanto ao seu acesso e a integralidade quanto ao atendimento através dos serviços públicos como bem dispõe o art. 198 do mesmo texto constitucional.

Para Daniel Sarmiento (2020, p. 235), o mínimo existencial representa as prestações mínimas essenciais para uma vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais expressamente positivados, além de servir de base de

ponderação entre os direitos reivindicados e os princípios que com eles colidirem, abrindo discussão para um outro conceito, a reserva do possível.

Ao conotar a exigência do art. 196 do Estatuto Político como direito fundamental social a impingir obrigação de cumprimento pelos entes federativos, de alguma forma irá impactar o orçamento público que é a peça que direciona a realização de todos os serviços sociais da coletividade, e nesse ponto que o Poder Executivo se cerca do princípio da reserva do possível quando afirma que determinadas prestações positivas são onerosas e que por isso não são obrigatórias.

A partir da Constituição Federal foi elaborada a Lei 8.090/90 que dispõe sobre as condições e o funcionamento dos serviços de saúde, instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, com a finalidade de promover a saúde, priorizando as ações preventivas, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público incluindo a iniciativa privada em caráter complementar.

Como já explicitado, com o avanço da tecnologia e o advento de novos medicamentos e tratamentos alavancou o número de demandas em busca da tutela jurisdicional para amenizar a dor e sofrimento de inúmeros pacientes, pois, na maioria das vezes, a prestação do direito à saúde encontrou barreiras, quanto aos fatores financeiros, materiais, ou mesmo pessoal qualificado, como justificativa pela inércia do Estado. Com isso, as decisões judiciais com base no princípio da dignidade da pessoa humana, obrigaram o Poder Público a fornecer medicamentos ou tratamentos que por vezes podem ultrapassar os limites da Lei Orçamentária.

Diante dos dispositivos da Carta Magna, a obrigação dos entes federados seria iminente cumprimento de toda a obrigação imposta, no entanto, não há disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos, por isso, deve ser observado que o "mínimo existencial" depende da avaliação do titular do direito que busca tratamento médico ou fármaco, e a capacidade do Estado.

Leciona Isa Filipa Antônio de Souza (2017) ao trazer o dilema entre a promoção dos direitos sociais e o princípio da sustentabilidade ou princípio da reserva do financeiramente possível. Critério decisivo da dignidade da pessoa humana:

Uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é, sem dúvida, a sua dependência intrínseca do fator econômico ou da capacidade econômico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional. Inversamente, a realização efetiva das prestações sociais aos

cidadãos constitui uma exigência e, por vezes, um verdadeiro desafio com o qual o Estado se confronta, testando as suas aptidões e expondo as suas limitações econômicas, sociais, política e jurídicas.

Verifica-se que a reserva do possível advém de uma conclusão lógica quanto a efetividade judicial na prestação dos direitos fundamentais sociais, mas não pode ser apenas uma arguição do poder público, é preciso haver provas quanto a indisponibilidade financeira.

Neste contexto, foi o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/2004 (BRASIL, 2004), quando assim fundamentou:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustra e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de exigência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Destarte, para que haja a efetivação do direito fundamental à saúde, o Estado deve demonstrar a eficiência da política pública, e nas demandas judiciais, o Poder Público deve comprovar o grau de excelência no cumprimento das determinações emanadas pela Constituição Federal, no caso do fornecimento de remédios de alto custo é necessário que demonstre as limitações e a existência dessas limitações.

O que se observa é que só depois de várias decisões garantirem o direito fundamental da saúde aos necessitados, é que o Poder Público se movimentou para realizar as políticas públicas, discutir com os interessados, o tempo para implementação e a inclusão nas listas do SUS, como ocorreu com o fármaco considerado o mais caro do mundo, zolgensma, vez que muitos dos casos que chegaram aos tribunais são provenientes da recusa ao fornecimento do tratamento ou fármaco sem ao menos ter havido a discussão com os setores interessados e coletividade.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Com o direito à saúde positivado na Lei Maior, despertou a cobrança dos que precisavam dos serviços públicos, principalmente para fornecimento de fármacos e

tratamento, iniciando os ingressos de várias ações perante o judiciário, em busca da maior eficácia. No entanto, o judiciário, ainda, não estava preparado para proporcionar a efetividade desse direito.

Atente-se que a judicialização da saúde em sentido lato equivale a vários tipos de demandas, como as de responsabilidade civil calcados em erro médico praticado contra determinado paciente e eventualmente responsabilidade penal que venha a punir médicos por culpa ao constatar negligência, imprudência ou imperícia ou mesmo por dolo eventual.

Aqui, a judicialização será delimitada quanto ao objeto no sentido estrito, judicialização da saúde, significando aquelas ações que tem por objeto a prestação de um atendimento médico ou fornecimento de fármaco, com o fito dos poderes públicos que administram o SUS forneçam um tratamento médico, seja uma dispensação de medicamentos ou tratamento médico, cirurgia ou internação.

Para demonstrar um comparativo de posicionamentos dos julgados das cortes superiores na década de 90, a exemplo de um que negou provimento da tutela requerida por criança que necessita de aparelho importado de valor elevado para continuar vivendo com dignidade. Trata-se do Julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - MS nº 6564/RS (95.0068782-8) (BRASIL, 1996a) impetrado contra o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de numerário suficiente para a importação de marca-passo dos Estados Unidos, por sofrer de síndrome da hipoventilação alveolar central, o voto do Ministro Demócrito Reinaldo foi consubstanciado na lição do jurista José Afonso da Silva, cujos direitos e garantias fundamentais que versassem sobre direitos democráticos e individuais teriam eficácia contida e aplicação imediata, no entanto as que versassem sobre direitos sociais e econômicos, em boa parte de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicação indireta dependentes de legislação posterior para dar concretude (SILVA, 2020, p. 182) aduzindo ao fato que nenhum órgão ou autoridade seria permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária.

Contudo, com a regulamentação do SUS através da lei 8080/90 e lei 8142/90 e o surgimento da AIDS, na década de 1990, ficou explícito o aumento de demandas, buscando tutela por parte do judiciário, uma vez que aumentou o número de diagnósticos para pacientes soropositivos, e pela dificuldade de conseguirem fármacos e tratamentos, os tribunais começaram a mudar o entendimento e a deferir liminares contra os entes públicos.

Com o início das políticas públicas para resolver a problemática, o Governo dispensou distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS através da Lei 9.313/1996, em seu § 1º do art. 1º, que por sua vez, padronizou medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, no entanto, havia a limitação, o que feria o direito à vida consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1996b).

Com o aumento das ações com temas sensíveis como a Aids, câncer, e demais doenças raras, a busca excessiva da tutela da justiça foi iminente, em face a morosidade do Estado em suprir as necessidades dos indivíduos e a falta de políticas públicas eficientes, principalmente com avanço das descobertas tecnológicas, fármacos e tratamentos mais eficazes que não constavam na lista do SUS, os tribunais começaram a mudar o posicionamento, e com isso a preocupação dos poderes executivo e legislativo, tendo em vista a falta de recursos financeiros e o alto valor dos remédios e tratamentos, merecendo destaque o REsp nº1.657.156/RJ, RE nº 855.178/SE, RE 566.471/RN, RE 657.718/MG, Decisão Monocrática em Suspensão de Tutela Provisória na Suspensão de Tutela Provisória 455/RS, RE 1165959/SP, RE 429.903/RJ e ADI 550/DF.

5 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATINENTE À SAÚDE

Importante frisar que o Direito à Saúde por ser um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988 despertou inúmeros casos submetidos ao judiciário para efetivação do direito sanitário, como acima referenciado, com a demanda nos casos de doenças incuráveis ou raras em busca de tratamentos através de fármacos ou aparelhos.

Destacam-se os julgamentos STJ e STF atinentes à solidariedade dos entes federados e ao fornecimento de tratamento e fármacos de alto custo e experimentais.

A primeira decisão a ser analisada trata-se da responsabilidade solidária entre os entes da federação cujo Tema de Repercussão geral é o 793 do STF do Recurso Extraordinário – RE 855.178/SE.

O Supremo Tribunal Federal em repercussão geral no RE 855.178/SE (BRASIL, 2015) reafirmou a jurisprudência no tocante ao direito à saúde da competência solidária dos entes federados dispondo em ementa que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado sendo responsabilidade solidária dos

entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou separadamente.

Através de decisão em embargos de declaração no RE 855.178 de 23/05/2019 (BRASIL, 2019a), o STF firmou o entendimento nos termos do voto do Ministro Edson Fachin que os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Muito importante, ao continuar com a solidariedade entre os entes da federação, foi a Decisão do Ministro Dias Toffoli quando presidente do STF ao decidir Tutela Provisória na Suspensão de Tutela Provisória 455, determinando que o Juizado Especial da Fazenda Pública de Santa Cruz do Sul do Rio Grande do Sul promovesse a delimitação de atribuições entre os entes que compõe o SUS, caso necessário, ordenar o ressarcimento entre eles.

O Ministro Dias Toffoli explanou a tese já firmada no RE nº 855.178/ SE-ED, (BRASIL, 2015) a obrigação de garantir a saúde é comum a todos os entes e o sistema correspondente é único, todos tem responsabilidade solidária, colaborando uns com os outros e não se superpondo, de acordo com o texto constitucional de descentralização e hierarquização, segundo o grau de complexidade, ou seja, município atende as necessidades básicas da população, e a medida da complexidade e especialidade técnica mais se aproxima dos Estados e sequencialmente da União de modo subsidiário e excepcional.

O Ministro Dias Toffoli frisa que o financiamento é obrigação de todos os entes em obediência aos art. 198, §1º a 3º, da Constituição Federal e, naturalmente, deve se direcionar ao cumprimento das responsabilidades de cada ente.

Importante destacar, que o paciente demandante adentrou contra o município e o estado solidariamente para o fornecimento de remédio de alto custo, no entanto, o Juiz do Juizado Especial, ordenou que somente o município pagasse o fármaco e o tratamento, o Ministro Dias Toffoli explanou que o tratamento de câncer pelo SUS é de alta complexidade, e desta forma, impactaria o orçamento da municipalidade, as normas sobre política pública de saúde, Município tem competência pela dispensação dos medicamentos básicos, o Estado de média complexidade e a União de máxima

complexidade, da decisão judicial determinar a compensação financeira, por parte da União, quando Estados e Municípios são obrigados a entregar medicamentos para os quais não receberam verba federal, se isso acontecer, o juiz pode determinar o ressarcimento a quem (ente federado) suportou o ônus financeiro de entregar o medicamento (BRASIL, 2020).

Após os julgamentos pelo STF atinente a responsabilidade solidária entre os entes da federação, com entendimento consolidado pelo tema de repercussão geral 793, é curial a análise dos julgamentos significativos a exemplo do Tema 500 de repercussão geral, fixando a tese de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, pois a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

Porém, é possível excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Com efeito, as ações que demandem fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (BRASIL, 2019b).

Merece destaque o julgamento pelo STJ no Recurso Especial nº1.657.156/RJ referente aos fármacos fora da lista do SUS e de alto custo, de acordo com o Tema 106, tese para fins do art. 1036 do Código de Processo Civil/2015.

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (BRASIL, 2018).

Ainda na seara dos julgamentos de remédio de alto custo, tem-se o julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, em que se discutiu o tema em

alinhamento aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 §§ 1º e 2º da Constituição Federal, assim julgou o mérito de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados justamente, quando não estiverem previstos na relação de Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na demanda por medicamento sem registro na ANVISA, fica afastada a solidariedade entre as esferas federativas. Nesse caso, apenas a União tem legitimidade passiva (Tema RG 500).

O Re 566.471/RN (Tema RG nº 6) em regra, o poder público não pode ser compelido a fornecer medicamento de alto custo, que embora registrados na ANVISA, não integrem a lista de fornecimento do SUS.

Apenas para frisar que no RE 566.47/RN (Tema 6), tratava-se o julgamento de fármaco de alto custo, que conta com registro da ANVISA, mas que estava fora das listas de dispensação e dos protocolos terapêuticos do SUS, e, RE 657.718/MG (Tema 500) cuidou-se de demanda por compostos ou medicamentos sem registro na agência reguladora responsável.

Neste diapasão, espera-se o julgamento em plenário físico face ao destaque do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento das teses de excepcionalidade atinente aos remédios de alto custo que serão aplicados a todos as demandas semelhantes, e desta forma, importante a reflexão sobre como votaram os Ministros.

O Relator da matéria, Marco Aurélio propôs que o fornecimento de medicamentos de alto custo, não incluídos no SUS, dependa da comprovação da imprescindibilidade, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família.

Em seguida, votou o ministro Alexandre de Moraes defendendo que além da comprovação da falta de recursos financeiros pelo paciente, seja exigido laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; e de atestado, também emitido pela Conitec, que afirme a eficácia segurança e efetividade do fármaco.

O Ministro Luís Roberto Barroso ao votar os requisitos de exceção expôs a sua tese da seguinte forma: terceiro a se pronunciar, o ministro Luís Roberto Barroso propôs em seu voto cinco requisitos: a incapacidade financeira de arcar com o custo; a

demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; a comprovação de eficácia do medicamento (baseado em evidências científicas); e, por fim, que a demanda seja judicializada necessariamente contra a União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de medicamentos ao SUS.

Tais julgados foram os mais emblemáticos que trouxeram a reflexão sobre a pesquisa e assim, a tentativa da diminuição do excesso da judicialização da saúde em relação aos remédios de alto custo, sem critérios básicos da excepcionalidade, no entanto, a maioria das demandas que continuaram a adentrar seguem os critérios do Julgamento do STJ atinente a REsp 1.657.156/RJ com julgado semelhante às teses dos Ministros do STF, e todo enfoque desses julgados foi levado em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

Todavia, há outros julgados importantes que demonstram a tutela concedida pelo STF, no tocante aos medicamentos não registrados na ANVISA, mas com importação autorizada cujo Tema de Repercussão Geral 1161, do RE 1165959/SP (BRASIL, 2021). Neste julgado, frisou-se que o Poder Público não pode ser compelido, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, tendo em vista que o registro representa a segurança, eficácia e qualidade do medicamento, abordando as temáticas de excepcionalidade da RE 566.471 (Tema 6) e RE 657.718 (Tema 500).

Todos os julgados anteriores, analisa-se a ponderação e razoabilidade no confronto da indisponibilidade dos recursos dos entes federados e garantindo o direito à saúde aos necessitados dentro da excepcionalidade.

Chama-se atenção a outro caso polêmico que contribuiu para a judicialização da saúde, trata-se de fármaco inserto na lista de dispensação, autorizado pela ANVISA, no entanto, o ente federado não guarda em estoque o fármaco necessário ao paciente que se enquadra as exigências do SUS, exemplo do RE 429.903/RJ, nesse julgado frisou que a questão discutida é diversa da sistemática da Repercussão Geral 566.471/RN, e não há ofensa ao princípio da separação dos poderes ao determinar que o Estado mantenha em estoque o medicamento para doença de *Gaucher* por dois meses, para garantir o tratamento eficaz do paciente, em que o Poder Público não pode ser omissivo (BRASIL, 2014).

Por fim, merece destaque o Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN 5501/DF, fato bem interessante de judicialização da saúde, nesse caso um

fármaco fosfoetanolamina sintética cognominado de “pílula do câncer”, o pesquisador da substância, convocou voluntários para os testes, principalmente os acometidos por neoplasia maligna, tal ação causou alvoroço como se fosse a última esperança de um milagre, abarrotando o judiciário de demandas para os pacientes acometidos de câncer se curar da doença, no entanto, tal remédio não tinha a devida autorização da Anvisa, e o Legislativo tratou de aprovar o projeto de Lei e foi sancionada pela Presidente da República Dilma Rousseff.

A referida lei autorizava o uso para pacientes terminais, no entanto, a Associação Médica Brasileira - AMB, ingressou com ADIN, e o STF julgou procedente o pedido e declarou por maioria de votos a inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016. Apesar de não ser comprovada a eficácia do fármaco, havia uma situação de compaixão sobre a esperança dos doentes terminais acometidos de neoplasia maligna, porém prevaleceu a norma de substância experimental não registrada pela ANVISA, vedado o uso e a inconstitucionalidade da lei foi declarada.

Aliado a todos os julgamentos de repercussão, o Conselho Nacional de Justiça editou resoluções e projetos de pesquisa administrativamente no afã de subsidiar condições técnicas aos magistrados de varas especializadas propondo comitês com diversas aéreas tais como: secretarias de saúde municipais ou estaduais, Ministério Público e defensorias bem como o Ministério da Saúde afim de promover planos de ação, como por exemplo o Sistema e-Natjus (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário). na busca de qualificar a prestação sanitária à população na perspectiva de diminuir os processos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo estudo em relação ao direito a saúde como direito fundamental teve suas origens mais acentuada após a Segunda Guerra Mundial, assegurada em vários tratados e convenções, e Organismos Internacionais como a OMS a agregar os Estados-membros a exigir uma amplitude de atenções tanto coletivas como individuais com participação efetiva, a fim de proporcionar o mais alto nível de saúde no que diz respeito ao bem-estar físico, mental e social.

Com o avanço da tecnologia, com o surgimentos de novos fármacos e tratamentos, não há como distanciar o cidadão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça quando houver lesão ou ameaça a direito

como estribado no art.5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 e nesse particular a saúde constitui um direito do cidadão e um dever do Estado, pedidos via judicial que demandam por medicamentos se multiplicaram, gerando discussões sobre a temática da judicialização excessiva da saúde, buscando um limite para as decisões que deferem a tutela do cidadão enfermo em busca de tratamento.

E o conflito, com tudo, esbarra no art.196 da Carta Magna, uma vez que a natureza e eficácia desse direito não é absoluto a dar efetividade uma vez que o direito à saúde já foi consagrado como um direito social fundamental.

Denota-se que em quase todos os julgamentos emblemáticos a posição das cortes superiores a delimitar os temas em repercussão geral e assim frear a crescente judicialização da saúde principalmente em relação aos remédios de alto custo que por uma visão geral impacta o orçamento dos entes federados quando a justiça impõe o uso de verbas para dar efetividade aos dispositivos constitucionais.

Os entes federados sempre na defesa das demandas se apegam ao princípio da reserva do possível a argumentar que não há disponibilidade financeira para resguardar o direito subjetivo do cidadão que busca fornecimento de remédios e tratamentos para seus males e assim poder ter uma vida digna.

Através dos julgados observou-se que a problemática não se encontra apenas na alocação, mas também na malversação de recursos públicos, mau gerenciamento da conta pública, péssima qualidade de serviço prestada, falta de planejamento e inúmeros fatores.

Impressiona que os setores técnicos do Ministério da Saúde não apresentem um plano estratégico no tocante ao fornecimento de remédios a quem precisa e quais os critérios do custo-efetividade utilizam para negar os tratamentos via administrativa, e a maioria destes remédios para as doenças diagnosticadas como raras foram conseguidos graças a atuação do Poder Judiciário, como observou-se na compra do fármaco considerado o mais caro do mundo que já integrou na lista do SUS,

É bem verdade que os recursos são finitos, e que existe uma dotação orçamentária para as despesas obrigatórias e discricionárias da saúde, mas é necessário provar essa indisponibilidade financeira, até porque o Estado peca na falta de fiscalização dos recursos públicos a serem implementados como determina a Constituição Federal, não é à toa que há inúmeros cortes no orçamento dos direitos sociais a fim de gerir outros projetos eleitoreiros.

O Poder Judiciário, acaba tendo a função de concretizar a justiça a quem busca e prova a necessidade do tratamento, muitas vezes não tem como o magistrado ter acesso as contas públicas, sem ter a dimensão geral do impacto ao decidir em prol do direito individual e não há o que falar sobre o poder de escolha que a administração reclama ao ser impingida a fornecer a medicação ou o tratamento, na desculpa do prejuízo à coletividade ao cumprir a decisão judicial.

Para amenizar a problemática do judicialização da saúde, é preciso sempre conciliar, realização de debate entre os conselhos de saúde e as câmaras técnicas, audiências públicas com todos as áreas numa verdadeira função transdisciplinar, num esforço conjunto, como o Conselho Nacional de Justiça vem fazendo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: de 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 26.042, de 17 de dezembro de 1948**. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996b**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm. Acesso em 05 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp n. 1.657.156-RJ**. Relator Min. Benedito Gonçalves. J. 12.09.2018. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1657156&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 6564/RS**. Relator Min. Demócrito Reinaldo. J. 23.05.96a. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistr>

o&termo=199500687828&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.
Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45/2004-DF**. Relator Min. Celso de Mello. J. 09.04.04. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso: 03 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 1165959/SP**. Relator Min. Marco Aurélio. J. 21.06.21. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201165959%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 657.718/MG**. Relator orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso. J. 22.05.19b. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=falso&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=657718&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 855.178 RG/SE**. Relator Min. Luiz Fux. J. 05.03.15. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20855178%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 855178 ED/SE**. Relator ori. Min Luiz Fux, red. p/ o ac. Edson Fachin, J. 23.05.19a. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20855178%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 429.903/RJ**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. J. 25.06.14. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=falso&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=429903&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STP n. 455/RS**. Relator Min. Dias Toffoli. J. 10.07.2020. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=falso&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=DIAS%20TOFFOLI&page=1&pageSize=10&queryString=455&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 05 dez. 2021.

CONFERÊNCIA GLOBAL SOBRE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE. **Alternative Civil Society Astana Declaration on Primary Health Care**, Cazaquistão em 25 e 26

de outubro de 2018. Disponível em: <https://phmovement.org/alternative-civil-society-astana-declaration-on-primary-health-care/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários**, de 12 de setembro de 1978. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

FIGUEIREDO, Herbeth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 03 dez. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOUZA, Isa Filipa Antônio de Souza. A crise do estado social e o direito à saúde: reflexões. O critério decisivo da “dignidade da pessoa humana”. In: SOUZA, Isa Filipa Antônio de Souza. *et al.* **Direito à saúde: dilemas atuais**. Curitiba: Juruá, 2017.

JUDICIALISMO COMO UMA NOVA FORMA DE ENFRENTAMENTO À CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

Recebido em: 31/05/2023

Aceito em: 15/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9790



Ana Lucia C. Alves ¹
Philippe Cunha Ferrari ²
Rômulo Magno Silva ³

RESUMO: A presente pesquisa analisa a crise do sistema carcerário, enfocando a superlotação e as deficiências estruturais. Objetiva-se propor o judicialismo como uma alternativa para enfrentar esse problema, destacando a atuação proativa do Judiciário na correção das falhas do sistema. Dada a ausência de uma reforma abrangente nos códigos penal e processual penal, o judicialismo poderia ser uma abordagem eficaz para os juízes aplicarem filtros nas penas, especialmente considerando que mais da metade dos detentos estão encarcerados sem sentença condenatória transitada em julgado. O trabalho valeu-se de uma revisão bibliográfica, explorando-se livros e artigos científicos e visitando casos relevantes levados ao Judiciário. O estudo reforça a ideia de que a atuação judicial mais ativa no processo penal pode contribuir para a redução da população carcerária e para a eficácia dos direitos humanos, ressaltando a necessidade de os juízes compreenderem e enfrentarem os problemas estruturais do sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Dignidade da pessoa humana; Direitos humanos; Políticas públicas; Presos.

JUDICIALISM AS A NEW WAY OF FACING WITH THE PRISON SYSTEM CRISIS

ABSTRACT: This research examines the crisis of the prison system, focusing on overcrowding and structural deficiencies. The aim is to propose judicial activism as an alternative to address this problem, highlighting the proactive role of the Judiciary in correcting the system's flaws. Given the absence of comprehensive reforms in the criminal and procedural codes, judicial activism could be an effective approach for judges to apply filters to sentences, especially considering that more than half of the inmates are incarcerated without a final conviction. The study relied on a bibliographic review, exploring books, scientific articles, and examining relevant cases brought to the Judiciary. The research reinforces the idea that a more active judicial role in the criminal process can contribute to reducing the prison population and enhancing human rights effectiveness, emphasizing the need for judges to understand and address the structural problems of the prison system.

¹ Docente pela Universidade Estadual de Minas Gerais. Direitos Fundamentais no Direito Municipal, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP/SP.

E-mail: alcalves@yahoo.com.br

² Doutorado em ciências sociais pela Puc-Rio.

E-mail: philippe@ferrari-mail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5849-6510>

³ Graduando em direito pela Faculdade Pitagoras, campus Poços de Caldas/MG.

E-mail: romagnogra@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5698-0760>

KEYWORDS: Judicial activism; Human dignity; Human rights; Public policies; Prisoners.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o estudo do sistema carcerário, tendo em vista sua superlotação e precariedade. Buscar-se-á demonstrar que o judicialismo seria uma via possível no combate à crise do sistema carcerário que assola o mundo e, principalmente, o Brasil.

Segundo Barroso (2009), o judicialismo é caracterizado por uma posição proativa do Poder Judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Assim, como não há previsão de uma reforma cirúrgica do Código de Processo Penal e de Direito Penal destinada à melhoria do cenário carcerário, o judicialismo seria um meio de política alternativa, a fim de que os magistrados possam inserir filtro voltado para os tipos de penas aplicadas, uma vez que mais de 50% das pessoas encontram-se presas sem uma sentença final condenatória, leia-se sem o trânsito em julgado da decisão. Isso respinga no devido processo legal, fere a duração razoável do processo e o princípio da presunção da inocência, que são abarcados explicitamente pela Constituição Federal.

A ideia central é trazer o judicialismo à discussão e talvez utilizá-lo como meio alternativo. Não se trata de um poder adentrar no outro, no caso, de o Judiciário usurpar a competência do Legislativo. Trata-se de fazer valer o processo penal e o direito penal como devem ser, compreendendo-os como *ultima ratio* para resolução de conflitos.

Em vista da inércia do Legislativo em enquadrar os códigos supracitados nas diretrizes do Estado Social de Direito, ficaria a cargo dos juízes aplicar, por meio das sanções impostas, meios alternativos de pena, a fim de desafogar o sistema carcerário, ao invés de simplesmente sentenciar conforme o positivado. Nesse sentido, toma-se, com exemplo, o voto proferido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que utilizou a dignidade da pessoa humana como fundamento para a remissão da pena.

O tema e seus recortes justificam-se pela necessidade do aprofundamento de estudo entre judicialismo e meios alternativos de aplicação das sanções penais, ao passo que será feito estudo no campo das políticas públicas, passando pelo contexto histórico e o sistema carcerário vigente.

O método para a consecução do trabalho foi a revisão bibliográfica, explorando-se livros e artigos científicos e visitando casos relevantes levados ao Judiciário. Obtendo-

se, como resultado da pesquisa, a necessidade da implementação do judicialismo pelos magistrados como filtragem para diminuição da população carcerária e meio de política alternativa, a fim de, não só preservar a dignidade da pessoa humana, mas combater este mal que assola os presídios brasileiros há anos.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A sustentação da dignidade da pessoa humana caminha na mesma direção que o direito à vida. Dizer que todos os seres humanos têm direito à vida e não preservar a sua dignidade é uma falácia. A “dignidade” é um mecanismo para resguardar a vida em sociedade e seu bom desenvolvimento. Dessa maneira, temos que:

A percepção de que alguns direitos da pessoa deveriam ser universalmente considerados e jamais violados não é nova, remontam ao período da colonização da América pelos espanhóis, quando Bartolomeu de Las Casas e Francisco de Vitória, no século XVI, passaram a condenar, com veemência, o tratamento conferido aos chefes políticos e aos povos originários da América (CARNEIRO, 2017, p. 10).

Já dizia o filósofo Heráclito (*apud* SARLET, 2010, p. 1) “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui”. No campo do Direito tal premissa é inexorável.

Igualmente é certo o clamor das pessoas por segurança, que adveio pelo processo da universalização dos direitos Humanos de 1948 (SARLET, 2010), originado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos horrores do regime nazista, que demonstrou que o Estado poderia ser um grande violador dos direitos humanos, marcado pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2004). Assim, o conceito de dignidade humana

[...] atravessou dois mil e quinhentos anos de história da filosofia, ganhou variadas configurações nas mais diversas tradições filosóficas e acabou por ser transformado em preceito constitucional supremo em resposta aos horrores e séries de violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial (MENDES, 2013, p. 85).

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como destaca Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução,

com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais do homem em sua essência (PIOVESAN, 2004, p. 21).

Nessa oportunidade, cumpre demonstrar um pouco sobre a filosofia kantiana. Para Kant, a humanidade é o fim, por excelência. Caso a pessoa não respeite o preceito da dignidade da pessoa humana, está tomando-a como atividade de meio e, conseqüentemente, levado por uma falsa promessa da moral, uma vez que, a dignidade da pessoa humana deve ser destinada para a humanidade como preceito de finalidade (KANT *apud* STOBBE; PAVÃO, 2013, p. 105).

A partir do contexto histórico o que mundo vivenciou após a II Guerra, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. A valorização da supremacia humana coloca à frente as pilastras dos direitos humanos, sendo eles a universalidade e a indivisibilidade (COMPARATO, 2010).

No Brasil, o processo de incorporação dos direitos humanos não foi diferente, vivenciou-se aqui um longo período sombrio ditatorial, em que ocorreu a mitigação dos direitos fundamentais. Ainda hoje, persistem resquícios desses tempos, haja vista algumas legislações vigentes (como o Código Penal e o Código de Processo Penal), contrapondo-se a toda panorâmica constitucional.

A Constituição de 1988, marco histórico do nosso direito, é voltada a reescrever os direitos fundamentais e fortificá-los. Como norte, institui o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Mendes (2013), por muito tempo, pós-88, pensava-se que o Brasil havia adquirido certa estabilidade constitucional, principalmente, no campo dos direitos fundamentais. Porém esse cenário vem sendo ameaçado. Os direitos fundamentais estão, há tempos, em crise, resultante, sobretudo do colapso que a democracia vem sofrendo (STRECK, 2004).

Partindo desse pequeno contexto histórico, nota-se que, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Social de Direito, o constituinte acabou por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (MENDES, 2013, p. 86).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece a preservação da dignidade da pessoa humana. Partindo do entendimento de Kant, conseguimos montar

uma “fórmula” para o entendimento e respeito desse princípio que, além de universal, é o princípio máximo do nosso ordenamento jurídico.

Em complemento com o pensamento kantiano, entende-se que cada cidadão possui o resguardo de ter a “inviolabilidade fundada na justiça”, ou seja, os dois filósofos (Rawls e Kant) defendem que independentemente da coletividade ou do objetivo maior da coletividade, a dignidade e a justiça devem atingir a cada um individualmente.

Compartilhando o conceito estabelecido por Rawls (2000), o conceito genuíno da dignidade da pessoa humana pressupõe a equidade entre os seres humanos, atingindo seus direitos mais intrínsecos.

Não conseguir garantir dignidade às pessoas, em especial, à população carcerária é garantir uma ideia ilusória de justiça, que se preocupa, sobretudo, com bens materiais.

Todo um processo luta foi desenvolvido em prol da garantia da dignidade humana, que não faz distinção de gênero, classe social, raça etc. Assim, não é plausível dizer que temos conceito formado de pena (sanção) e deixar o condenado sofrer por uma falsa moral e julgamento da sociedade. O Código Penal prevê a pena como meio punitivo e como meio de reinserção do indivíduo em sociedade. Em nenhuma parte da doutrina ou das leis está escrito que os presídios são extensão de tortura, que deve ser aplicada uma sanção mais cruel que a sentenciada.

É necessária uma mudança no pensamento dos magistrados, a fim de que consigam aplicar, através do judicialismo, medidas alternativas para melhoria do direito penal e processual penal, com objetivo de instituir esses dois procedimentos como *ultima ratio*, e, assim, tentar controlar o tamanho da população carcerária e, ao mesmo tempo, honrar a dignidade da pessoa humana.

2 SISTEMA CARCERÁRIO

As mazelas do sistema carcerário brasileiro são alvo de pesquisa e debates ao longo de vários anos, para melhor ilustrar o início desses estudos podemos utilizar, no Brasil, como marco simbólico a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Embasada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos de 1948, a CFRB/88 trouxe consigo grandes mudanças e a afirmação de direitos fundamentais, sendo chamada pela doutrina de constituição progressista, cidadã e humanista.

A trajetória de preocupação com caos instalado nos presídios brasileiros aparece em relatos feitos ao órgão do Judiciário por meio de ADPF's (nº 347), CPI's

(Requerimento de Instituição de CPI RCP 6/2015), Medidas Provisórias, com finalidade de promover alguma modificação substancial dentro do Estado (BARCELLOS, 2010).

No entanto, é tão notório o descaso com o sistema que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou como “estado inconstitucional” na ADPF nº 347. Trata-se um hard case (caso difícil) para o ordenamento jurídico e entre os diversos poderes (BARCELLOS, 2010). Acerca do assunto, Oliveira (2007, p. 1) destaca que:

O Brasil encarcera mais pessoas do que qualquer outro país na América Latina e infelizmente, os problemas desse imenso sistema requerem proporções de soluções correspondentes. Desrespeitos aos direitos humanos são cometidos constantemente em todas as unidades penais afetando milhares de apenados e suas famílias, com o agravante de que a sociedade mantém uma relativa indiferença a tais desrespeitos, tendo como principal motivo a compreensão de que “marginais”, especialmente, os assassinos, não devem ter direito a preservação de suas vidas e à integridade física.

A pena imposta para aqueles que cometem crime deve servir como modelo e durar o tempo necessário para se repensar o ato ilícito praticado em sociedade. Durante o cumprimento da pena deve ser concedido ao detento recursos que o ajudassem a atingir a ressocialização, ou seja, sua reinserção dentro da sociedade.

Estamos em um Estado Social de Direito, em que a Constituição assegura a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento, uma vez, que lembrando o jusfilósofo Hans Kelsen (2003), a Constituição se coloca como farol frente às demais matérias ordenadas no direito.

Não poderia a Magna Carta abrir lacunas para contradizer seu preceito maior. Assim, o constituinte assegurou de modo expresso, em um rol taxativo, nos incisos XLVI e XLVII do artigo 5º, os tipos de penas: “privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”. Não há previsão legal para tratamento desumano ou degradante (FERREIRA; ABREU, 2019).

As Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU⁴, no item 58, advertem que a pena privativa de liberdade deve servir para resguardar a sociedade contra os delitos. Desígnio que só poderá ser alcançado “(...) se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinquente

⁴ A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinquente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

não apenas queira respeitar a lei e auto sustentar-se, mas também, que seja capaz de fazê-lo” (FERREIRA; ABREU, 2019, p. 10).

A Lei de Execução Penal introduziu, no ordenamento jurídico do Brasil, as normas para execução da pena, para a busca e a punição do agente e a sua ressocialização. Seu artigo 1º determina que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A LEP estabelece uma série de direitos e garantias que visam impedir exageros e/ou irregularidades, na execução da pena, que prejudiquem a dignidade humana do apenado, preservando condições e direitos para que consiga desenvolver-se sentido à reintegração social (MIRABETE, 2007). Seu artigo 11 determina ser dever do Estado garantir a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde do apenado.

Contudo, apesar de a teoria expor e fundamentar diversas garantias, o devido processo legal, o respeito à dignidade do apenado e os preceitos da Declaração dos Direitos Humanos, a versão real dos fatos é totalmente diferente, envolta a um cenário de abusos, violência, marginalidade e discriminação.

Há tempos persistem condições deploráveis, que configuram um descaso do Poder Público, uma omissão estatal e o problema não fica restrito aos grandes muros de concreto das prisões, ele o atravessa e afeta diariamente a sociedade.

Entre os anos de 2007 e 2008, foi realizada uma Comissão Parlamentar Inquérito, organizada pela Câmara dos Deputados Federal, que investigou o sistema prisional brasileiro.

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, apoiando-se na tese colombiana de “Estado Inconstitucional das Coisas”, a fim de exigir uma posição mais enérgica do Estado, quanto ao sistema carcerário vigente.

Em menos de oito anos, de 2008 a 2015, houve duas notórias “denúncias” ao Judiciário (ADPF nº 347/2015 e Recurso Extraordinário nº 588.252 do Mato Grosso do Sul), clamando por uma reforma ou uma melhoria para um problema tão latente.

Esses dados formam uma visão nacional. Possivelmente, estreitando a problematização aos sistemas carcerários no estado de São Paulo ou, até mesmo, no município de Ribeirão Preto, o resultado não seria diferente (LAGE; BRUGGER, 2017).

Assim, o colapso existente do sistema prisional brasileiro é algo que desafia todos entes estatais, todos os poderes e a sociedade. É um assunto que necessita de atenção e pronta modificação.

Em 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu o voto no Caso do Presídio de Mato Grosso do Sul (ADPF nº 3456), descrevendo minuciosamente o sofrimento miserável dos presos. Com propriedade, propôs, na ocasião, a utilização do instituto da remissão da pena como um dos meios alternativos para sanar a superlotação carcerária, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

Até um determinado ponto, o contexto dos presídios brasileiros poderia ser considerado como descaso do Estado para com a instituição do cárcere e sua estrutura física. Infelizmente, esquece-se que se tratam de pessoas, a quem são garantidos direitos fundamentais.

Atualmente, acontecem, dentro dos presídios, violações massivas de direitos fundamentais e violências diárias, que refletem intimamente na dignidade da pessoa humana e compõem o seguinte quadro: superlotação de celas, pessoas amontoadas, sem espaço suficiente, precariedade das estruturas e instalações prisionais, insalubridade, locais fétidos, sem ventilação e iluminação.

Quanto ao cárcere feminino, ressalta-se a falta de estabelecimento próprio para os berçários ou creches para abrigar as crianças maiores de seis meses e menos de sete anos, falta de cuidado com a saúde das gestantes, não sendo assegurado o acompanhamento médico durante a gestação, carência de ginecologistas, de fornecimento regular de absorventes ou outros materiais de higiene (BRASIL, 2015).

As pessoas transexuais sofrem violência física e psicológica, não têm respeitado o seu gênero, estando confinadas com outros homens cis, pois não há uma divisão para aloca-las ou se há, não é respeitado, pelo preconceito incrustado (BRASIL, 2015).

O cárcere brasileiro é uma aglomeração de umas proporções gigantescas, cuja consequência lógica é a rebelião, o aumento de doenças, do índice de reincidência etc. Assim, “por conta de tudo isto, não raro, que surgem rebeliões em presídios ao longo do país, as quais resultam normalmente em diversas mortes e atrocidades – cometidas tanto pelos rebeldes, quanto pelos policiais que são convocados para a supressão da rebelião” (BORGES; GUIMARÃES, 2013, p. 88).

Nesse sentido, “praticamente todos os penalistas contemporâneos são refêns de discursos e justificção da pena, e logo, de legitimação do poder punitivo – todos procuram responder ao por que punir.” (KHALEDE JR, 2016, p. 75).

Chega ser um reconhecimento unânime que a pena e o sistema carcerário não cumprem a função de recuperar ou ressocializar, prevista em diversos dispositivos da Lei de Execução Penal. Caso haja, o mínimo de “recuperação”, é um índice pequeno, comparado ao número de detentos, 740 mil.

A união entre reincidentes, primários, preventivo agrava a situação. Assim os presídios abrigam presos e mais presos, e sem essa divisão, instiga-se para “agregar qualificadoras de um preso para outro”. Ou seja, uma pessoa que foi condenada por um furto simples, passar a ter convivência com um homicida ou com quem praticou roubo com porte de armas. Essas situações mostram que poderia haver um cumprimento de pena diferenciado (BRASIL, 2015).

Reiterando o mencionado acima, roga-se para o senso de urgência da propositura em meios acadêmicos, legislativos e sociais, para propositura de políticas alternativas para minimizar este problema que é tão eminente.

3 ATIVISMO JUDICIAL

A primeira aparição do termo ativismo judicial ou judicialismo foi registrado no caso *Marbury vs Madison*, nos Estados Unidos, em 1803, primeiro caso de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Após essa decisão ocorreu uma completa mudança na visão estabelecida entre os três poderes. Desse período em diante, o Judiciário passou a também exercer a função de rever as leis e normas que estariam contrárias à Constituição (GUEDES, 2012).

Segundo Barroso (2009), o ativismo é um fenômeno jurídico que tem por característica uma posição proativa do poder judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Em outras palavras:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional

brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria (BARROSO, 2012, p. 23).

Essa manifestação pode ocorrer, por exemplo, com a aplicabilidade de forma da Constituição Federal em situações não previstas no texto constitucional pelo constituinte, nas declarações de inconstitucionalidade dos atos normativos editados pelo legislativo no poder de estabelecer aos órgãos públicos ações ou abstenções em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 28). Dessa forma,

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 25).

O processo legislativo brasileiro é rígido, ou seja, sua modificação é complexa. Então, utiliza-se o judicialismo como short cut, visando à celeridade e à finalidade de garantir que todos os direitos fundamentais, que, no caso em tela, seria a melhoria da situação carcerária por meio da redução da população.

Em que pese ser função do Poder Legislativo promover quaisquer alterações nas leis, em determinados casos, não se pode aguardar o desenrolar legislativo. Desde modo, prudente que o Poder Judiciário evoque essa função, emanando decisões no campo do Executivo e do Legislativo, para assegurar os direitos fundamentais.

A utilização do judicialismo vem com finalidade não de um poder adentrar ao outro, mas de sanar a inércia do Legislativo e Executivo. Assim, ficaria a cargo dos magistrados a filtragem ou (re)modelagem na aplicação do Código de Processo Penal. A Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, criando um nível de juridicidade superior e vinculante a atos e decisões.

Com o sistema de freios e contrapesos, o Judiciário passa a atuar em duas frentes: corrigindo atos oriundos dos outros poderes (Executivo e Legislativo), e preenchendo as lacunas decorrentes da omissão na execução de políticas que deveriam estar previamente disponibilizadas aos seus destinatários. Com isso, ocorre uma relativização do princípio da separação de poderes (BARROSO, 2012).

Essa relativização na separação dos poderes estabelece o cerne de grande discussão doutrinária. Pode ou não haver essa interferência? Em havendo, até que ponto seria

tolerável o Poder Judiciário avocar para si as responsabilidades que deveria estar a cargo do Legislativo e Executivo?

Diante do tema proposto nesse trabalho, quando se pensa na utilização do judicialismo, cabe invocar a ponderação ou sopesamento de Robert Alexy. Não se trata de uma “briga de egos” sobre competência.

Cumpram ressaltar temáticas fundamentais para sociedade: saúde, educação e o sistema prisional. Nesses campos, algumas decisões devem ser tomadas com mais agilidade, daí a brecha para que o Judiciário tome a frente e decida no “lugar” do Legislativo, pois não poderiam aguardar todo trâmite necessário.

Quanto ao sistema prisional e a (in)eficácia das políticas públicas, sugere-se a utilização do judicialismo para promoção de direitos e mecanismo para minimizar o número do presos, que infla no índice populacional carcerário. Desenvolve-se aqui um raciocínio lógico: havendo a uma filtragem sobre a aplicação da pena e sobre os tipos de prisão, conseqüentemente, teremos um número menor de presos.

O futuro ainda não existe. O que existe é o aqui e agora. Se não dermos a segurança jurídica necessária à população carcerária e a todos os cidadãos, incorremos no risco de perpetuar uma administração pública à margem das necessidades da nossa sociedade. “Viver é perigoso”, diria Guimarães Rosa. Então cabe a todos os poderes e, aqui, de modo especial ao Judiciário empreender todos os meios possíveis para promover a defesa da vida, da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o legislador encontra-se vinculado à Constituição como ordem jurídico-normativa fundamental. Em tese, temos um ordenamento puramente humanista, entretanto, luta-se para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais.

Conforme relatado nessa pesquisa, o poder público persiste em trilhar caminhos contrários aos direitos fundamentais, principalmente se tratando da população carcerária, que não têm sua segurança garantida, seja física, psicológica ou jurídica.

Talvez seja penoso o debate posto em pauta, contudo é uma problemática para a qual se deve, com urgência, buscar uma solução. O direito tem o dever, enquanto regulador da sociedade, de garantir a todos a equidade, a dignidade e os direitos fundamentais. O próprio jurista Lênio Streck (2004), afirma que o direito brasileiro não

enfrenta os problemas, cria-se leis, códigos, doutrina mas falta uma sensibilidade para voltar ao trabalho árduo de depositar uma maior fé e vontade em desenvolver corretamente e coerentemente e meios que chega a solucionar estes problemas e outros.

Buscou-se, neste trabalho, fazer alguns apontamentos quanto ao sistema prisional, em especial, utilizando o judicialismo como meio alternativo para uma filtragem na aplicação do Código de Processo Penal, uma vez que, por mais que existam políticas públicas para tratativa do tema, essas não vêm desenvolvendo adequadamente o seu papel.

O judicialismo vem em prol justiça social. Através de uma nova visão, teremos um direito penal, processual como *ultima ratio*. Se bem arquitetada, a estratégia não só irá desafogar as vias judiciárias, mas contribuirá com a diminuição da população carcerária, a diminuição dos índices de reincidência, com a melhoria da infraestrutura e condições dos presídios.

É necessário incluir os excluídos, principalmente aqueles que se encontram alijados do poder e do espaço democrático de cidadania social e jurídica e fazer valer seus papéis de cidadãos, retirando-os do limbo jurídico e social no qual se encontram sem voz, sem vez e sem lei.

Quando o Estado não consegue cumprir uma política pública, tal qual é conceituada, é necessário um instrumento capaz minimizar os danos. Assim, essa é a ideia e a proposta central da pesquisa. Fazer com que o magistrado, dentro dos seus limites jurisdicionais, consiga transpor um novo rosto do processo penal, assegurando os direitos fundamentais.

Assim, espera-se que os juízes da área penal tenham a consciência de como são estruturados os cárceres e atuem na medida necessária para sanar a inércia legislativa em reformular o código penal atual.

A superpopulação é um dos principais problemas no âmbito carcerário, sobretudo, porque traz consigo outras problemáticas (como a falta de infraestrutura), influenciando nas condições materiais, psicológicas e nas condições de saúde dos apenados, fato mais recentes que temos é o Covid-19, que tem se alastrado dentro dos muros de concretos.

Assim, ante as considerações trazidas ao debate, com vistas à proteção à dignidade da pessoa humana, entende-se que a atuação judicial de forma mais ativa no

processo penal é um meio que irá diminuir a população carcerária e, conseqüentemente, contribuir com a concretização e eficácia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Almiro Alves; FERREIRA, Josiane Pantoja. A dignidade da pessoa humana e a prisão no Brasil. *In: II Seminário Internacional em direitos humanos e sociedade*, 2019, Criciúma, **Anais** [...] Criciúma: FAPESC, 2019, p. 1-13.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Anna Paula. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. **Revista de Direito Administrativo**. v. 254, p.40-61, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

BORGES, Paulo César Correa (coord.); MARTINS, Alessandra Beatriz *et al.* (cols.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**: temas atuais. São Paulo: UNESP, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Perspectivas contemporâneas do cárcere**. São Paulo: UNESP, 2010.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**. Temas atuais. São Paulo: UNESP, 2017.

BORGES, Paulo César Correa; GUIMARÃES, João Vitor Melo de Oliveira. O Sistema Penitenciário brasileiro como índice e medida do grau de civilização nacional. **Direito & Justiça**. v. 39, n. 1, p. 83-93, jan./jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 09 set. 2015. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.
Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e

degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível) Rel. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Direitos humanos e direito internacional das mulheres: a luta feminista contra a discriminação e a violência de gênero. *In*: SEVERI, Fabiana Cristina; ZACARIAS, Laysi da Silva (Org.). **Coleção relatórios NAJURP Direitos Humanos das Mulheres**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. p. 39-48

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. *In*: **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora UNESP; 2013. p. 282: il.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas Letras, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n.51, p. 103-125, 2004.

FERRARI, Philippe Cunha. **Justiça Itinerante**: de barco, de ônibus e de avião em busca da justiça. São Paulo: Multifoco, 2017.

GUEDES, Néviton. Constituição e poder: O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. [S.I.]: **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHALED JR.; SALAH, H. **Justiça social e Sistema Penal**. 1.ed. Cidade: Rio de Janeiro Lumen juris, 2016.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, Volume 2, Número 5, 2017, p. 193-240.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal introdução à crítica**. Editora Saraiva, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Sobre a infeliz entrevista do corregedor-geral de Justiça 2017. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013 p. 83-96.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA; PIMENTEL. O sistema carcerário no Brasil e sua ineficiência. **Caderno Humanidades em Perspectivas**, v. 5 n. 3, 2019, p. 98-11. 102.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. 2014, n. 93, p. 201-232.

NUCCI, Guilherme. Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. A falência da política carcerária brasileira. **III Jornada Internacional de Políticas Públicas** São Luís – MA, 2007. Disponível em: <http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/7747d19a7e9a8726e4faHilderline.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Princípios e Boas práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR - revista internacional de direitos humanos**. Ano 1, Número 1. 1º semestre de 2004. p. 20-48

RANGEL, André Farias; BARBOSA JUNIOR, Narciso da Silva. **Direitos fundamentais e sociais no Brasil**: uma análise do ativismo judicial e seus reflexos na sociedade, 2011, p 1-29.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocessos social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletronica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, mar./abr./mai. 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: Efetivação da Cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Atlas, 2013.

STOBBE, Emanuel Lanzini; PAVÃO, Aguinaldo. A dignidade da pessoa humana em Kant relacionada à teoria da justiça de Rawls. **Kant e-Prints**. Campinas, Série 2, v. 8, n. 2, p.102-112 jul./dez., 2013.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos, 2007, p.48. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa. O princípio da igualdade na perspectiva penal. **Temas atuais**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

FRAGILIDADES DEMOCRÁTICAS NO SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE SUPERAÇÃO

Recebido em: 27/04/2023

Aceito em: 28/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9621



Caetano Cuervo Lo Pumo ¹
Rogério Gesta Leal ²

RESUMO: Para avaliar as fragilidades democráticas do sistema partidário brasileiro é necessária estudar um pouco da origem dos partidos e de sua relação com o regime democrático, buscando compreender o que eles realmente são e para que servem. Após, verificando o desenvolvimento do instituto na curta história brasileira será possível compreender a descontinuação sofrida pelas agremiações políticas, bem como a ausência de certos consensos sobre o seu funcionamento. Por outro lado, tais estudos nos mostram a essência de um partido e como ele deve estar preparado para funcionar em um país que se apresenta como democrático, federativo e republicano. Com tal embasamento, é possível avaliar as mazelas dos partidos atuais e apresentar algumas perspectivas para superar a crise enfrentada, dando aos partidos o protagonismo político natural de sua essência.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Partidário; Partidos Políticos; Patrimonialismo; Direito Eleitoral.

DEMOCRATIC WEAKNESSES IN THE BRAZILIAN PARTY SYSTEM: PERSPECTIVES FOR OVERCOMING

ABSTRACT: In order to assess the democratic weaknesses of the Brazilian party system, it is necessary to study a little about the origin of parties and their relationship with the democratic regime, seeking to understand what they really are and what they serve. Afterwards, verifying the development of the institute in the short Brazilian history, it will be possible to understand the discontinuation suffered by political associations, as well as the absence of certain consensuses on its functioning. On the other hand, such studies show us the essence of a party and how it should be prepared to function in a country that presents itself as democratic, federative and republican. With this foundation, it is possible to assess the ills of current parties and present some perspectives to overcome the crisis faced, giving parties the natural political protagonism of their essence.

KEYWORDS: Party System; Political parties; Patrimonialism; Electoral Law.

¹ Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Público Municipal pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

E-mail: lopumo@hotmail.com

² Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997); doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e doutorado na Universidad Nacional de Buenos Aires (2004). E-mail: lopumo@gmail.com

INTRODUÇÃO

No mundo moderno, a luta pelo poder tomou o caminho das disputas eleitorais. Claro que há disputas econômicas e ideológicas, mas o domínio político sempre fez parte dos objetivos dos grupos hegemônicos e sempre esteve no norte dos grupos periféricos, de modo que as disputas modernas costumam desaguar nos processos de escolha da representação e do comando do orçamento público.

O fim do absolutismo é marco histórico inicial desse mundo de disputas políticas eleitorais; o iluminismo, seu marco teórico, e as Revoluções liberais são os movimentos políticos que definitivamente redesenharam o modelo de luta pelo poder estatal colocando o *povo* como elemento chave de sua fundamentação. Esse é o início do que passamos a chamar, modernamente, embora com diversas compreensões distintas, de *democracia*.

A utilização do vocábulo no mundo moderno é bem diferente de seu sentido no mundo grego, quando *democracia* era *apenas* a forma de governo, o modo como se governava; agora, na modernidade, ela passa a ser um tipo de regime político, que “se define em função do titular último do poder político” (COMPARATO, 1975, p. 199).

Estamos, portanto, diante de um conceito de sentido histórico e ideológico, que se altera no tempo, no espaço e conforme os interesses envolvidos. O que era *democracia* ontem, pode não ser amanhã. E mesmo o que se entende por *democracia* no Brasil pode ter outro significado alhures. A própria academia não tem conceitos fechados e a *democracia* está em constante transformação. O uso da expressão *democracia*, por vezes em sua forma antinômica, é bastante contestável na busca por um debate racional, mais ainda se tiver pretensões científicas, já que a construção desses conhecimentos apresenta dificuldades maiores com a utilização de conceitos abertos. Um ato *antidemocrático* pode ter diversos sentidos, a depender da conjuntura.

Em comum, entretanto, existe a ideia de que, falando em *democracia*, falamos do regime de governo em que o poder pertence *povo*, seu único titular, que poderá exercê-lo das mais diversas formas, em um ambiente de disputas reais entre diversos grupos com distintas ideias e interesses. O sentido de *povo*, as formas de exercício do poder e as suas finalidades serão constante objeto de controvérsias. Entretanto, aqui, me parece que apresentamos ao menos alguns parâmetros minimalistas que fogem à clássica delimitação eleitoral da expressão, mas sem desconsiderá-la.

Falando desses grupos que disputam o poder é que pensamos no surgimento, nos primórdios do processo eleitoral, de organizações interessadas em obter votos e assumir

postos de comando na estrutura governamental. Assim vai se dando o desenvolvimento dos partidos políticos enquanto este processo vai se aprimorando e se reconstruindo.

No presente artigo, pretendemos trabalhar as tensas relações entre partidos políticos e democracia, considerando o nosso modelo republicano e federativo, sempre tendo em mente esta ideia aberta e de poucos consensos.

Para isso, em primeiro lugar, conceituaremos partidos políticos e sua relevância para a democracia moderna, a partir de doutrina clássica sobre o tema, partindo da ideia consagrada de Sartori (2014, p. 317) ao afirmar que (...) *quando si asserisce che la democrazia no si puó attuare senza l'intermediazione dei partiti si fa riferimento al sistema partitico come sistema di aggregazione e canalizzazione del voto. Nulla più; ma anche nulla meno*. Motivo pelo qual ele afirma que: (...) *gli elettori si espremerebbero a vuoto e creerebbero il vuoto – il caos di uma miríade di frammenti – se mancasse il quadro di riferimento e di alternative proposte dai partiti* (SARTORI, 2014, p. 319).

Isso nos permite pensar na importância e no papel desses grupos organizados que buscam comandar o poder político do estado, definindo, ainda que de forma abrangente o que é, ou pode ser, um partido político e aquilo que ele não é e nem pode ser. Ao mesmo tempo admitindo que os eleitores precisam de referências para poderem votar.

Após, pensaremos no Brasil e como se deu esse desenvolvimento até os dias de hoje, entendendo como funcionaram e funcionam os partidos, o que já é possível para nos apresentar uma clara noção de seus *déficits* e gargalos, mormente em um país que se desenhou como republicano e federativo ao longo dos últimos 130 anos.

O terceiro capítulo, por sua vez, fará a abordagem entre o aspecto teórico do primeiro ponto e suas aplicações na vida brasileira a partir das discussões tidas no segundo capítulo, permitindo uma noção crítica de como enfrentar alguns problemas partidários que limitam nosso processo democrático.

Por fim, ao concluir, pretendemos oferecer algumas breves ideias abstratas sobre como melhorar a democracia pátria identificando, de forma ainda um pouco superficial, alguns espaços para futuras alterações na legislação partidária e na sua aplicação.

1. AS TENSAS RELAÇÕES ENTRE DEMOCRACIA E PARTIDOS POLÍTICOS

A *Enciclopedia del Diritto*, em seu verbete *partiti politici*, lança a ideia de que, mesmo em épocas longínquas, existiam grupos de indivíduos em competição pelo poder

afirmando que, por partido político, “*dovrebbero ritenersi pertanto, in senso lato, i gruppi di potere que si formarono nelle citta greche e nella Republica Romana, le fazioni medievale, le antagoniste sorte durante le guerre di religione*” (PASSARELI, 1971. p. 66).

Chama a atenção a utilização da expressão “*facção*”, muito comum nas primeiras doutrinas modernas sobre a matéria. Hume, em seus ensaios sobre moral e política, de 1741, quando relata a existência de lutas pelo poder desde os tempos mais remotos da humanidade, menciona que “a propensão dos homens para dividirem-se em facções é tamanha que a menor aparência de uma discordância real basta para as produzir” (HUME, 2003. p. 44). A conotação dada à expressão *facção*, muitas vezes utilizada como sinônimo de partido, ao menos até meados do século XVIII, e também constantemente confundida com o termo *seita*, era negativa e levava à ideia de grupos contrários ao “bom governo”, como se observa claramente nessa passagem de seu clássico:

Assim como legisladores e fundadores de estados merecem a honra e o respeito dos homens, os defensores de seitas e facções devem ser detestados e odiados, pois a influência das facções é diretamente contrária à das leis. Facções subvertem governos, tornam as leis impotentes e incitam as mais violentas animosidades entre homens de uma mesma nação, que deveriam dar assistência e proteção uns aos outros. E o que torna os fundadores de partidos ainda mais odiosos é a dificuldade de extirpar essas ervas daninhas, uma vez que deitem raízes em um estado qualquer (HUME, 2003. p. 43).

Para Sartori (1982, p. 28), “o leitor fica um tanto confuso pelo uso indiferente que Hume faz de partido e facção”. No trecho acima descrito, *seita*, *facção* e *partido* estão colocados em paridade, todos cumprindo um papel negativo no sistema político. A verdade, entretanto, é que estes termos se confundiam e possuíam invariavelmente uma conotação negativa; não se via em nenhum deles a ideia de que serviriam como instrumento para o bem comum ou para ajudar na organização dos governos. O que está por traz das *partes organizadas* seria apenas o interesse de assumir o poder político, isso em um período em que a noção moderna de representação ainda vinha sendo construída e a ideia de oposição não parecia saudável aos atores políticos. Ter o poder político, por tanto, ainda permitia pensar na aniquilação dos grupos rivais.

A verdade é que foi apenas alguns poucos anos antes da obra de Hume, no final do século XVII, que a moderna democracia representativa deu seus primeiros passos e trouxe os *grupos políticos* ao debate, abrindo as portas para que uma dimensão positiva dos partidos – que demorou a aparecer e segue recebendo questionamentos - viesse à tona.

O *Segundo Tratado* de John Locke, de 1690, antes, portando, das discussões de Hume, trazia as primeiras e mais marcantes ideias de representação por meio de eleições, deslocando a soberania do monarca para a Nação. Escreveu Locke (2002) que os homens concordaram em ceder sua liberdade para viver com segurança em uma sociedade organizada, que lhes garantisse uma vida melhor (SARTORI, 1982. p. 72). O pacto social de Locke organiza a ideia de representação: somos nós que criamos as leis, por meio de representantes e, para isso, precisamos de um processo eleitoral para escolher a quem cederemos, temporariamente, tal poder (LOCKE, 2002). Embora Hobbes já teorizasse um contrato social que buscava a troca de liberdade por segurança, foi Locke que inovou, trabalhando a ideia de que leis são frutos da vontade da maioria. Portanto, se há maioria, há minoria e existe a necessidade de organização para que o debate público se realize, bem como as legítimas disputas pelos postos de poder (LOCKE, 2002). Grandes nações, aos poucos, incorporam o referencial teórico da democracia direta grega e as adaptam à forma representativa.

Com a consagração da ideia de que o poder emana do povo, ainda com base nas ideias de *contrato social*, surgem as linhas iniciais da disputa político eleitoral. A ideia de que o povo governará mediante representação fará com que os grupos políticos se organizem e passem a ser compreendidos como novos agentes nas relações de poder, com papel marcante no processo de disputa pelos espaços estatais, bem como na modelação dos governos, formados pelas maiorias, e também para a existência de uma oposição, formada pela minoria.

Partidos, aos poucos, passam a serem compreendidos como essenciais nesse processo: terão papel destacado na disputa eleitoral, na formação de maiorias governamentais e na organização de minorias de oposição. Tudo isso à medida em que se desenvolve a ideia de soberania popular por meio de representação. O desenvolvimento de todos esses conceitos, essenciais na moderna democracia representativa, se dá de forma concomitante. Evidentemente que o ideal democrático não se esgotará na representação e constantes evoluções interpretativas nos apresentarão um modelo participativo, que dará à cidadania um papel ativo não limitado pelo voto.

Note-se, então, que a ideia de *partido político* exige a compreensão de que, em uma democracia, haverá a coexistência de diferentes opiniões, a busca pelos consensos possíveis e necessários e a aceitação do diferente como elemento natural, além de um constante diálogo, deliberações permanentes e muitas negociações sobre a formação das

leis e execução da administração. A democracia deve ter instituições capazes de racionalizar esse desafio.

Aqui, cabe uma pequena lembrança acerca do estudo realizado por Lijphart, em 36 modelos de democracia, oportunidade em que ele demonstra que não se pode discutir institucionalmente política sem tratarmos de partidos; em todos os modelos analisados e estudados pelo Autor, mesmo onde a filiação partidária não é condição de elegibilidade, existem partidos que disputam o poder eleitoralmente e que, após a eleição, se organizam como situação ou oposição, por meio de intensas negociações, onde as composições podem ter aspectos ideológicos ou meramente pragmáticos e *ceder* ou exigir são condutas absolutamente normais (LIPHART, 2003).

Por isso, foi natural que, ao lado do desenvolvimento da ideia de soberania popular por meio da representação, desenvolveram-se os grupos políticos que passaram, com o tempo, a serem denominados exclusivamente como *partidos*, e, pouco a pouco, não sem retrocessos, foram conquistando sua moderna concepção de instituições fundamentais da representação, motivo pelo qual Duverger (1970. p. 20) afirma que “o desenvolvimento dos partidos está ligado ao da democracia”. Partidos, então, deixam, aos poucos, de serem confundidos com *seitas* e *facções* e ingressam no mundo político moderno com o papel essencial de organizar o debate público e aproximar representantes e representados.

Contemporâneo de Hume, Burke, em obra que se torna fundamental para a compreensão do novo desenho dos partidos no mundo democrático representativo, apresenta, em *Thoughts on the Present Discontents* (1770), um conceito que permite o desenvolvimento da *visão positiva* dos partidos políticos:

Party is a body of men united for promoting by their joint endeavours the national interest, upon some particular principle in which they are all agreed. For my part, I find it impossible to conceive that any one believes in his own politics, or thinks them to be of any weight, who refuses to adopt the means of having them reduced into practice³.

Esta definição de Burke, para Sartori, é muito citada e pouco compreendida, mas o mestre italiano explica que, com essa ideia, partidos e facções se diferenciam

³ Tradução livre: Partido é um grupo de homens que se unem para buscar, em comunhão de esforços, o interesse nacional, unidos por algum princípio no qual todos concordam. Eu entendo ser impossível que alguém acredite isoladamente na sua própria opinião política, pense que ela terá alguma influência e se recuse a adotar formas de colocá-la em prática.

definitivamente. A luta pelo poder travada pelos partidos é distinta da “luta mesquinha e interessada por cargos e emolumentos” comuns ao conceito de facção (SARTORI, 1982. p. 29). Conforme Burke (1770):

Every profession, not excepting the glorious one of a soldier, or the sacred one of a priest, is liable to its own particular vices; which, however, form no argument against those ways of life; nor are the vices themselves inevitable to every individual in those professions. Of such a nature are connections in politics; essentially necessary for the full performance of our public duty, accidentally liable to degenerate into faction. Commonwealths are made of families, free Commonwealths of parties also; and we may as well affirm, that our natural regards and ties of blood tend inevitably to make men bad citizens, as that the bonds of our party weaken those by which we are held to our country⁴.

Esta origem do conceito de partido e de seu amadurecimento e separação com relação a outras terminologias com as quais se confundia é fundamental para dar autonomia a essa nova instituição. Os partidos, com essa visão que os distancia dos antigos conceitos com que se confundiam, passam a fazer parte do jogo democrático como importantes *players*; nada voltará a ser como antes e a necessidade de compreender e estudar as agremiações políticas que efetivarão a representação popular passa a ser objeto essencial do estudo político, ainda que os partidos, como todas as relações humanas, estejam sujeitos a vícios.

No século XIX, um dos principais autores a pensar os partidos foi Duverger, que nos apresentou as diferentes possibilidades pelas quais eles vão nascer e se desenvolver. Cada partido será fruto de uma realidade. Diferentes circunstâncias históricas, econômicas, políticas e até mesmo religiosas permitirão surgirem diferentes desenhos partidários.

Conforme Coelho (2022. p. 54), “analisando a gênese dos partidos europeus, Duverger distingue dois tipos de partidos, segundo o seu surgimento: os partidos de ‘criação eleitoral e parlamentar’ e os partidos de ‘criação externa’”. Ensina o Autor que:

Os primeiros nasceram dos movimentos e grupos parlamentares e comitês eleitorais. A partir dessas duas células-mater foi suficiente que se estabelecesse

⁴ Tradução livre: Toda profissão, até mesma a gloriosa dos soldados e a sagrada dos padres, está sujeita a vicissitudes; entretanto, isso não é um argumento contrário a esses modos de viver; tampouco esses vícios são inevitáveis nessas profissões. Da mesma forma são as conexões na política, necessárias para cumprimento de nosso dever público, estão sujeitas a degenerar em facção. Comunidades são feitas de famílias e as comunidades de partidos livres também; podemos, da mesma forma, afirmar que nossos relacionamentos e laços de sangue tendem inevitavelmente a fazer do homem um mal cidadão, assim como as ligações de nossos partidos enfraquecem aqueles pelos quais somos mantidos em nosso país.

uma coordenação entre eles para que surgisse um verdadeiro partido político. Por sua vez, os partidos de “criação externa” surgiram a partir da organização de organismos externos ao processo eleitoral e à atividade do Parlamento, como sindicatos, igrejas, associações e sociedades de pensamento (DUVERGER, 1970. p. 22).

Além disso, ainda existem os fatores locais, ideológicos e até mesmo as agremiações surgidas a partir de mero interesse eleitoral e pessoal, que são abordados na obra de Duverger (1970. p. 22) que fala, inclusive, do papel ocupado pela corrupção na formação de determinados grupos parlamentares. Por tal motivo, retomamos Sartori (2014. p. 323), quando afirma que *se i partiti occorrono, la loro necessitá non li redime dai loro peccati*. Veja-se que, ao passo em que reconhecemos o valor dos partidos, admitimos sempre a possibilidade de *pecados* e *vícios*. A solidez das instituições, portanto, precisa sempre um aprimoramento de suas regras.

As relações entre os partidos e a democracia é espelhada, seja com relação às suas qualidades quanto em relação aos seus vícios, e o fracasso ou sucesso de um reflete no outro. Democracias bem organizadas e de sucesso terão partidos igualmente organizados e com imagem positiva perante a população, assim como o inverso é também verdade. Não se espera uma democracia ineficiente com partidos eficientes e democráticos.

De tudo que foi dito aqui, concluímos o capítulo com a lembrança da evolução histórica dos partidos segundo as premissas postas por Sartori (1982. p. 46): 1) partidos não são facções; 2) o partido é parte de um todo, não é o todo e 3) os partidos são canais de expressão, extremamente uteis ainda nos dias de hoje.

Disso, resultam algumas questões atuais:

1) Muitos ainda enxergam, como no século XVII, os partidos políticos de forma negativa – facciosa - especialmente diante de uma grave crise enfrentada pelo sistema representativo; de qualquer modo, partidos não são *facções* ou *seitas* e com elas não podem ser confundidos e, se forem, deixam de ser partidos políticos;

2) além disso, também reconhecemos que seguem existindo os partidos de lideranças fortes, por vezes populistas e autocráticas, que submetem a massa com finalidades meramente eleitorais e buscam a universalização de suas ideias. Tais partidos podem jogar o jogo democrático, mas estão em constante risco de ceder ao totalitarismo;

3) Como dito, a democracia e suas instituições estão em constante evolução, e cabe buscar, no diálogo natural de sua existência, soluções para os velhos e novos problemas, motivo pelo qual os canais de comunicação dos partidos, internamente, entre

eles e entre eles e a sociedade, seguem sendo fundamentais. Assim como é fundamental a capacidade de ser governo e ser oposição.

Desta forma, concluímos esse capítulo reconhecendo a relevância dos partidos como instrumento de disputa eleitoral e política e que deve ser constantemente aperfeiçoado, sobretudo como canal de diálogo entre diferentes ideias e opiniões, afastando-se da ideia de facção e de tendências totalitárias, sempre admitindo a pluralidade, aberto ao diálogo e às eventuais derrotas, sem o que se coloca em risco a democracia moderna (seja qual for o conceito que lhe emprestemos).

1.1 Dos partidos políticos e democracia no Brasil

A história democrática, eleitoral e partidária brasileira reflete o que dissemos acima. Se os partidos se desenvolveram após o surgimento da ideia de representação, então é natural que os primeiros partidos tenham sido criados a partir de grupos parlamentares já existentes.

Portanto, mesmo que alguns autores falem de grupos *políticos* ainda no período colonial, é claro que eles se confundam com a ideia de *facção*. A verdade é que no período colonial existiam apenas eleições municipais, subordinadas sempre ao poder político exercido pela metrópole de modo que, nos dizeres de Faoro (2001, p. 215), “as câmaras se convertem, depois de curto viço enganador, em simples executoras das ordens superiores”. No mesmo sentido, Meirelles (1994, p. 29) afirma que “o princípio da eletividade das câmaras respondia, em grande parte, as conveniências da Coroa e Meireles destaca que no período colonial, a expansão municipalista foi restringida pela ideia centralizadora das capitanias”. Não há muito sentido, portanto, falar em eleição e partidos no período colonial se nosso objetivo for o de pensar estes institutos em um regime democrático.

Nos primeiros anos após a independência brasileira, os parlamentares eleitos dividiram-se em dois grupos, conforme seus interesses em sua relação com a Coroa. Liberais e conservadores eram favoráveis ao constitucionalismo da época, com a existência do Poder Moderador, divergindo, apenas, com relação aos limites da divisão do poder espacial, em especial nos momentos em que esse debate foi mais marcante, como na constituinte de 1824 e nas discussões do ato adicional de 1834. Conforme Mayer (2018, p. 37) “os dois partidos estavam distantes do conceito pelo qual compreendemos os partidos modernos e também, de diferentes formas, representavam elementos das

oligarquias nacionais”, inicialmente, *não passavam de facções*, se organizaram como *alianças*, com organização precária, atuação limitada aos debates no Parlamento e redes clientelistas e patrimonialistas (MAYER, 2018. p. 42-43).

Partido Conservador e Partido Liberal alternaram-se no poder em eleições largamente reconhecidas por sua fraude. Ainda no Império, merece nota o surgimento do Partido Republicano, dissidência do partido Liberal e, portanto, também formado a partir de membros do Parlamento; entretanto, pregava uma maior descentralização do poder, lutava contra a escravidão e, evidentemente, atuava em favor de um novo modelo de chefia de estado, temporário e eletivo. Tratava-se, logo, em certa medida, na teoria política, de um partido contrário ao *status quo* vigente.

A independência brasileira consagrou as ideias do liberalismo e do iluminismo; assentando suas bases na teoria da soberania popular. Evidentemente que tal premissa considera a realidade na qual está inserida, convivendo com a escravidão e tendo o direito de sufrágio limitado aos homens brancos detentores de certo capital. Como funcionariam os partidos brasileiros nesse período senão como grupos comandados pela elite econômica?

A República, vitoriosa em 1889, constitucionaliza o direito de voto com a pretensão de acompanhar as modernas conquistas do mundo eurocêntrico, procurando dar-lhe aparência de universalidade e permitindo a existências de pluralismo político e disputas eleitorais; claro que seguimos ainda em uma realidade na qual mulheres e analfabetos, que formavam a esmagadora maioria da população brasileira, permaneciam excluídos, não podendo sequer usufruir do elementar direito de votar, e permanecíamos convivendo com processos eleitorais marcados pela fraude.

Há, entretanto, duas diferenças grandes e principiológicas que merecem destaque e que perduram até hoje em nossas cartas constitucionais: o país passa a ser uma república, que exige alternância, escolha legítima e controle do poder, e uma federação, com a divisão e descentralização do poder: características que facilitam o desenvolvimento democrático. Sobre o surgimento da Federação, considerando alguns debates da época, falando especificamente sobre o surgimento do Partido Republicano, ensina Afonso Arinos de Melo Franco (1974. p. 52):

O que cumpre recordar é que a premência da Federação, para atender ao mesmo tempo às necessidades da expansão econômica das províncias, por meio de governos locais mais estáveis e próximos, e aos reclamos das liberdades públicas, que encontram nos poderes estaduais barreiras contra a

prepotência do Centro, a premência da Federação, subestimada pelo partido Liberal, foi uma das forças principais para a ruptura das estreitas muralhas que o regime monárquico impunha ao crescimento natural do Brasil. Eis, a nosso ver, os elementos principais da constituição do partido Republicano.

Portanto, além da alteração das chefias de estado e de governo, a descentralização das competências legislativas e executivas, com a autonomia política real dos entes federados torna-se uma mudança de grande impacto; com a República o país passa a se constituir em uma federação autêntica, baseada no modelo norte-americano, com a maior fatia do poder nas mãos dos entes federados.

Essa nova divisão territorial do poder tem suas consequências políticas.

Se o poder está nos estados membros, os partidos terão organização regional, o importante para as elites locais é vencer as eleições estaduais e, a partir daí, lutar por seus espaços no nível nacional. Durante este período, os partidos republicanos regionais dominaram o cenário político em quase todo o país.

Ocorre que, independentemente desses desenhos partidários, o fato é que as eleições, seja no Império, seja nos primeiros anos da República, marginalizavam a maior parte da população e não se afastavam do estigma da inconfiabilidade. Num contexto de eleições fraudadas e de concentração do poder político nas mãos de coronéis, é possível perceber que os partidos têm poder apenas local e *pertencem* às elites regionais.

Digno de nota que, com a vitória da República e da Federação, surgem os partidos republicanos regionais que dominarão a cena política pelos próximos 40 anos. Portanto, aqueles que representaram a oposição ao *status quo* imperial, agora passam a fazer parte de um novo grupo hegemônico e excludente.

Aqui, merece ser lembrada a fundação do Partido Comunista Brasileiro em 1922, sobretudo por se tratar do primeiro caso de um partido formado sem a participação das elites parlamentares, nascido a partir da organização de uma nascente força operária, nos moldes dos partidos socialistas e comunistas europeus. Serão raros os casos na história brasileira de partidos de “criação externa”, tomando o conceito de Duverger.

O movimento de 1930 dá um novo arranjo ao poder político na divisão nacional, mas não faz apenas isso: Vargas cumpre determinadas promessas e legisla em prol de diversas inovações no processo eleitoral, culminando com sistema proporcional do Código de 1932, o voto feminino e a criação de uma Justiça Eleitoral independente.

Ainda não havia a obrigatoriedade de que os candidatos fossem filiados a partidos, mas não há dúvidas de que, com eleições mais organizadas, era bastante

auspicioso o ambiente para o crescimento de agremiações políticas. Infelizmente, não foi o que aconteceu. A conjuntura internacional não era propícia para o desenvolvimento de instituições democráticas. Ao invés de avançar, retrocedemos. O Estado-Novo fecha o Congresso Nacional e põe fim às eleições; a consequência não poderia ser outra que o final das agremiações partidárias entre os anos de 1937 e 1945.

Apenas com o decreto lei 7.586/45, firmado ainda por Vargas, em 28 de maio de 1945, e com Constituição de 1946, retornaram os partidos à vida brasileira consolidando-se como essenciais ao regime democrático, recebendo, inclusive, o monopólio das candidaturas eleitorais⁵. A par disso, os partidos ganharam o poder de atuar institucionalmente em todas as fases do processo eleitoral, controlando seus trabalhos e a apuração. Partidos, nesse período, como lembra Peregrino Ferreira (2020. p. 165), “passam a ser pessoas de direito público interno”; tal questão, considerando as alterações futuras, é bastante relevante às conclusões do trabalho.

Com relação ao desenho institucional decorrente da Carta de 1946, fundamental trazer as observações de Abranches (2018. p. 39-40) para o que ele chamou de “Presidencialismo de Coalização” na sua versão original. Conforme o autor, a Segunda República nasceu multipartidária e o presidente tinha poderes limitados sobre a agenda parlamentar mais relevante, de modo que, para governar, deveria negociar coalizões partidárias. O partido do Presidente da República, num ambiente de voto proporcional, multipartidarismo e predomínio de elites regionais, dificilmente teria a maioria do Congresso, dificultando as conciliações da agenda legislativa e executiva. Assim:

O modelo de presidencialismo de coalizão nasceu dessa combinação de poderes republicanos – Presidência e Legislativo – apoiados em bases sociais diferenciadas, e da necessidade de alianças multipartidárias de governo no Congresso como fiadoras do pacto da maioria parlamentar com o presidente (ABRANCHES, 2018. p. 42).

Importante refletir também – por que isso terá profundo impacto na nossa vida partidária – que a Federação da primeira República se esfacelou, cedendo para a concentração de poderes, competências e verbas nas mãos da União, iniciado já com a Constituição de 1934, sacramentado nos termos da Carta de 1937 e mantido em todas as constituições posteriores. Aos estados-membros, apenas as formalidades da autonomia

⁵ Art. 39 do Decreto 7586/45 previu que somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos.

política, alguns recursos e competências residuais sempre de menor expressão. Portanto, a reabertura política do pós-guerra não mudou a concentração de poderes dos tempos de Vargas. Para os partidos políticos, um dos efeitos dessa realidade foi verificado na obrigatoriedade de partidos políticos nacionais, ganhando muito sentido a lição de Salgado (2013. p. 138), para quem “a escolha de partidos nacionais combinava com o nosso fraco federalismo”. Sobre o tema, lição de Mezzaroba (2004. p. 25):

Na verdade, com a imposição do princípio do caráter nacional buscou-se, fundamentalmente, impedir a formação de partidos com simples programas regionais ou locais, como eram, por exemplo, as organizações políticas da primeira República brasileira. Com efeito, aqueles partidos republicanos regionais identificavam-se mais com facções do que propriamente com o espírito de verdadeiros partidos políticos.

Tal situação, entretanto, não foi sentida de forma imediata, já que os nascentes partidos, “em grande medida, continuavam a ser, como na primeira república, coalizões de partidos estaduais” (ABRANCHES, 2018. p. 41) e muitas vezes não passavam de um grupo de interesses. A ideia de que partidos são nacionais, entretanto, a longo prazo, como se verá abaixo, gerou uma indevida ideia de verticalização e superioridade dos órgãos nacionais sobre os demais. Entendemos que o remédio aplicado contra as elites regionais acabou gerando efeitos colaterais de concentração de poderes na União.

Durante os anos de 1945 a 1964, a democracia brasileira buscou solidificar-se; mas a existência da Guerra Fria e a posição geopolítica brasileira fez com que o Partido Comunista Brasileiro fosse declarado ilegal pelo Tribunal Superior Eleitoral, não obstante a sua alta performance eleitoral⁶. Ainda assim, o papel das agremiações políticas foi altamente relevante nesse período. Em especial, PSD, PTB e UDN ganharam destaque, controlando os parlamentos nacionais, ainda que outros partidos existissem. Todos os três principais partidos eram nascidos a partir das relações com o regime varguista, como ensina Abranches (2018. p. 40):

Getúlio criou o PSD para manter suas ligações com elites tradicionais. Formou o PTB para apoiá-lo nos setores sindicalizados nascentes. As oligarquias e

⁶ Na eleição presidencial do mesmo ano, o PCB atingiu 10% dos votos; no pleito para a Constituinte, alcançou quase 10% da votação e elegeu 14 deputados - entre eles, o escritor Jorge Amado - e um senador, Luis Carlos Prestes. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/cancelamento-de-registro-do-partido-comunista-brasileiro>. Visualização em 03 de março de 2023. Com a decisão proferida em 7 de maio de 1947, pelo Plenário do TSE, que culminou na Resolução 1841 da Corte, o partido comunista teve seu registro cancelado, fazendo com que todos os seus parlamentares fossem cassados.

parte do patronato, os topos das camadas médias urbanas e até setores mais progressistas, como dissidentes do Partido Comunista, que tinham em comum a oposição a Vargas, organizaram a UDN⁷.

O TSE chegou a proferir decisões de vanguarda, ainda que isoladas e sem maiores compreensões de sua fundamentação, como aquela que negou registro a alteração estatutária do Partido Libertador, em 1960:

Os órgãos de deliberação dos partidos políticos são as convenções nacionais, regionais e municipais, motivo porque só a elas cabe indicação dos candidatos. Os estatutos de cada partido devem estabelecer a organização, a competência e o funcionamento das convenções, respeitando sempre os princípios normas eleitorais. - A escolha dos candidatos não é ato administrativo, mas ato partidário, razão por que não é da competência dos diretórios. **É indispensável impedir que os partidos políticos se tornem domínio de um grupo ou que sejam "propriedade" do chefe.** Os partidos devem selecionar, seus candidatos e contribuir para a educação cívica do eleitorado⁸.

A verdade é que essa nascente história partidária teve vida curta. O novo período autoritário surgido após o Golpe Militar de 1964 também teve suas consequências no direito partidário, por meio do ato institucional n. 2 que extinguiu os partidos políticos existentes, iniciando o bipartidarismo que perdurou até a reabertura política de 1979. Com relação à Arena e ao MDB entendemos que pouco há para ser dito no presente artigo, uma vez que ambos funcionavam nos limites impostos pela Ditadura Militar e, portanto, com pouca autonomia.

Assim, o regime autoritário levou o país a um artificial bipartidarismo, somente rompido com a reabertura democrática que, por sua vez, viu nascer novas agremiações a partir da lei 6.767, de 20 de dezembro de 1979.

Verifica-se, logo, que os partidos espelharam a realidade na qual nossa vida estava inserida. Eles foram regionais na primeira república, deixaram de existir no Estado Novo, foram elitistas após a segunda guerra e não tiveram autonomia durante os anos de chumbo.

A constituinte de 1988, em um ambiente de disputa entre os sistemas parlamentarista e presidencialista de governo, ao final, fortaleceu tanto os partidos quanto

⁷ O autor registra, entretanto, que com o banimento do partido comunista o PTB garantiu a representação do operariado e trabalhadores assalariados, ainda que “com ideologia mais difusa, de corte populista e corporativista”.

⁸ Petição nº 1741, Relator(a) Min. Ildefonso Mascarenhas Da Silva, Publicação: BEL - Boletim eleitoral, Volume 00113, Tomo 01, Página 214.

o executivo, fazendo renascer o modelo do presidencialismo de coalização, agora com uma séria de peculiaridades que o tornavam mais complexo.

O fortalecimento dos partidos se verificou, sobretudo, no reconhecimento constitucional de sua autonomia, elevada à esfera de instituição privada com a lei 9.096/95, bem como pela facilitação e estímulo para a criação de novas legendas. Sobre a personalidade jurídica de direito privado dos partidos dos partidos, Peregrino Ferreira (2020. p. 175) explica que isso acaba por preservá-los de imposições legais de conteúdos programáticos, de regras de admissão e de desfiliação ou quaisquer outros conteúdos de invasão estatal. O autor, entretanto, alerta que a faceta privada do partido político não permite antever sua importância pública e social, pois a filiação partidária é uma condição de elegibilidade expressamente contemplada na Constituição de 1988. Essa ideia começa a desenhar um dos principais problemas atuais: os limites da autonomia partidária.

A força do executivo federal decorreu, entre outros fatores, de sua competência para legislar por medidas provisórias, além da manutenção da grossa fatia do orçamento público, seu poder em geri-lo, além da disponibilização de um incontável poder de nomeações de servidores, em todo o país. Nesse quadro, conforme Abranches (2018. p. 78):

Não é surpresa que no impasse entre parlamentarismo e presidencialismo a solução de compromisso convergisse para o presidencialismo de coalizão. Não como escolha preferencial, mas por rejeição recíprocas às alternativas. Nas circunstâncias brasileiras, a escolha pelo presidencialismo multipartidário se materializa no presidencialismo de coalização. Não necessariamente na cooptação do toma-lá-da-cá, métodos clientelistas de formações de coalizões. Mas no governo necessariamente de coalizão, a qual, em princípio, pode ser formada com base em projetos e valores.

O Autor ainda traz outras variáveis ao problema, incluindo os estímulos da associação entre executivo e legislativo, percebendo a correlação que passa a existir entre o *sucesso eleitoral* parlamentar e a obtenção de cargos e recursos do governo federal. Entretanto, ele nos traz uma informação altamente relevante para a abordagem desse trabalho, ao informar que: “tais estímulos têm menos a ver com o sistema eleitoral em si e mais a ver com o federalismo dependente do poder central, com a natureza do processo orçamentário e com o padrão do gasto público” (ABRANCHES, 2018. p. 79-80).

1.2 Desafios dos partidos políticos na democracia brasileira: proposições

A análise feita acima nos reporta a algumas premissas que não podem ser desconsideradas. Conforme analisado no primeiro capítulo, partidos não são facções, partidos não podem almejar a universalização de suas ideias e, sobretudo, devem estar abertos ao diálogo, seja interno, seja entre seus membros, seja externo; bem como entre as diferentes agremiações em si ou com a sociedade. Partidos são instituições necessárias ao regime democrático, seja na disputa eleitoral seja na organização dos governos e das oposições. Sobretudo, partidos unem uma infinidade de eleitores e lhes dão uma voz forte, que não teriam individualmente. O tamanho do partido, nas negociações políticas, há de ser, portanto, equivalente ao número de adeptos que tem.

Além disso, vimos, no segundo capítulo, que não conseguimos ainda um sistema partidário estável e as sucessivas mudanças institucionais ocorridas no país organizaram e desorganizaram nossos partidos de tempos em tempos, com constantes retornos à *estaca zero*, de modo que nos encontramos hoje com um sistema multipartidário, com voto proporcional para o legislativo e com uma realidade institucional que concentra poderes e recursos na União.

Dito isso, considerando os debates existentes no legislativo e no Poder Judiciário, convém iniciar destacando que a pretensão de candidaturas avulsas é absolutamente inviável e irracional. Não obstante a atualidade do debate e o grande número de trabalhos qualificados em sentido contrário, nos reportamos ao que já dissemos anteriormente em audiências públicas, tanto junto ao Congresso Nacional como no Supremo Tribunal Federal, no sentido de sua incompatibilidade com o sistema proporcional de votação. Votamos em partidos e a eleição ocorre na proporcionalidade desses votos; um candidato singular, portanto, é elemento alienígena no sistema eleitoral proporcional. Ainda que candidaturas avulsas seja possíveis, e existam em solidadas democracias, um sistema de voto partidário, como o nosso, não tem como as admitir. A admissão de candidaturas à margem de partidos exige outro sistema eleitoral. Partidos, portanto, seguirão com o monopólio das candidaturas (ao menos no formato eleitoral atual) e, por isso, devem ser compreendidos e estudados.

Partidos são *players* do processo eleitoral, mas, mais do que isso, são essenciais nos processos de formação dos governos e não podem, em hipótese alguma, serem confundidos com grupos de interesse; partidos buscam o poder político, que se

fundamenta no povo e que, portanto, exige o bem comum a partir do que fora estabelecido pelos seus integrantes em seus estatutos.

Por outro lado, partidos são formados por pessoas, sujeitas às suas mazelas, de modo que se torna necessário um desenho legislativo institucional que os proteja, mantendo as liberdades individuais e associativas e permitindo que os partidos desenvolvam seu papel.

Partido político é um intermediário entre a vontade privada e o interesse coletivo. Foi a união de cidadãos em grupos de interesse político que permitiu o debate na democracia moderna, essencialmente representativa, seja no processo eleitoral, seja dentro dos parlamentos e governos. Além disso, tais espaços também permitem, com os devidos incentivos, a possibilidade de participação ativa da cidadania nos assuntos de interesse meramente locais.

Os partidos são instituições onde pessoas que professam ideias semelhantes sobre verdade, justiça e organização do estado, se encontram, debatem e fazem surgir métodos, institucionalmente previstos, para levar essas ideias ao governo e implementá-las, buscando o bem comum. Isso ocorrerá por meio de lideranças que, em uma república, serão eleitas e exercerão seus cargos de forma temporária, mediante constante controle privado e público.

Os diferentes partidos debatem entre si, por meio de seus líderes, de modo a construir soluções que, pelo diálogo, atendam à vontade da maioria. Tais soluções são frutos de negociações que consideram a força parlamentar dos partidos e, natural, exigem que todos cedam espaços e renunciem a determinadas lutas, ainda que momentaneamente, em busca de suas prioridades. Então, o partido é o interlocutor necessário das diferentes posições dos indivíduos, especialmente em países de grandes dimensões e muito populosos; situando-se entre a liberdade privada e a pública, servindo como instrumento para que o cidadão participe da elaboração das normas e da execução das políticas de seu governo.

Partidos não combinam com centralização de poder e menos ainda com decisões realizadas às escondidas, em reuniões secretas, já que suas lideranças sempre falarão em nome de seus filiados. Aplica-se aos partidos o raciocínio desenvolvido aos governos democráticos, federais e republicanos. Se por intermédio dos partidos são realizadas as eleições e se a partir deles é que são montados os governos e as oposições, torna-se evidente que os partidos devem guardar princípios semelhantes às instituições

formalmente públicas, funcionando como uma etapa intermediária entre a vontade do cidadão e as decisões políticas.

Nesse passo, queremos destacar 03 consequências da história partidária brasileira e refletir acerca das possibilidades de seu avanço:

(a) a primeira delas, ligada ao princípio democrático, se refere ao grande número de partidos existentes, em especial nas últimas legislaturas, com cadeira no Congresso Nacional, o que termina por ocasionar uma imensa dificuldade na racionalidade do debate público. Tal situação decorre do pluralismo político defendido pela Carta Constitucional, mas também é consequência dos incentivos dados a formação de partidos, algo talvez natural depois de um período de extremas restrições.

(b) em segundo lugar, vinculado ao princípio federativo, entendemos relevante criticar a interpretação histórica dada ao caráter nacional dos partidos, que muito mais tem se confundido com uma centralização de poderes nas mãos dos órgãos nacionais, circunstância que desestimula a participação a nível local e regional.

(c) por fim, a necessidade, a partir do princípio republicano, de reconhecer a importância da autonomia partidária, mas também de lhe emprestar determinados limites, evitando a concentração e perpetuação de poderes nas mãos de uma elite, de modo a ampliar a participação popular e o controle das agremiações.

Façamos então algumas observações sobre cada um desses pontos.

Com relação ao grande número de partidos existentes, como vimos, trata-se de algo que naturalmente surgiu na reabertura política em contrariedade às limitações do período autoritário. Foi fenômeno verificado em resposta a ambos os períodos autocráticos vividos no país. Entretanto, tal liberdade, ao lado de nosso sistema proporcional, de respeito e garantia de espaços às minorias políticas, teve, como consequência, o pluripartidarismo. A ciência política ensina que sistemas proporcionais tendem ao multipartidarismo.

Ainda, as vantagens que historicamente foram sendo concedidas aos partidos tornaram-se estímulo para a criação de legendas que recebiam tempo de TV, nas eleições e ao longo do ano, além de recursos públicos, sempre de considerável monta, ainda que tais legendas fossem eleitoralmente inexpressivas e raramente atingissem a finalidade de colaborar com o debate eleitoral. Muitas vezes determinados partidos serviram como elementos de barganha para negociação de espaços de interesse.

De certa forma, recentes reformas realizadas parecem vir trazendo resultados animadores, como a Emenda Constitucional 97/17, que trouxe uma série de avanços. Inicialmente, ao proibir coligações nas eleições proporcionais o que leva os partidos a apresentarem, após a eleição, o seu verdadeiro tamanho, pois não mais permite que votos de uma agremiação sejam *usurpados* por candidato de outra, diminuindo os prejuízos do que foi popularmente conhecido como *efeito Tiririca*.

A emenda ainda apresentou uma cláusula de desempenho eleitoral que condiciona o acesso ao fundo partidário e ao horário gratuito de rádio e televisão, o que desestimula a existência de pequenas agremiações sem conteúdo programático. Além disso, por permitir a desfiliação, sem perda de mandato, dos parlamentares eleitos por partidos que não atingiram tal cláusula, há um verdadeiro estímulo para a migração dos mandatos para legendas maiores.

Ainda, inegável que o sistema de federações partidárias, incluído pela lei 14.208/21, que acrescentou o artigo 11-A na lei dos partidos políticos, parece trazer racionalidade ao funcionamento das bancadas, permitindo que dois ou mais partidos se unam pelo período de uma legislatura, como se um partido fossem. Embora nascente, o instituto já foi utilizado por 7 partidos que criaram 3 diferentes federações⁹.

Assim, a par de uma reforma no sistema eleitoral, que demandaria um debate muito mais complexo, entendemos que os pequenos ajustes efetuados apresentam resultados animadores quanto a esta primeira preocupação. Atualmente, apenas 12 partidos ou federações de partidos atendem, na Câmara dos Deputados, aos critérios estabelecidos pela cláusula de desempenho.

Em segundo lugar, sendo o Brasil uma federação, o modelo da subsidiariedade deveria perseverar na vida pública, cabendo aos órgãos de governo mais próximos do cidadão as tomadas de decisões que lhe forem possíveis de tomar. O princípio da subsidiariedade, tomando por referência o texto original da proposta de emenda à Constituição 32/2020, apresenta o seguinte conteúdo¹⁰:

⁹ Federação Brasil da Esperança (PT, PC do B e PV), Federação PSDB e Federação PSOL REDE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/federacoes-registradas-no-tse/federacoes-partidarias-registradas-no-tse>.

¹⁰ Mesmo que o texto original não tenha avançado, entendemos que a sua redação original da proposta, apresentada e firmada pelo ex-ministro Paulo Guedes é bastante representativa da ideia de subsidiariedade. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147&filename=PEC%2032/2020.

O princípio da subsidiariedade está associado com a valorização do indivíduo e das instâncias mais próximas a ele, prestigiando sua autonomia e sua liberdade. Tal princípio, historicamente consolidado, visa a garantir que as questões sociais sejam sempre resolvidas de maneira mais próxima ao indivíduo-comunidade, e só subsidiariamente pelos entes de maior abrangência, ressaltando, no âmbito da Administração pública, o caráter do federalismo.

O mesmo deve ser pensado com relação aos partidos políticos. O nível municipal deve ser valorizado, cabendo aos níveis estaduais e nacionais as matérias que são afetas a estas esferas de poder. A ideia de aproximar o poder decisório dos filiados é algo que serve de estímulo à participação, reconhecendo a aplicação do princípio democrático às entidades públicas e privadas. Nesse sentido, a lição da Salgado (2013, p. 139):

(...) em face das funções que exercem o tratamento constitucional com relação aos partidos é peculiar. Se lhes são asseguradas sua livre criação, fusão, incorporação e extinção, impõe-se, em contrapartida, o respeito à soberania popular, ao regime democrático, ao pluripartidarismo e aos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, caput). Certo é, no entanto, que a deferência a esses valores, principalmente a democracia e os direitos fundamentais – que não são exclusivos da arena política – devem ser observados por todas as associações, principalmente por aquelas que exercem função pública, como é o caso dos partidos.

Assim, a autora afirma que “nem os partidos políticos, nem os sindicatos, nem outras organizações privadas que cumpram função pública podem se furtar à plena observância do conteúdo do princípio democrático”, aplicando a chamada eficácia horizontal do princípio democrático nas agremiações partidárias (SALGADO, 2010, p. 345).

Dito isso, bom lembrar que o caráter nacional dos partidos, nos termos da Constituição de 1946, tinha muito mais o objetivo de impedir a formação de programas meramente regionais do que o de centralizar o poder nas mãos dos diretórios nacionais. Entretanto, com o tempo, fomos observando que surgiu uma ideia, as vezes intrínseca, as vezes explícita, de superioridade dos órgãos nacionais, e isso termina por surrupiar a ideia de horizontalização dos valores democráticos e desestimular a participação do filiado.

A atual lei eleitoral, 9.504/97, por exemplo, fala, em seu artigo 7º, § 2º que “se a convenção partidária de nível inferior se opuser, na deliberação sobre coligações, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo órgão de direção nacional, nos termos do respectivo estatuto, poderá esse órgão anular a deliberação e os atos dela decorrentes”. A par do debate acerca da delimitação material que pode ser feita pelo diretório nacional em

uma federação, onde os entes federados possuem autonomia política, chama especial atenção a utilização do vocábulo *nível inferior*, a pressupor uma hierarquização que não foi conferida pela Constituição e que não pode existir em uma federação que pressupõe, como cláusula pétrea, autonomia política dos estados e municípios.

Portanto, ainda que nos primeiros tempos da Segunda República os partidos tenham sido dominados por elites locais, a prática deu outra interpretação a esse caráter nacional, de modo que as legislações que se seguiram passaram a concentrar poderes e recursos nas mãos dos órgãos nacionais em detrimento do poder local, seja estadual ou municipal. Aliás, o quase octogenário caráter nacional dos partidos segue sendo um dos pontos que nunca ficaram bem explicados na teoria dos partidos políticos.

Quando pensamos no poder político exercido pelos diretórios nacionais que, além de estarem vinculados aos órgãos da federação que comandam a vida política e econômica do país, ainda possuem diversas prerrogativas previstas na lei eleitoral, é que percebemos o desprestígio do poder local, espaço onde a cidadania vive e poderia participar mais ativamente. A participação, entretanto, exige estímulo e frequentar reuniões de diretórios municipais somente crescerá se o poder decisório e a capacidade econômica de tais diretórios forem reais e estiverem protegidas de intervenções indevidas.

Nesse sentido, chama especial atenção a distribuição dos polpidos recursos públicos do fundo especial de financiamento de campanha, cujos critérios de distribuição são fixados pelos órgãos nacionais dos partidos por força do artigo 16-C, § 7º da Lei 9.504/97. Ou seja, mesmo em eleições municipais, quem estabelece o direcionamento do dinheiro público de campanha são os órgãos nacionais, estimulando uma distribuição de recurso que atenda, sobretudo, os interesses de quem comanda o partido em nível nacional.

Aqui, interessante a pesquisa de Campos Neto, que identifica que os partidos políticos têm diferentes níveis de democracia interna, a depender de sua formação, mas, independentemente disso, ele destaca que “a distribuição desigual, entre os membros do partido, da propaganda eleitoral e partidária, recrudescer a organização oligarca, pois privilegia uma minoria detentora do poder que, com a exposição pública, se fortalece publicamente tanto fora quanto dentro da agremiação partidária” (CAMPOS NETO, 2017. p. 177-178). O mesmo raciocínio, aqui, pode ser aplicado à distribuição de recursos. Por tal motivo, revela o autor que “a autenticidade da representação partidária depende,

em certa medida, da democracia interna dos partidos políticos” (CAMPOS NETO, 2017, p. 179).

Campos Neto (2017, p. 179), portanto, sugere soluções legais para o incremento da democracia interna, como o uso de tecnologia e internet, não sem lembrar dos limites impostos pelo princípio da autonomia partidária, “que não permite maior interferência estatal na organização e funcionamento do partido”.

Evidente que a autonomia constitucionalmente garantida se torna, muitas vezes, o discurso com os quais os partidos buscam se proteger de determinadas tentativas de controle, além de se apresentar também como um fundamento jurídico que não pode deixar de ser aplicado pelos tribunais. Entretanto, resta muito claro que a Constituição permitirá que normas legais imponham limites a esta autonomia, mormente quando estabelecidas com base nos princípios democrático, federativo e republicano.

Logo, não podemos deixar de registrar que a garantia constitucional da autonomia partidária, na prática, mantém muitos dos partidos nas mãos de grupos de poder, em violenta agressão ao princípio republicano. Prepondera no Brasil a cultura da intervenção e das comissões provisórias, que deixam os gestores partidários municipais, e por vezes estaduais, à míngua de uma proteção e à mercê dos interesses dos órgãos mais poderosos. Evidente que a má distribuição de recursos aos partidos é ferramenta essencial para tal controle. Neste quadro, desaparecem as oposições partidárias, temerosas de não ganhar qualquer fatia do bolo e desaparece o filiado, cuja opinião deixa de fazer diferença.

Mais uma vez, sentimos na balança entre os poderes locais, regionais e nacionais dos partidos políticos, um retrato da realidade brasileira, que concentra recursos e competências na União.

Veja que os partidos, na história brasileira, não se popularizaram, não se tornaram, como regra, partidos de massa ou partidos que gerassem nas pessoas um sentimento real de pertencimento. Partidos seguem sendo comandados por grupos de poder, alguns seguem sendo confundidos com facções, outros seguem buscando soluções totalitárias, poucos aceitam diálogos abertos. Portanto, se o quadro de democracia dos partidos inexistente, há de se procurar remédios dentro do direito.

Aqui, não se trata de um estudo de caso e, portanto, não se expõe a situação de partido “a” ou partido “b”. A leitura é genérica. Haverá diferenças entre as agremiações. A leitura, entretanto, observa uma situação geral vivida, em maior ou menor grau, por todos nossos partidos.

Ainda, não podemos desconsiderar que sem transparência e regras claras e severas de controle, a ideia de princípio republicano não tem sentido algum. O controle é pressuposto da República desde que a expressão *the king can do no wrong* perdeu o sentido no mundo moderno e a previsão de que o *imperador não está sujeito a responsabilidade alguma* sumiu de nossos textos legislativos.

Portanto, concluindo essa passagem, muito relevante a preocupação de Link e Leal (2022) que sugerem “que as práticas do compliance funcionem como um complemento imprescindível, saudável e integrativo ao combate repressivo da corrupção”. Isso se daria, conforme os autores, por meio de uma série de mecanismos legais de controle e participação, que incluem auditorias, códigos de conduta, canais de denúncias, entre outros. A par do combate a corrupção, os autores destacam que o *compliance* também recupera a imagem do partido, sua credibilidade e, chamo a atenção, o seu caráter cívico e democrático.

Há um espaço normativo, portanto, que precisa de urgente regulamentação, de modo a garantir que os partidos desempenhem seu papel democrático, federativo e republicano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partidos, como vimos, se separaram das facções. São entidades jurídicas reconhecidas no ordenamento e visam sempre o bem comum, motivo pelo qual a legislação deve ser construída de modo a privilegiar a opinião de seus membros e racionalizar a sua capacidade de diálogo, seja no processo eleitoral, seja no funcionamento parlamentar, seja no dia a dia das agremiações.

Vimos também que a vida partidária brasileira sofreu com muita instabilidade e que se encontra em um momento de concentração de poderes nas mãos de lideranças nacionais.

Partidos devem adotar as modernas visões de democracia, federação e república que regem o trato da coisa pública.

A federação exige autonomia dos entes federados, lembrando que a Carta de 1988 optou pela existência da União e dos Estados ao lado dos municípios, todos com competências próprias, mandatários próprios e com mandatos desvinculados. Tal autonomia, portanto deve se refletir também nos partidos municipais, agentes das eleições locais e dos interesses pertencentes aos municípios.

Já a questão republicana pressupõe controle e alternância do poder, além de um ser fruto de um processo de escolha que envolva a vontade dos envolvidos, destacando, ainda, que República pressupõe responsabilidade e, logo, exige, transparência e controle.

Tais ideias hoje são essenciais para a compreensão de democracia, cujas discussões conceituais abordamos timidamente, mas que tem como pressuposto o debate público: dentro dos partidos, dentro dos parlamentos, entre partidos, e mesmo na sociedade civil em geral.

Assim, entendemos fundamental o estudo para o aprimoramento de algumas reformas na legislação partidária brasileira. Para começar a democratização e a descentralização das decisões partidárias poderão reforçar uma maior e mais qualificada participação da cidadania. Em especial a partir do reavivamento dos seguintes debates:

(I) alterações de nível constitucional. Aqui, entendemos que deve haver a valorização do municipalismo, pois apenas dessa forma a cidadania sente-se próxima a tomada de decisões e estimula-se a participar. Deve haver uma revisão do pacto federativo para diminuir a concentração de recursos e competências na União. O caráter nacional dos partidos também deve ser revisto, sobretudo para retirar a ideia de que possa haver hierarquia entre órgãos de diferentes entes federados.

(II) alterações na legislação infraconstitucional. Neste ponto, entendemos a necessidade de delimitar a autonomia partidária quanto às regras de intervenção e quanto ao tempo de duração das comissões provisórias. Além disso, urge retirar do diretório nacional a possibilidade de fixar critérios para distribuição de recursos públicos para campanhas eleitorais. Por fim, um *compliance* partidário deve ser exigido e aprimorado, como forma de garantir transparência e participação. Aos entes partidários locais devem ser garantidas receitas e competências protegidas da discricionariedade dos órgãos partidários de maior poder e influência.

(III) Alterações nos critérios de interpretação da legislação a partir da valorização do princípio federativo e da subsidiariedade, seja na administração pública, seja nas relações partidárias.

Assim, poderemos relativizar o caráter nacional unitário, pensar na descentralização do poder partidário, na divisão de recursos, em formas de transparência, controle e tomada de decisões, mais próximas do filiado, aptas a fazer renascer uma democracia partidária que, pretendemos, tenha força de superar a crise atual permitindo

que os partidos cumpram com sua missão histórica de permitir o debate dos grandes interesses do país, aproximando o povo de sua representação.

A qualificação dos partidos permitirá, inevitavelmente, uma maior racionalidade do jogo eleitoral e estimulará a participação.

Se os municípios e os estados têm força, eles negociam melhor com o poder central. Muda-se a lógica de viver de migalhas da União. Parlamentares federais se preocupariam mais com seus partidos a nível local, pois não dependeriam exclusivamente da União. Se recursos para as eleições não dependem da mera vontade das executivas nacionais, essas perdem poder de barganha, como também perdem se não possuírem mais os poderes de intervenção e as facilidades na indicação de comissões provisórias. Ou seja, a autonomia política exigida de uma federação, espelhada nos partidos, melhora a distribuição e controle do poder.

Registro, por fim, que o desiderato de qualificar a democracia brasileira tem, com certeza, outros importantes desafios, como o investimento em educação, o controle da corrupção e mesmo a discussão sobre o desenvolvimento de nosso sistema eleitoral ou sobre a organização de nossas instituições. De qualquer modo, restamos convictos na possibilidade de sua qualificação por meio dos partidos políticos.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sergio. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

BURKE, Edmund. **Thoughts on the Cause of the Present Discontents**. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2173/2173-h/2173-h.htm#startoftext>.

CAMPOS NETO, Raymundo. **A Democracia Interna nos Partidos Políticos Brasileiros**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017.

COELHO, Josafá da Silva. **Partidos Políticos no Brasil: os dilemas entre a cláusula de barreira e o hiperpartidarismo**. Curitiba: Juruá, 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **Segurança e democracia**. In: GURGEL, José Alfredo Amaral (org). *Segurança e democracia: uma reflexão política*. 1975.

DUVERGER, Maurice. **Os Partidos Políticos**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1970.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERREIRA, Marcelo Ramos Pelegrino. **Da Democracia de Partidos à Autocracia Judicial**: o caso brasileiro no divã. Florianópolis: Editora Habitus, 2020.

FRANCO, Afonso Arinos Melo. **História e teoria dos Partidos Políticos no Brasil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1974.

HUME, David. **Ensaio Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINK, André Emílio Pereira; LEAL, Rogerio Gesta. **Compliance partidário**: perspectivas críticas – análise e sugestões a novos marcos normativos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

LIPHART, Arend. **Modelos de Democracia**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAYER, Rodrigo. **Partidos políticos no Brasil**: Do império à nova república. Curitiba: InterSaber, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEZZAROBBA, Orides, **Partidos Políticos**. Curitiba: Juruá, 2004.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Enciclopedia del diritto**: vol 21. Roma: Giuffrè, 1971.

SALGADO, Eneida Desiré. **Os partidos Políticos e o Estado Democrático**: A tensão entre autonomia partidária e a exigência de democracia interna, *In*: SALGADO, Eneida Desiré e DANTAS, Ivo. **Partidos Políticos e seu regime jurídico**, Curitiba: Juruá, 2013.

SALGADO, Eneida Desiré. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Democrazia**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2014.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL E A SEXUALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Recebido em: 27/04/2023

Aceito em: 28/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9598



Matheus Filipe de Queiroz ¹

RESUMO: A sexualidade é vista como um tabu desde os primórdios das sociedades, sendo um empecilho para que pessoas com deficiência tenham uma vida sexual, uma vez que apesar de estar regulamentado como um direito no Estatuto da Pessoa com Deficiência, muitos não enxergam como fundamental. Diante disso, este estudo busca apresentar as barreiras sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Adiante, tem como objeto a discriminação social direcionada à essa população, alinhada à vida sexual de tais. Logo, finaliza abordando a sexualidade como direito fundamental à pessoa com deficiência, dando visibilidade a essa causa, que acaba por esquecida pelo Estado. Posto isso, utiliza-se para a elaboração do presente artigo o Decreto nº186/2008, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a Constituição Federal de 1988, entre outras normas do ordenamento jurídico, bem como estudiosos que discursam sobre o tema, empregado por meio de um estudo qualitativo, de caráter bibliográfico. Deste modo, esta pesquisa considerou a necessidade de abordar as questões relacionadas à pessoa com deficiência no âmbito jurídico, de forma a garantir seus direitos fundamentais – incluindo a sexualidade –, e, garantindo a igualdade de direitos, sem discriminação social.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação Social; Direitos Fundamentais; Pessoa com Deficiência; Sexualidade.

DISABLED PEOPLE: SOCIAL DISCRIMINATION AND SEXUALITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT: Sexuality has been seen as a taboo since the beginning of societies, being an obstacle for people with disabilities to have a sex life, since despite being regulated as a right in the Statute of the Person with Disabilities, many do not see it as fundamental. Therefore, this study seeks to present the social barriers faced by people with disabilities. Ahead, it has as its object the social discrimination directed to this population, in line with their sexual life. Therefore, it ends by addressing sexuality as a fundamental right for people with disabilities, giving visibility to this cause, which ends up forgotten by the State. That said, Decree nº 186/2008, Law nº 13,146 / 2015 (Statute of Persons with Disabilities), the Federal Constitution of 1988, among other norms of the legal system, are used for the elaboration of this article, as well as scholars who speak. On the theme, used through a qualitative study, of bibliographic character. Thus, this research considered the need to address issues related to people with disabilities in the legal context, in order to guarantee their fundamental rights - including sexuality -, and, guaranteeing equal rights, without social discrimination.

KEYWORDS: Social Discrimination; Fundamental Right; Disabled Person; Sexuality.

¹ Universidade Estadual de Londrina. E-mail: queirozmatheuss@gmail.com

INTRODUÇÃO

No ano de 2015 houve a integração da Lei 13.146 no ordenamento jurídico brasileiro, denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Este documento configura-se devesas importante para o avanço da sociedade, uma vez que, desde os primórdios desta, vêm sendo excludente com essas pessoas.

Após incessantes anos de luta pelos seus direitos, a população com deficiência alcançou uma previsão legal que visa abarcar a todos. Além disso, a lei garantiu diversos direitos, de forma ampla, que anteriormente, eram “esquecidos” ou passavam despercebidos pela sociedade.

A vida de uma pessoa com deficiência retrata luta diárias, passando por devesas barreiras, sejam elas sociais ou até mesmo físicas. As diferenças existentes na sociedade são complemente visíveis, o que promove uma discriminação às pessoas que possuem essa distinção. Logo, procura-se analisar em que pé a discriminação sexual promove uma (des)igualdade das pessoas com deficiência frente o restante da sociedade.

O ponto primordial do estudo não é a igualdade, mas sim o direito à sexualidade, como algo fundamental à vida de qualquer pessoa e que por muitas vezes, no que tange a portadores de deficiência, acabam sendo discriminados, visto que não possuem uma vida sexual ativa por conta de sua deficiência.

Ainda que haja políticas públicas de inclusão, sabe-se que ainda há uma exclusão de direitos dessas pessoas, pois como orienta a professora Izabel Maior (2015, p. 1) com a “supervalorização da capacidade física, sensorial e cognitiva, as pessoas com deficiência enfrentaram a eliminação, a exclusão, e muitas formas de segregação como prova do preconceito, da discriminação e da desvalorização de suas vidas”. Desta forma, esta pesquisa propõe a ampliação do debate em torno dos direitos da pessoa com deficiência e sua sexualidade, garantindo a efetividade da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Visando alcançar o objetivo traçado, utilizou-se do método de pesquisa qualitativo, caracterizado pelo caráter bibliográfico, analisando diversos pensamentos e definições sobre a problemática ora apontada, embasando-se em leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a Constituição Federal, o Decreto nº 6.949/2009, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e citando estudiosos que discursam sobre o tema.

1 PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS BARREIRAS SOCIAIS

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que ocorreu em Nova Iorque no ano de 2007 e foi primordial para o desenvolvimento dos direitos dessa população em todo mundo, principalmente no Brasil. O texto da convenção foi ratificado pelo Senado Federal por meio do Decreto legislativo nº 186, de 2008, promulgado em 25 de agosto de 2009, pelo Decreto nº 6.949.

No referido decreto, encontra-se logo em seu preâmbulo, considerações importantes para as pessoas com deficiência como a alínea “c”, no qual consta:

c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação (BRASIL, 2009).

Inicia-se, portanto, a garantia de direitos das pessoas com deficiência, e passa a buscar uma maneira abrangente de conceituar a deficiência. Por isso, o Decreto traz na alínea “e” uma forma mais ampla o que pode ser entendido como deficiência, a qual observa-se:

e) *Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

Na verdade, já existia uma conceituação anterior sobre deficiência, trazida pelo Decreto nº 3.956 de 2001, mas que não é muito citada pelos pesquisadores do assunto, onde declara no artigo 1º que “o termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” (BRASIL, 2001).

Neste mesmo sentido, a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e apresenta em sua redação o conceito de pessoa com deficiência já utilizado pelo Decreto, taxando no caput do artigo 2º quem pode ser considerado uma pessoa com deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em

interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

A definição trazida pela referida legislação foi um marco muito importante para as pessoas com deficiência, uma vez que tentou abarcar todos, em igualdade com o restante da sociedade. Contudo, conforme bem traz o professor Rosenvald (2013, p. 4) “[...] toda sociedade é por definição “excludente”, por deliberadamente selecionar aqueles que serão incluídos ou excluídos da coletividade”. Assim, mesmo com a tentativa de inclusão, acaba-se por diferenciar dos demais.

Cabe, nesse momento, utilizar da definição da professora Izabel Maior (2015, p. 2) onde ela tece considerações acerca da conceituação da deficiência, no qual realça:

A deficiência é um conceito em evolução, de caráter multidimensional e o envolvimento da pessoa com deficiência na vida comunitária depende de a sociedade assumir sua responsabilidade no processo de inclusão, visto que a deficiência é uma construção social. Esse novo conceito não se limita ao atributo biológico, pois se refere à interação entre a pessoa e as barreiras ou os elementos facilitadores existentes nas atitudes e na provisão de acessibilidade e de tecnologia assistiva (MAIOR, 2015, p. 2).

Aplicando a mesma visão da professora Maior, o doutrinador Rosenvald (2013, p. 11) afirma que “a deficiência é um fenômeno complexo que não se limita a um atributo médico e individual da pessoa”. Ainda, compartilha deste mesmo pensamento o professor Maia (2013) que reforça dizendo que “a deficiência está na sociedade, não na pessoa”.

Destarte, a deficiência pode ser vista como uma diferença do padrão esperado pela própria sociedade. Neste sentido, criam-se barreiras nas relações com portadores de deficiência, estas trazidas no EPD, Art. 3º, IV, como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa” (BRASIL, 2015).

Todavia, anteriormente era o conceito médico que determinava o que era reconhecido como deficiência. Hoje, esse fator somado as barreiras sociais, “possa ter como resultado a obstrução de que a pessoa se integre plenamente no convívio social, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (MAIA, 2013). De igual forma, Maior (2015, p. 3) afirma “que o meio é responsável pela deficiência imposta às pessoas”.

É necessário que essas barreiras sejam eliminadas da sociedade, para que as pessoas com deficiência consigam socializar em situação igualitária com as demais pessoas. Então, o doutrinador Rosenvald (2013, p. 11) conclui que para essa adaptação é

preciso que o ordenamento jurídico faça mais do que disponibilizar as tutelas que podem ser requeridas pelas pessoas com deficiência – como a curatela e a tomada de decisão apoiada – mas apresente “[...] ferramentas legislativas que sejam capazes de eliminar as barreiras que impeçam o acesso das pessoas com deficiência, visando à inclusão, através da equiparação de oportunidades” (PALACIOS; BARRIFFI, 2007, p. 22 *apud* ROSENVALD, 2013).

Após a conceituação de deficiência e a apresentação das barreiras sociais impostas às pessoas com deficiência, é necessário apresentar quais são os tipos de deficiência, que são apontados pelo Decreto 5.296 de 2 de dezembro de 2004, presentes no Art. 5º, §1º, I, onde taxa 5 tipos: física, auditiva, visual, mental e múltipla, da forma que as descreve:

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas;

e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; (BRASIL, 2004).

O mesmo Decreto ainda insere nesse contexto a pessoa que teve sua mobilidade reduzida por algum motivo, a taxando-a como pessoa com deficiência, como poder visto:

[...] pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção (BRASIL, 2004).

A partir dessas definições, nota-se que há a tentativa de abarcar o máximo de

peças com suas diferenças nesse rol, e após essas delimitações é possível saber melhor como implementar políticas públicas que visam derrubar as barreiras sociais que rodeiam as pessoas com deficiência. Portanto, Maior (2015, p. 8) conclui que “[...] saber lidar com as pessoas com deficiência em quaisquer situações é derrubar barreiras e trabalhar a favor da inclusão”.

2 A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Apesar de estar presente no Art. 5º, I, da Constituição Federal que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1998), se faz necessário reforçar a garantia de exercício das pessoas com deficiência de seus direitos, sem discriminação, conforme prevê a alínea “c” do Decreto nº 186, de 2008.

Neste mesmo decreto, traz-se na alínea preambular “h” um fator muito importante, no qual reconhece que “[...] a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano” (BRASIL, 2009). E ainda, aponta outro ponto que chama a atenção, apesar de ser elencado de forma genérica, que é o reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiências, presente na alínea “i” do mesmo Decreto.

Ressalta-se que em 2001, ocorreu a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência por meio do Decreto Legislativo nº 198, texto que foi promulgado pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Nesse texto, frisa-se o quão importante é deixar a salvo de discriminação os portadores de deficiência, citando no artigo 1º, II, o significado dessa ação:

o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (BRASIL, 2001).

Vale lembrar, que na alínea “e” do artigo 3 do Decreto 186 de 2008, aponta o dever de “[...] tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada”.

No entanto, acredita-se que apesar de ser um assunto mais pautado desde sua inserção no ordenamento jurídico, ainda há lacunas que devem ser sanadas, para que não haja margem para discriminação. Nesse sentido, em uma entrevista concedida ao IBDFAM (2020) a presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência, a advogada Claudia Dischon segue o mesmo posicionamento, onde ressalta que “[...] é inegável a efetividade da lei nos tribunais e em debates jurídicos, que se aprofundaram e deram maior visibilidade às pessoas com deficiência. Contudo, ainda há lacunas a serem enfrentadas”.

Já no artigo 5, intitulado como “igualdade e não-discriminação” são elencados quatro pontos, que são eles:

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias (BRASIL, 2009).

Apesar da busca incessante de igualdade, ainda se partilha de uma vivência social, em que as pessoas se apegam a utilidade social, o que acaba gerando uma certa exclusão para pessoas com deficiências. Logo, nessa temática, o professor Rosenvald (2013, p. 10) contribui dizendo que “[...] o ser humano não pode ser valorado pela sua utilidade social, primeiro passo para que a pessoa seja reificada quando visualizada a deficiência ou a simples percepção de um déficit de funcionalidade”.

2.1 A Discriminação Social e a Vida Sexual da Pessoa com Deficiência

Por muitos anos a sexualidade foi vista como um tabu para a sociedade, sendo um assunto muito evitado em rodas de discussão. De igual forma, o sexo ainda não é muito retratado em lares brasileiros, porém, mesmo não sendo um assunto debatido em casa, a sociedade cobra indiretamente para que se fale do assunto. Sobre essa questão, Foucault em seu livro *História da Sexualidade* (1988) aponta que “[...] deve-se falar do sexo, e falar publicamente, de uma maneira que não seja ordenada em função da demarcação entre o lícito e o ilícito”.

Neste diapasão, por já não ser algo discutido livremente, o envolvimento sexual da pessoa com deficiência, passa despercebido na sociedade, como se houvesse uma naturalização de que esse assunto não precisa ser debatido. No entanto, pensa diferente a estudiosa Marivete Gesser (2010 p. 220), a qual acredita que “[...] dar visibilidade à experiência sexual da pessoa com deficiência é um ato político, pois possibilita a desnaturalização da ideia de que esse tema não é importante de ser considerado”.

São diversas dificuldades no que tange à sexualidade da pessoa com deficiência, sendo postas algumas barreiras ao tratar desse assunto. Logo, dentre elas, pode citar “[...] à escassez de relatos de experiência sobre o assunto, que alimentada pelo preconceito e discriminação existentes colabora para uma perspectiva de que o portador de deficiência não tem direito a exercer a sua sexualidade” (BASTOS; DESLANDES, 2005, *apud* SOARES; MOREIRA; MONTEIRO, 2008).

Ao retratar a sexualidade de pessoas com deficiência, lembra-se do livro “A culpa é das estrelas” do autor John Green, onde uma fala do Augustus (adolescente com câncer e com pessoa com deficiência) para Hazel Grace (adolescente também com câncer) enfatiza o fato de que as pessoas com deficiência são menos propensas a se envolver sexualmente com outras pessoas, por certa discriminação social. Logo, o contexto se dá em meio a um passeio em Amsterdã, na Holanda, quando estão conversando sobre virgindade, observa-se:

Ele gemeu, em ânsias: — Eu vou morrer virgem — falou.
— Você é virgem? — perguntei, surpresa.
— Hazel Grace — ele disse —, você tem uma caneta e uma folha de papel? —
Respondi que tinha. — Então tá. Desenhe um círculo, por favor. — Desenhei.
— Agora faça um círculo menor dentro dele. — Obedeci. — O círculo maior
representa os virgens. O círculo menor é composto por jovens de dezessete
anos com uma perna só (GREEN, 2012, p. 76).

Essa ilustração faz com que o leitor perceba que perante a sociedade, é muito mais fácil para jovens que não tenham deficiência perderem a virgindade ou terem relações sexuais com outras pessoas. No contexto, também pode ser notado uma certa discriminação, notada pela surpresa apresentada pela moça. Assim, é claro que existe uma dificuldade maior para que as pessoas com deficiência tenham uma vida sexual ativa, chegando a pensarem que inexistente o desejo sexual nessas pessoas, como aponta Gesser sob a visão de Salimene e Tepper, que “[...] no senso comum há uma significação de que

a manifestação da sexualidade e a obtenção do prazer inexistem para as pessoas com deficiências físicas” (SALIMENE, 1995 *apud* GESSER; TEPPER, 2000).

A diferenciação entre pessoas com deficiência e o restante da população é uma forma de discriminação social. Portanto, é necessário apagar os traços discriminatórios que ainda existem em nossa sociedade, passando a olhar o direito em suas especificidades para que venha abarcar a todos, como bem ressalta a doutrinadora Dias (2010):

O tratamento diferenciado a situações análogas acaba por gerar profundas injustiças. As relações sociais são dinâmicas. Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com institutos jurídicos modernos, que estejam à altura da sociedade dos dias atuais (DIAS, 2010).

Diante do trazido até aqui, vê-se como necessário também mudar o que o brasileiro entende como padrão de beleza, uma vez que tem se tornado cada dia mais o objetivo de a sociedade alcançar a beleza estipulada por ela própria. Essa figura de beleza desassociada com a realidade das pessoas, levanta mais uma barreira e se torna objeto de discriminação das pessoas com deficiências, pois como entende Soares, Moreira e Monteiro (2008), “[...] com os padrões de beleza sendo cada vez mais exigentes, a imperfeição estética do portador de deficiência torna-se ainda mais visível e, conseqüentemente, menos aceitável”.

Por conta dessa situação complicada, para que a pessoa com deficiência possa se envolver sexualmente com alguém, segundo matéria escrita por Rodrigo Craveiro para o Correio Braziliense (2020), alguns países, como a França, começaram a debater, inclusive, a legalização de assistente sexual para pessoas com deficiência. Nessa matéria, uma das entrevistadas, de 37 anos e paraplégica, alegou não precisar de assistente pessoal, mas “reconhece os obstáculos para relações íntimas”. Com isso, depara-se com a complexidade para a pessoa com deficiência de ser sexualmente aceita pela sociedade em geral, com isso, buscando pessoas que prestam serviços sexuais se satisfazerem.

Ainda nessa pauta sobre a sexualidade da pessoa com deficiência, em uma entrevista publicada no portal da UOL Universa (2019), o jornalista Marcos Cândido conversa com o também jornalista Gustavo Torniero, de 24 anos e cego, que relata ter desistido de utilizar aplicativos de namoro por conta da inacessibilidade para pessoas com deficiência, principalmente a visual, que é o seu caso. Então, o jovem finaliza

questionando que “[...] a pessoa com deficiência visual já passa por uma reticência das pessoas para receber aproximação. Se a sexualidade já é um tabu na sociedade normal, imagina como isso afeta especificamente a vida e a sexualidade de quem tem deficiência?”

Entende-se, portanto, que há muitas barreiras a serem superadas quando se trata da sexualidade da pessoa com deficiência, necessitando superar primeiro a discriminação social e voltar a atenção da sociedade e de órgãos públicos para que debatam mais o assunto com mais naturalidade. Entendendo que o assunto é um problema que precisa ser enfrentado, Soares, Moreira e Monteiro (2008) afirmam que “[...] a sexualidade do portador de deficiência deve ser abordada de maneira englobante, levando em consideração tanto os aspectos físicos e subjetivos como os valores, crenças e expectativas da sociedade na qual o indivíduo se encontra inserido”.

3 A SEXUALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com Iurconvite (2007) utilizando os ensinamentos de Luiz Alberto Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, tem-se o que pode ser entendido como direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2005, p. 109-110 *apud* IURCONVITE, 2007).

Já o clássico Bonavides (2004, p. 560) sob a visão de Konrad Hesse classifica que “[...] direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais” (Hesse *apud* Bonavides, 2004, p. 560). Então, seguindo nessa linha, vê-se que o direito contemporâneo acaba sendo regido por uma visão política de necessidades apresentadas de acordo com a época e os interesses sociais momentâneos, buscando legislar em cima desses fatores. Ainda, ter essa visão faz com que seja traçado um sistema de inserção da sexualidade de forma mais abrangente, no qual respalda Roger Rios quando considera que

Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade (RIOS, 2006).

Conseqüentemente a isso, entende-se a consideração máxima pelos legisladores e a sociedade como todo como algo primordial a ser enfatizado, pautando a sexualidade como um direito fundamental e algo que precisa ser tratado contemporaneamente. Apesar de a Constituição não trazer os direitos sexuais e reprodutivos no rol de direitos fundamentais, estes podem ser considerados como um direito de terceira geração, conforme diz a doutrinadora Dias (2001) pois “compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) é bem claro quando evidencia no Art. 6º, que a deficiência não vem a afetar a capacidade civil da pessoa para exercer alguns atos, como pode ser visto no rol do artigo:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Assim, o ponto que chama a atenção é a proteção normativa que o legislador se preocupa em colocar no que tange aos direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência, necessitando reafirmar uma posição de que possuem capacidade civil para exercer esses direitos. No entanto, esse artigo é importante para dar margem à discussão de que, de fato, é preciso integrar mais os direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico, que não são abordados com frequência, deixando a população que necessita desses sem uma proteção normativa adequada. Então, seguindo essa linha, o estudioso Rios (2006) aponta o seguinte:

[...] é preciso desenvolver um "direito democrático da sexualidade", vale dizer, um exame, na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, das diversas normas jurídicas cujo âmbito de proteção atenta para as diversas manifestações da sexualidade humana (RIOS, 2006).

Ainda, o EPD apresenta no Art. 8, como dever do Estado, da sociedade e da família assegurar direitos fundamentais a todas as pessoas, como pode ser visto em seu caput:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 2015).

Novamente, percebe-se que em meio a tantos direitos fundamentais, a legislação aponta a sexualidade como um dever a ser efetivado por todos, não sendo papel apenas da família. Contudo, é preciso que haja uma cobrança mais efetiva desses entes para que voltem seus olhares com maior compromisso, para cumprir com seu papel e elaborar novos paradigmas que visem incluir esses direitos fundamentais de forma prática na vida da pessoa com deficiência. Então, o estudioso Rios (2006) reforça sobre a necessidade de a academia estar mais atenta a esses assuntos, onde enfatiza que “[...] para sua concretização e efetividade, esses dispositivos fundamentais, nacionais e internacionais, precisam ser objeto de estudo e sistematização, demandando reflexão teórica na academia e compromisso por parte dos operadores do direito”.

É preciso ter em mente a sexualidade como um direito fundamental de todas as pessoas, devendo o Estado buscar controlar melhor e educar melhor as crianças e jovens para que conheçam os direitos fundamentais ou que pelo menos tenham uma noção do que são, para cessar a discriminação e poder falar de sexualidade sem nenhum tabu social. Logo, alinhado com os direitos da pessoa com deficiência, apoiados na visão de Maior (2018) pensa-se que “[...] novos pactos entre as unidades federativas devem ser elaborados, com a definição de responsabilidades na gestão e na dotação orçamentária, para acelerar e incrementar os direitos básicos das pessoas com deficiência”, inserindo a sexualidade como um deles, como algo que deve ser acessível.

Nesse sentido, a doutrinadora Dias (2010) complementa:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza (DIAS, 2010).

Ao abarcar a sexualidade nesse contexto de direito fundamental, gera uma ruptura de barreiras sociais impostas pela sociedade a pessoas com deficiência. Logo, com essa consideração e ampliação dos direitos fundamentais, assegurando essa característica básica de forma igual, tem-se um progresso significativo em relação a acessibilidade das pessoas com deficiência. Assim, Rios (2006) considera:

Com efeito, desenvolver a idéia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em seu espírito (RIOS, 2006).

Desse modo, entende-se necessário que a visão da sexualidade como um direito fundamental seja não somente protegido normativamente, mas que transcenda as fronteiras da discriminação e que leve informações à sociedade, bem como auxilie as pessoas com deficiência a se conhecerem e se entenderem melhor, com a naturalização desse assunto como um direito inerente à elas. Nesse sentido Soares, Moreira e Monteiro (2008) afirmam que “[...] a sexualidade do portador de deficiência deve ser abordada de maneira englobante, levando em consideração tanto os aspectos físicos e subjetivos como os valores, crenças e expectativas da sociedade na qual o indivíduo se encontra inserido”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio dos estudos aqui apresentados é possível perceber que mesmo com o passar dos anos e com a conquista de diversos direitos, as pessoas com deficiência permanecem lutando para serem reconhecidas e não discriminadas pelos demais.

Deve-se encarar que a sexualidade é um problema que deve ser mais abraçado pelas políticas públicas, de um modo geral, mas prezando a população com deficiência, que vem sofrendo bastante com essas questões.

Ainda, é por essa visão que é preciso melhorar a educação, bem como levar informações e implementar mais projetos que visem a não discriminação das pessoas com deficiência, para que convivam de modo igualitário com os demais, superando as barreiras sociais existentes. Que estas barreiras não sejam empecilhos para a felicidade da pessoa com deficiência e que a sexualidade seja tratada como um direito fundamental de todos, dos quais essa população também precisa ser lembrada e não discriminada.

Conclui-se que, seria primordial que o Estado promovesse mais campanhas de apoio à população com deficiência e que o setor privado abraçasse essa causa, objetivando a inclusão de todos, sem considerar a sexualidade como um tabu, mas algo que precisa ser conversado.

As discussões sobre esse assunto não se findam neste artigo, mas abrem caminhos para que o mundo discrimine menos as pessoas por suas diferenças e comece a estudar não só a realidade, mas o seu passado, planejando a abertura de novos horizontes para o futuro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Brasília: Presidência da República, 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 2001.** Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5296, de 2004.** Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá

outras providências. Brasília, 2004. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. DF: Senado Federal, 2008. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros, 15. ed. 2004.

CRAVEIRO, Rodrigo. França debate legalização de assistente sexual para pessoas com deficiência. **Correio Braziliense**, fev. 2020. Disponível em:
https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/02/16/interna_mundo,828389/franca-debate-legalizacao-de-assistente-sexual-para-pessoas-com-defici.shtml
Acesso em: 08 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. 2010. Disponível em:
[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_665\)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_665)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf). Acesso em: 30 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. IBDFAM, 2001. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humano>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DISHON, Claudia Grabois. **Estatuto da Pessoa com Deficiência completa 5 anos; especialista aponta avanços e desafios**. [Entrevista concedida a] IBDFAM. 2020. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7459/Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%A7%C3%A3o+completa+5+anos%3B+especialista+aponta+avan%C3%A7os+e+desafios>. Acesso em: 06 jul. 2020.

FOUCAULT, Michael. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. **Âmbito Jurídico**, 2007. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/os-direitos-fundamentais-suas-dimensoes-e-sua-incidencia-na-constituicao/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

GESSER, Marivete. **Gênero, corpo e sexualidade [tese]: processos de significação e suas implicações na constituição de mulheres com deficiência física**. Marivete Gesser;

orientadora, Maria Juracy Filgueiras Toneli; co- orientador, Adriano Henrique Nuernberg. – Florianópolis, SC, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94256/277153.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GREEN, John. **A culpa é das estrelas**. Tradução de Renata Pettengill. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://static.fecam.net.br/uploads/1521/arquivos/1348605_A_Culpa_E_Das_Estrelas__John_Green.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

MAIA, Maurício. **Novo Conceito de Pessoa com deficiência e proibição de retrocesso**. 2013. Disponível em: pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/novo_conceito_de_pessoa_com_deficiencia_e_proibicao_do_retrocesso.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

MAIOR, Izabel. **História, conceito e tipos de deficiência**. 2015. Disponível em: <http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textosApoio/Texto1.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

MAIOR, Izabel. A política de inclusão da pessoa com deficiência como questão de Direitos Humanos. **Revista Científica de Direitos Humanos**. Nov., 2018. Disponível em: <https://revistadh.mdh.gov.br/index.php/RCDH/article/view/21/6>. Acesso em: 08 jul. 2020.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre , v. 12, n. 26, p. 71-100, Dec. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004. Acesso em: 10 jul. 2020.

ROSENVOLD, Nelson. Aplicação no Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. 2016. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, IDIBE, n. 4, jul. 2016. Disponível em: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/335.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

SOARES, Ana Helena; MOREIRA, Martha; MONTEIRO, Lúcia. Jovens portadores de deficiência: sexualidade e estigma. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n.1, jan./fev. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232008000100023&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 10 jul. 2020.

TORNIERO, Gustavo. ‘Sou cego e desisti de usar o Tinder’: como apps de namoro excluem PCDs. [Entrevista concedida a] Marcos Candido. **UOL Universa**. Nov./2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/11/08/sou-cego-e-desisti-de-usar-o-tinder-como-apps-de-namoro-podem-excluir.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DA CRIANÇA NA EDUCAÇÃO INFANTIL DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL

Recebido em: 25/04/2023

Aceito em: 28/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9565



Izadora Vieira ¹
Maria Cristina Piana ²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar parte dos resultados de uma pesquisa que analisou por meio de um estudo bibliográfico e de campo a história da educação brasileira, da criança e da família na sociedade ao longo do tempo. Contudo, esse artigo traz um recorte para a garantia do direito ao desenvolvimento integral da criança na educação infantil durante o período de pandemia Covid-19, quais foram os desafios enfrentados e as estratégias utilizadas pelas educadoras durante o momento de aulas remotas e do cenário encontrado na volta às aulas presenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Integral da Criança; Educação Infantil; Pandemia Covid-19.

THE RIGHT TO COMPREHENSIVE CHILD DEVELOPMENT IN EARLY CHILDHOOD EDUCATION DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

ABSTRACT: The objective of this article is to present part of the results of a research that was analyzed through a bibliographical and field study of the history of Brazilian education, of the child and of the family in society over time. However, this article outlines a cut for the guarantee of the right to the integral child development in child education during the period of the Covid-19 pandemic, which are the challenges faced and the strategies used by educators during the time of remote classrooms and the scenario encountered on the return of face-to-face classes.

KEYWORDS: Integral Child Development; Child education; Covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

A relevância desse trabalho se dá perante os impactos que a pandemia da Covid-19 (situação contextualizada no item 2), teve para com todas as áreas da sociedade, em especial na educação básica. Fazendo-se necessário uma análise de como as instituições

¹ Bacharela em Serviço Social da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Unesp, Campus de Franca/SP. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social - Mestrado e Doutorado, pela mesma universidade. Assistente Social na Secretaria de Educação do município de Franca/SP.

E-mail: izadora.vieira@unesp.br

² Pós doutora em Educação pela UFSCAR, Docente do Departamento de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social - Mestrado e Doutorado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Unesp, Campus de Franca/SP. E-mail: cristina.piana@unesp.br

educacionais enfrentaram os desafios impostos pela condição sanitária somada ao isolamento social exigido para o momento e quais estratégias são necessárias para o enfrentamento do pós-pandemia.

O presente artigo é resultado de uma pesquisa no término do Curso de Serviço Social, onde analisou a relação família e escola na educação infantil, com crianças de 4 a 5 anos e os impactos no desenvolvimento integral das mesmas no contexto pandêmico da Covid-19.

A metodologia utilizada foi um levantamento bibliográfico sobre a história da infância, da educação infantil e da família ao longo dos séculos, juntamente com a pesquisa de campo que entrevistou profissionais de uma Escola Municipal de Educação Infantil, de uma cidade paulista de pequeno porte, pois objetivou compreender como foi o ensino da educação infantil durante o período pandêmico e quais foram as estratégias e desafios enfrentados.

Nesse estudo buscou-se entender como ocorreu o direito ao desenvolvimento integral da criança na educação infantil durante o período de pandemia Covid-19, direito este que é pautado em diversas leis federais, perante os diversos desafios impostos pelo contexto social, econômico e político vigente, pois, com a Lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passou a ser responsabilidade do Estado, família e sociedade, prioridade absoluta e ainda como sujeito de direitos, a infância passou a ser, inclusive, um direito de todas elas.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente são marcos importantíssimos para os direitos da criança e do adolescente no Brasil, assim como, posteriormente a Lei N° 9.394/96 que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação e é por meio dessas legislações que este trabalho fundamenta suas reflexões.

Segundo a Constituição Federal no art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao **pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim como na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no art. 2 “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o **pleno desenvolvimento do educando**, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Também no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 53. “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao **pleno desenvolvimento de sua pessoa**, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Tendo em vista tais legislações que embasam o desenvolvimento integral da criança e o contexto pandêmico que exigiu um isolamento social e o fechamento das escolas, fazendo com que a educação tenha sido um dos setores a sofrer mudanças drásticas e exigindo que estratégias fossem tomadas para a continuação das atividades escolares, a educação em todas as suas etapas teve que buscar alternativas de ensino e aprendizagem. A opção escolhida foi continuar o ensino por meio das atividades remotas em todas as etapas, desde a Educação Infantil até o Ensino Superior, diante da primeira portaria do Ministério da Educação, de Nº 343, de 17 de março de 2020, que dispunha sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus – Covid-19.

Sendo assim, educadores, familiares e alunos enfrentaram e continuam enfrentando ainda hoje, as consequências que o isolamento social e o ensino remoto trouxeram para a sociedade contemporânea, fazendo-se necessária a construção de estratégias pedagógicas para minimizar tais impactos.

1 ASPECTOS GERAIS DA EDUCAÇÃO NA PANDEMIA

Durante o final do ano de 2019 foi notificado na China o surgimento de um novo vírus que causava uma síndrome respiratória aguda grave, sem muito conhecimento sobre este novo agente infeccioso, pesquisadores e profissionais da saúde começaram a investigá-lo, a fim de entender seu funcionamento e sua gravidade.

Já no começo de 2020 os noticiários informavam que a transmissibilidade da doença era alta, assim como a gravidade da pneumonia causada por ela, o que levou as Organizações Sanitárias, como a Organização Mundial da Saúde a ficarem em estado de alerta sobre a possibilidade de uma nova emergência sanitária, inclusive para começarem a tomar as medidas de proteção necessárias em relação à doença.

Em 22 de janeiro, a OMS convocou a primeira reunião do Comitê de Emergências, ainda sob dúvidas se esse surto constituiria ou não uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). No Brasil, a Secretaria de Vigilância do Ministério da Saúde (SVS/MS) ativou mecanismos de resposta já no início de janeiro (Croda & Garcia, 2020; Henriques & Vasconcelos, 2020) e o MS elevou o alerta de emergências para

o nível 2, considerando-o como um perigo iminente, ainda em 28 de janeiro. Nesse momento, na Europa (Itália e França) e nos Estados Unidos (EUA), os primeiros casos de Covid-19, doença causada pelo coronavírus Sars-CoV-2, começaram a ser identificados (BUENO; SOUTO; MATTA, 2021, p. 27).

No dia 30 de janeiro, a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional foi declarada; e foi em 11 de março, devido à expansão geográfica do vírus, que a OMS declarou que o mundo vivia a primeira pandemia do século XXI (BUENO; SOUTO; MATTA, 2021, p. 27). A partir desse momento, a vida de todas as pessoas do planeta estava prestes a mudar de maneira drástica e todos precisariam encontrar uma nova forma de viver no mundo, diferente de tudo o que já se tinha experimentado anteriormente.

Por sua escala global a pandemia transformou o mundo em um grande laboratório em que diferentes processos estavam sendo testados: novas formas de sociabilização, trabalho, educação, uso de máscaras, tratamentos médicos e vacinas (BUENO; SOUTO; MATTA, 2021, p. 28). Os impactos que a pandemia Covid-19 ocasionou e ainda está ocasionando no âmbito da vida social é indiscutível, assim como os efeitos psicológicos, o medo, a insegurança e todo o processo de luto pelo qual o mundo todo passou durante os últimos anos, tornando as sequelas inumeráveis.

No momento em que a pandemia estava avançando, ainda que não declarada dessa forma pelas organizações da saúde, o Brasil realizava uma de suas festas mais populares, conhecida também internacionalmente: o Carnaval. Foi inclusive, na quarta-feira de Cinzas, famosa por decretar o fim do momento festivo brasileiro, em 26 de fevereiro de 2020, que o país detectou seu primeiro caso da Covid-19.

O Carnaval ocorreu sem interrupções e o Brasil registrou recorde de movimentação de pessoas em 2020 nas principais cidades carnavalescas, como o Rio de Janeiro (Brito, 2020). Foi durante a Quarta-feira de Cinzas, em 26 de fevereiro, que o país detectou o primeiro caso: um homem branco, de 61 anos, que havia voltado de viagem da Itália para a cidade de São Paulo. (VERDÉLIO, 2020 *apud* BUENO; SOUTO; MATTA, 2021, p. 28).

Nesse sentido, há de se pensar então sobre os impactos da Covid-19 na Educação Infantil brasileira, assim como o agravamento de questões que já assolavam esta sociedade anteriormente à pandemia, entendendo como ela atingiu de maneira diferente determinadas parcelas da população.

O acesso à educação já acontecia de maneira desigual no Brasil, devido a diversos fatores, tais como: políticas públicas que garantam o acesso, transporte público,

vagas na escola mais próxima, interesse escolar etc. Assim como a questão das macrorregiões brasileiras, o quesito raça/cor e a questão socioeconômica são fatores importantes a serem observados na exclusão escolar, agravada ainda mais no contexto pandêmico.

De acordo com o Unicef - Fundo das Nações Unidas para a Infância:

A exclusão escolar afetava principalmente quem já vivia em situação mais vulnerável. A maioria fora da escola era composta por pretas(os), pardas(o) e indígenas. Proporcionalmente, a exclusão afetava mais as regiões Norte e Centro-Oeste. E, de cada 10 crianças e adolescentes fora da escola, 6 viviam em famílias com renda familiar per capita de até ½ salário mínimo. A desigualdade social presente em nossa sociedade se reproduzia ao olhar para a exclusão escolar. Então chegou a pandemia da Covid-19 e a desigualdade e a exclusão se agravaram ainda mais. Com escolas fechadas, quem já estava excluído ficou ainda mais longe de seu direito de aprender. E aqueles que estavam matriculados, mas tinham menos condições de se manter aprendendo em casa – seja por falta de acesso à internet, pelo agravamento da situação de pobreza e outros fatores – acabaram tendo seu direito à educação negado (UNICEF, 2021a, p. 5).

A pesquisa do Unicef, demonstra que durante a pandemia Covid-19, a porcentagem de crianças e adolescentes fora da escola aumentou demasiadamente, o que é extremamente preocupante para a educação brasileira, a qual corre o risco de voltar aos mesmos índices de frequência do passado, antes das legislações e das políticas públicas que respaldam a educação brasileira.

Em novembro de 2020, mais de 5 milhões de meninas e meninos de 6 a 17 anos não tinham acesso à educação no Brasil. Desses, mais de 40% eram crianças de 6 a 10 anos, faixa etária em que a educação estava praticamente universalizada antes da pandemia. Os números são alarmantes e trazem um alerta urgente. O País corre o risco de regredir mais de duas décadas no acesso de meninas e meninos à educação (UNICEF, 2021a, p. 5).

A educação que corresponde à idade de 6 a 10 anos foi a que recebeu mais atenção e respaldo governamental ao longo dos últimos anos, correspondente aos primeiros anos do Ensino Fundamental, por isso o fato dela estar praticamente universalizada antes da pandemia e de atualmente 40% das crianças fora da escola serem dessa faixa etária é extremamente preocupante para o cenário brasileiro, pois sim, representa retrocesso.

A parcela da população que mais se encontrava excluída das escolas eram as faixas etárias correspondentes à Educação Infantil, 4 e 5 anos e ao Ensino Médio, de 15

a 17 anos, devido ao fato de que a escolarização obrigatória dessa faixa etária foi estabelecida apenas em 2009.

No Brasil, estima-se que quase 1,1 milhão de crianças e adolescentes em idade escolar obrigatória estavam fora da escola em 2019, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad). A maioria nas faixas etárias de 15 a 17 anos, idade na qual todos deveriam estar cursando o Ensino Médio, e de 4 e 5 anos, que corresponde à Pré-Escola, segundo grupo etário da Educação Infantil (UNICEF, 2021a, p. 11).

Outro fator que contribui para a desigualdade do acesso escolar é o fato de que muitas famílias vivem em áreas rurais e dependem das políticas públicas e sociais que permitam o acesso das crianças e também das famílias, ao espaço escolar, como o transporte, por exemplo, importante fator que determina o acesso ou não das crianças às escolas em meios urbanos.

A educação é direito constitucional de todos e dever do Estado, portanto o município precisa ofertar transporte para esta parcela da população, levando em consideração que o não acesso à escola ocasiona impactos na vida das crianças e de suas famílias.

As desigualdades de acesso a bens sociais, culturais e econômicos entre as áreas urbanas e rurais são bastante conhecidas, e a escola é, muitas vezes, o único lugar de convívio e socialização fora da família. A manutenção dessas desigualdades pode representar impactos importantes na vida de cada uma das crianças e das(os) adolescentes, de suas comunidades e de toda a sociedade (UNICEF, 2021a, p. 20).

Dentro do contexto pandêmico o acesso das famílias que vivem em áreas rurais até o espaço escolar para a busca de atividades e manutenção do vínculo com a escola, devido à distância e outras dificuldades encontradas ficou bastante comprometido.

Assim sendo, a situação das crianças e adolescentes da área rural em relação à escolarização durante a pandemia se agravou ainda mais, principalmente levando em consideração que a exclusão escolar dessa população já era alta anteriormente. Segundo o Unicef (2021a, p. 20) “Em todo o Brasil, crianças e adolescentes vivendo nas áreas rurais são as(os) mais afetada(o)s pela exclusão escolar. No ano de 2019, mais de 10% das crianças de 4 e 5 anos e de adolescentes de 15 a 17 anos nessas localidades estavam fora da escola”.

Também se chama a atenção para a necessidade de construção de políticas públicas que diminuam a desigualdade do acesso à educação de qualidade perante o quesito da cor da pele e o fim da normalização desses fatores.

Crianças e adolescentes pretas(os), pardas(os) e indígenas são as(os) mais atingidas(os) pela exclusão escolar. Juntos, elas(es) somam mais de 70% entre aquelas(es) que estão fora da escola. É sabido que suas trajetórias escolares também são marcadas pela exclusão: as reprovações e a distorção idade-série incidem sobre negras(os) e indígenas muito mais do que sobre brancos. Não é surpreendente constatar que essas parcelas da população estejam mais fora da escola do que a população branca (UNICEF, 2021a, p. 26).

Também existe uma forte relação entre a pobreza e a exclusão escolar, sobretudo quando se leva em consideração o fato de que “a maioria dos que vivem com renda domiciliar per capita de até ½ salário mínimo são as famílias pretas, pardas e indígenas, correspondentes a 61,9%”, segundo o Unicef, (2021a, p. 26) e são eles que mais estão afastados da escola.

No quesito Educação Infantil, “entre as 384.475 famílias com crianças de 4 e 5 anos fora da escola, 225.825 (58,7%) têm uma renda per capita de até ½ salário mínimo, enquanto 3.312 (0,9%), de mais de três salários mínimos”, também de acordo com os dados do Unicef (a2021, p. 26).

Por esse motivo, um olhar mais acirrado para investimentos na política de educação é necessário, pois sem ele os enfrentamentos das consequências da pandemia Covid-19 serão ainda mais dificultosos e desafiadores.

A longo prazo, a interrupção das práticas educacionais impacta profundamente o desenvolvimento de uma geração, acarretando o aumento das desigualdades e dos contrastes sociais. [...] Em qualquer emergência ou crise humanitária, as escolas devem ser as últimas a fechar e as primeiras a reabrir. O fechamento das escolas somente deve ser considerado quando não houver outras alternativas (UNICEF, 2021b, p. 8).

A pandemia da Covid-19 certamente acarretou mudanças e consequências arrasadoras para o século XXI e que perdurará ainda por algumas décadas. O âmbito educacional foi fortemente atingido, provavelmente como nunca antes, o que refletirá em demasia em outros setores da sociedade, pois a educação, em todos os níveis, constitui o tipo de sociedade em que se vive.

2 DESAFIOS, DIFICULDADES E PERSPECTIVAS SOBRE A EDUCAÇÃO INFANTIL NO CONTEXTO PANDÊMICO.

A estratégia utilizada pela educação durante o período de isolamento social ocasionado pela pandemia Covid-19 foi o ensino remoto, o qual ocasionou diversas dificuldades e desafios para a garantia do direito à educação de crianças e adolescentes brasileiros.

Os aparelhos tecnológicos foram uma das estratégias e caminhos para que a escola permanecesse em contato com as crianças e seus familiares, mas com a desigualdade social que o Brasil convive desde seus primórdios, agravada ainda mais pela situação pandêmica, muitas famílias não possuíam computadores, celulares ou internet banda larga para realizarem as atividades remotas oferecidas pela escola.

Esse fator provocou o afastamento de diversas famílias e crianças do contato com espaço escolar, mesmo que esse tenha sido remoto, das atividades e do processo pedagógico, o que impactou fortemente no desenvolvimento integral dessas crianças, contribuindo inclusive com o aumento da evasão escolar durante as aulas remotas e na volta às aulas presenciais.

O contexto de pandemia Covid-19 foi trazido neste trabalho por meio da pesquisa de campo realizada em uma Escola Municipal de Educação Infantil de uma cidade de pequeno porte, no interior do Estado de São Paulo, no momento em que o retorno às aulas já estava acontecendo, após quase dois anos com as portas fechadas. Em meados de setembro de 2021 as crianças começaram a retornar para o espaço escolar. Sem a pandemia ter chegado ao fim, o retorno não foi com 100% dos alunos, a escola realizava rodízios entre as turmas, visando um retorno seguro e possível para a realidade do município.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o município pesquisado possui uma população estimada de 9.163 pessoas em 2021, por esse motivo, possui apenas uma Escola Municipal de Educação Infantil (EMEI), que assume crianças de 4 e 5 anos, espaço desta pesquisa.

A entrevista foi realizada em grupo, por meio de perguntas semiestruturadas, de forma presencial com as profissionais da referida escola, sendo elas: duas professoras, uma do Jardim I, que ministra aulas para crianças de 4 anos, e outra do Jardim II, com crianças de 5 anos, a coordenadora pedagógica e a diretora da educação infantil municipal. As falas foram gravadas em áudio, com a autorização das participantes, as

quais assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Unesp, campus de Franca.

Os nomes das participantes foram substituídos por nomes fantasias de deusas gregas, sendo elas: Atena, Afrodite, Ártemis e Gaia. Levando-se em consideração que todas as entrevistadas são mulheres, visto que historicamente, a educação as teve na linha de frente, anteriormente relacionada ao cuidado, mas que atualmente representa um espaço de possibilidades, de transformações, de conhecimentos e de muita luta.

A pandemia Covid-19 influenciou e abalou sem dúvidas tanto os espaços públicos quanto os privados, as relações sociais e principalmente as relações familiares. Além de também ter mudado de maneira drástica a situação dos professores brasileiros, que se viram em uma situação na qual precisariam pensar em estratégias e rever suas maneiras de ensinar, em um momento de extrema tensão e ansiedade pela qual todo o mundo passava.

Quem trabalha com educação sabe que o modo como os professores e outros profissionais da unidade educacional entendem as exigências de seu trabalho influi em seu modo de trabalhar. A crise sanitária global que abalou todos os setores das sociedades, dentre eles o setor escolar, deixou educandos, professores e gestores desorientados e ansiosos (OLIVEIRA, 2020, p. 6).

No primeiro momento a questão sobre como o desenvolvimento integral da criança é visto pelas participantes da pesquisa e como elas o percebem, Atena respondeu chamando a atenção para o fato de que todos os aspectos que envolvem a criança irão interferir no seu desenvolvimento: “É tudo está interligado né, quando algo não vai bem no social, vai refletir também no cognitivo, ou vice-versa, no cognitivo vai refletir no social, às vezes na família não, mas com os coleguinhas. Então tudo está interligado”.

Afrodite, nessa questão, elucidou a tecnologia, que atualmente e principalmente em um contexto pandêmico, refletiu de maneira importante o desenvolvimento integral das crianças, principalmente no que diz respeito à sua concentração e sua coordenação motora.

[...] E eu vejo, de uns anos pra cá, esses problemas aumentando, porque por exemplo, a criança hoje, com o que ela brinca? Com o celular. Então ela começou a ter outros déficits de atenção, no processo de aprendizagem, na coordenação da escrita. Acho que isso também reflete (AFRODITE).

Ártemis chamou a atenção para a coordenação motora grossa, aquela em que as crianças desenvolvem ao brincar fora de casa, na rua ou em espaços de lazer, mesmo dentro da escola, através de brincadeiras que necessitam de equilíbrio, mobilidade e agilidade.

A coordenação motora grossa eles não têm mais, de jogar bola, pular corda, isso eles não têm mais (ÁRTEMIS).

Percebe-se também o fato de que a concentração está intimamente ligada à impaciência das crianças, potencializada pela tecnologia que ocasiona a ansiedade e a possibilidade de se ter tudo na mão na hora que quer, fazendo com que eles não consigam se concentrar por grandes períodos em atividades simples.

E é algo que eu percebo também que mudou muito, é que as crianças e a gente sabe que quanto menor, menos tempo elas conseguem se concentrar em uma atividade. Mas eu percebo que esse tempo vem diminuindo cada vez mais. Por exemplo, eles vão fazer um desenho e em dois minutos “Tia, acabei”. Ou vai fazer outra atividade, “Tia, acabei”, porque no celular é assim: eles tão vendo um vídeo, e eles não têm paciência de ver até o fim, eles já vão nas outras opções de vídeos que têm, já clicam nelas e começam outro. Aquilo não interessou, eles já vão pro outro. Eles não têm mais paciência (ATENA).

Nesse momento da entrevista, as participantes trazem uma pauta bastante pertinente no século XXI, que é o quanto as telas refletem e muitas vezes, mais prejudicam do que otimizam o desenvolvimento integral da criança, apesar da tecnologia ser uma ferramenta importante e ter contribuído demasiadamente para a educação no período de pandemia Covid-19, entretanto há uma contradição, como nos coloca Atena:

[...] teve o lado bom na questão da tecnologia, principalmente pra nós professoras, hoje eu falo assim, na sala de aula você tem opção toda hora de quando você falar um assunto diferente, se não entendeu, na hora você já coloca um vídeo, uma musiquinha, nas aulas remotas a gente tinha mais esse recurso. Mas também é complicado por essa questão aí, de que eles se habituaram demais com o celular, os pais deram demais o celular para a criança (ATENA).

Durante o período pandêmico observou-se um uso massivo das telas por todas as parcelas da população, em qualquer idade, exatamente pelo fato de que todos os tipos de relações sociais, o contato físico, a conversa face a face nos foi tirado e a fonte de distração, de prazer e até mesmo de contato social, mesmo que apenas virtualmente, que nos restou foram as telas.

Inclusive as atividades remotas, utilizando-se telas de computadores e celulares, foi a opção encontrada pela educação para que fosse possível a continuidade do processo de aprendizagem, durante o período de pandemia, o que causou bastante indagações aos profissionais da educação sobre como realizar as atividades de uma maneira que não sobrecarregasse as crianças e também não aumentasse ainda mais seu tempo de exposição às telas.

A questão da exposição das crianças às telas, fator de questionamento intenso tanto de profissionais da saúde e educação quanto das famílias com relação às propostas remotas para a Educação Infantil, também foi alvo de preocupação e reflexo sobre o que estávamos propondo para crianças entre 1 e 4 anos. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Sociedade Brasileira de Pediatria, até os 2 anos as telas não são indicadas a não ser para contato com pessoas próximas que estão distantes. De 2 a 4 anos, não devem superar uma hora por dia, com conteúdos de alta qualidade e na companhia dos pais (ABBUD, 2020, p. 21).

Portanto, houve a necessidade de que os professores pensassem nas atividades que seriam transmitidas às crianças, em seus conteúdos, para que fossem interessantes e instigantes a elas, que capturassem sua atenção e produzissem um processo pedagógico que possibilitasse desenvolvimentos e habilidades e que não as deixassem passivas em relação às telas, como os vídeos deixam.

Dessa forma, a criança era colocada pelas propostas em posição ativa, e não passiva, por meio de atividades apropriadas e significativas para a faixa etária e para um grupo cujos interesses e características a professora ou o professor pôde conhecer no início do ano letivo. Assim, a qualidade da tela que foi oferecida nesse momento às crianças dependeu da escola e da atuação dos professores na seleção do que e como propor nos vídeos (ABBUD, 2020, p. 22).

As entrevistadas expõem o quanto o excesso de telas é prejudicial para o desenvolvimento integral das crianças, mesmo antes da pandemia a geração atual já passava muito mais tempo sobre elas do que interagindo socialmente, as brincadeiras são jogos eletrônicos e vai se perdendo habilidades importantes em consequência disso. Como nos relata Ártemis, a própria coordenação motora que se desenvolve nessa faixa etária está sendo perdida, habilidades como pular corda, jogar bola, somadas às dificuldades de convívio social.

Atena nos relata a falta de paciência e concentração que as crianças têm apresentado ultimamente, principalmente no processo de volta às aulas, pois a tecnologia

é muito rápida, certa, na hora, não exige uma construção, um processo e nem mesmo uma concentração muito profunda, dessa forma, ela acaba contribuindo para o desenvolvimento da ansiedade e da impaciência.

A tecnologia também prejudica o processo das relações sociais, da interação, da convivência comunitária, dificuldade potencializada ainda mais pela pandemia Covid-19, na qual as crianças e os indivíduos sociais como um todo se tornaram cada vez mais individualistas, mais introvertidos em seus próprios mundos, ou no caso, em suas próprias casas, que são ambientes privados.

As relações sociais fazem parte do processo de desenvolvimento integral do ser humano, da formação de seres sociais que saberão conviver socialmente, democraticamente, com respeito e empatia.

Como exposto acima, a pandemia Covid-19 se mostrou um momento de bastante desafios e perdas decorrentes do distanciamento social, principalmente para as crianças pequenas, pois a infância é uma fase de desenvolvimento na qual precisam socializar, o tato é importante para seu desenvolvimento, o diálogo, essa é uma fase em que elas começam a trabalhar suas relações sociais. Fato que foi extremamente prejudicado pelo contexto atual, privando-as do direito ao desenvolvimento integral de si mesmas.

Seguindo nesta linha, as entrevistadas, ao serem indagadas sobre como estavam sendo realizadas as atividades dentro do projeto político e pedagógico com as crianças de 4 a 5 anos durante o período de pandemia, assim como estava se dando no momento de retorno às aulas presenciais, Gaia respondeu:

Elas criaram um grupo da sala no *whatsapp*, cada professora tinha um grupo (GAIA).

Ao passo que Atena completou:

Em que os pais participavam, porque como eles são pequenos os pais que são a ponte. Nós gravávamos as aulas, os vídeos e os pais explicavam e participavam. No início nós esperávamos que a pandemia não fosse durar muito tempo, então optamos por não trabalhar o material impresso, as apostilas, caso voltasse, porque a gente sabe que em casa não é como na escola. Mas como foi demorando muito, depois nós usamos. Mas eles gravavam as aulinhas, mandavam os vídeos pra gente e daquele jeito, Tem os pais que mesmo remotamente fizeram tudo direitinho, orientaram os filhos e teve aqueles que não fizeram nada (ATENA).

Nesse momento surge a questão de que as atividades proporcionadas pelas professoras só eram passíveis de serem realizadas pelas crianças caso os pais proporcionassem essa ponte, esse acesso, já que a faixa etária trabalhada não possui autonomia ainda para terem um celular próprio, nem mesmo o entendimento do que precisaria ser feito, sem o auxílio de um adulto.

O que coloca a questão da participação familiar intrinsecamente ligada às atividades escolares realizadas, por esse motivo, a conversa toma o rumo da participação familiar e as dificuldades encontradas nesse contexto, tendo a necessidade de considerar também uma atenção para todos os dados do Unicef aqui abordados.

Assim sendo, Afrodite apresentou as estratégias realizadas pela escola quando as famílias não possuíam os bens materiais necessários para a realização das atividades remotas, como celular ou acesso à internet Banda Larga, a fim de que o aprendizado das crianças não ficasse prejudicado por esse motivo.

No caso o que a escola fez: deixava o material aqui pras mães virem buscar, então se ela não tinha o meio de um jeito, a gente tentava fazer com que ela viesse pelo outro. Mas também tem a questão do interesse familiar, quando ela não tinha interesse nenhum ela não se preocupava em querer fazer, em querer buscar... Mas eu acho que a maioria teve uma boa participação (AFRODITE).

Todas as participantes da pesquisa concordaram que o interesse familiar era essencial para o processo de aprendizagem das crianças durante o contexto de pandemia Covid-19, alegando que o interesse sempre deve ser permanente, seja de forma presencial ou pelo ensino remoto.

Contudo, Ártemis alerta para uma questão importante a ser analisada a respeito do entendimento da família sobre o que o espaço escolar proporciona e qual a função dele, assim como o desentendimento de qual é a função familiar perante a educação dos filhos, as quais entendem que não possuem obrigação.

Mas ainda tá muito na cabeça das famílias que a educação escolar é apenas da escola, não é da família também (ÁRTEMIS).

O que a participante expõe é o fato de que as famílias não compreendem o processo pedagógico proporcionado pela escola, que elas ainda entendem a escola, principalmente a Educação Infantil, como um espaço apenas de cuidado, como era anteriormente e não de aprendizado.

A pergunta realizada foi sobre as atividades realizadas para as crianças de 4 a 5 anos, mas percebe-se uma perda do foco no momento em que se deparam com a dificuldade da realização dessas atividades em alguns momentos, pela falta da presença da família na escola.

Pode-se analisar vários motivos das dificuldades enfrentadas pelas famílias para realizarem as atividades propostas. O primeiro ponto a ser analisado será o fato de que, como nos coloca Atena, a sala de aula é um ambiente diferente do familiar.

Esse foi um fator determinante para a dificuldade da realização das atividades pelas crianças, assim como na absorção do conteúdo passado pelas professoras, do aproveitamento pedagógico das atividades, porque como sabemos as composições familiares são distintas uma das outras e as realidades de cada criança também, assim como o material que elas possuem para realizar as atividades, o espaço, o tempo, o auxílio dos pais. Na escola, todas possuem o mesmo espaço, os mesmos instrumentos e sobretudo, a professora com as habilidades necessárias para ministrar o ensino.

Nesse sentido, a pesquisadora indagou às participantes se elas entendiam a classe social como determinante para a participação ou não das famílias durante as atividades remotas e todas elas responderam que não necessariamente, no sentido de que mesmo famílias que faziam parte da parcela menos abastada da sociedade participaram, ainda que essa questão fosse um fator de dificuldade para elas.

Tinham mães que até nos emocionavam, às vezes não tinham nada, faziam da parede uma lousinha, colocava uma cadeirinha pra criança, e você percebe que quando essa criança vinha, ela realmente vinha preparada. Tinha aquelas que às vezes a família tinha de tudo, computador, celular... tudo, e ela não se importava em ensinar, trazia todas as atividades prontas só pra se livrar, então não teve a questão da desigualdade como determinante (AFRODITE).

As participantes relatam que dentro do contexto educacional no qual estão inseridas a questão socioeconômica das famílias não foi determinante para a participação ou não das famílias nas atividades escolares, mas que ela pode sim ter determinado muitas dificuldades enfrentadas por elas, como a questão dos materiais necessários para a realização das atividades, um bom celular ou uma boa internet, nos expõe Atena.

Sim, às vezes isso sim dificultou a participação dos menos abastados, porque assim, se eram dois três filhos e a mãe fosse auxiliar à noite, era um celular só, porque na idade dos nossos eles dependiam dos pais pra fazer as atividades. Os pais trabalhavam o dia todo e era a noite que iam ajudar os filhos. Então se tem dois, três filhos, ou se a internet já não é muito boa, então isso sim às vezes

dificultava. Então acredito que a parte social dificultou nessa parte, mas quanto a dedicação, tinham uns que vinham procurar a gente. Eu tive pais que foram até na minha casa, que perguntavam, então tivemos de tudo (ATENA).

Ártemis elucida que todas as atividades passadas para as crianças realizarem foram pensadas com o que os pais tinham em casa, sempre adaptáveis para seus contextos, dentro do possível.

E sempre procurando fazer atividades com o que eles tinham em casa, até mesmo o professor da recreação, dava atividades com coisas que eles tinham em casa, pra todo mundo fazer. Uma atividade de matemática, usava o que tinham em casa (ÁRTEMIS).

Apesar do exposto, podemos destacar que a compreensão da escola perante as dificuldades encontradas pelas famílias é extremamente necessária, não é retirar a responsabilidade da família perante as atividades escolares e sua presença nesse processo de formação de seus filhos, mas entender quais são os contextos em que elas estão inseridas, como elas estão vivendo e sobrevivendo a esse período pandêmico e não cobrar sua participação sem antes entender os motivos de sua ausência.

A partir da exposição das entrevistadas nessa última pergunta, evidencia-se que o desenvolvimento integral da criança foi trabalhado com as atividades propostas pelas professoras, mas sem negar que ele foi comprometido e afetado. Muitas questões emocionais atravessaram tanto as crianças, quanto seus familiares e também as professoras.

O período de isolamento social trouxe e deixou marcas perante as relações sociais, a convivência, os medos e os traumas que perdurarão ainda por alguns anos, como nos colocou uma das participantes. Além do fato de que novas formas de trabalhar e interagir serão necessárias, novas estratégias precisarão ser aderidas no âmbito do Ensino Infantil e em outros também.

Também é preciso destacar que esse momento de pandemia foi bastante peculiar para o desenvolvimento integral da criança por inúmeras questões, sobretudo devido a todas as tensões, as ansiedades pelas quais as crianças passaram, muitas vivendo o processo do luto dentro de suas casas, questões essas que interferem em seu desenvolvimento, principalmente para essa faixa etária que está começando a entender como o mundo funciona e já tão cedo tiveram que enfrentar uma situação tão intensa quanto esta.

Partindo disso, podemos ver que o longo período de interrupção das atividades que vinham sendo feitas em nosso cotidiano irá afetar de modo singular nossa constituição individual, social e profissional. [...] A situação de pandemia traz um impacto emocional significativo nas relações sociais e requer novas formas de interação e trabalho, baseadas em valores construídos pela pessoa (OLIVEIRA, 2020, p. 8).

Então, nesse sentido, as professoras que já realizavam um trabalho de percepção do emocional das crianças, além de lidarem com seu próprio, precisaram e ainda precisarão desenvolver habilidades e estratégias para lidarem com suas próprias ansiedades, com as ansiedades de seus alunos e dos familiares inseridos no espaço escolar.

Uma das participantes, contudo, nos deixa uma mensagem bastante positiva em relação à Educação Infantil; é certo que muitos desafios existem e muitos enfrentamentos precisarão ser feitos em relação a educação brasileira e todos os impactos e consequências que a pandemia da Covid-19 deixará para o século XXI, mas não podemos perder as esperanças nem a força de lutar para que essas dificuldades sejam vencidas.

Ainda há tempo, precisamos nos inspirar nas crianças e incorporarmos personagens que vencerão todos os desafios impostos por esse contexto atual, contudo, precisamos fazer isso juntos, em equipe e parcerias fortes e mútuas, pois ninguém vencerá sozinho. A pesquisadora Oliveira nos demonstra como as crianças enfrentam seus desafios, através das encenações, incorporações de personagens e a crença de que tudo ficará bem.

A encenação é uma atividade em que as crianças expressam sua forma de ver o mundo e a si mesma usando de modo novo objetos e instrumentárias para construir cenários e personagens que os levam a representar cenas de relação no lar, na escola, no ambulatório de saúde, mas também em castelos, no espaço sideral, na floresta. São mães zelosas ou autoritárias, ou os dois, em relação aos bonecos. São heróis sem medo que enfrentam os elementos do mal. São pequenos médicos e enfermeiras que eliminam a Covid para sempre (OLIVEIRA, 2020, p. 17).

Dessa forma, seguindo o exemplo das crianças, não podemos deixar de acreditar que ainda há tempo, mesmo que com muitos desafios a serem enfrentados; e para que enfrentemos tais desafios e dificuldades precisamos conhecê-los e entendê-los, a fim de se buscar estratégias para tal feito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os expostos apresentados durante a pesquisa, fica evidente a necessidade da criação de estratégias certeiras e comprometidas para o enfrentamento aos

desafios expostos pelo período pandêmico, já existentes anteriormente, mas potencializados pela condição sanitária que foi vivenciada.

Os resultados da pesquisa, somados aos dados aqui apresentados, evidenciam mais uma vez que é preciso intervir para alterar a situação de escolarização ou de desescolarização de crianças e adolescentes no Brasil, e que isso não se fará apenas esperando o tempo passar, de modo que as crianças e adolescentes cresçam e não estejam mais contempladas nessas estatísticas. Trata-se de um projeto de futuro, que é construção da história e que se realiza no presente. Se o Brasil, cada um de seus estados, cada município, cada escola, cada família, cada criança e cada adolescente pôde conviver com a exclusão até aqui, o cenário imposto pela pandemia a intensifica e exige medidas que busquem o seu enfrentamento (UNICEF, 2021a, p. 51).

Esses dados são importantes para se entender quem são as crianças e os adolescentes que foram os mais atingidos pela exclusão escolar durante o período de pandemia Covid-19: aqueles que já eram atingidos por ela antes da pandemia.

Esse fato requer uma atenção e é trabalho para os profissionais da Educação, da Saúde, da Assistência Social, da Secretaria do Desenvolvimento e políticos, a fim de que articulem estratégias para o enfrentamento da exclusão e evasão escolar no momento de reabertura das escolas, visto que todos enfrentam diversos desafios para trazer estudantes de volta ao espaço escolar, além do prejuízo de aprendizado que foi ocasionado pelos diversos fatores expostos nos itens anteriores.

Em um artigo publicado pelo Unicef em janeiro de 2022, algumas dificuldades a serem enfrentadas já estão bem explícitas.

Em março, marcaremos dois anos de interrupções na educação global relacionadas à covid-19. Resumidamente, estamos diante de uma perda quase sem volta para a escolaridade das crianças”, disse Robert Jenkins, chefe global de Educação do UNICEF. “Embora seja fundamental retomar as aulas presenciais, apenas reabrir as escolas não é suficiente. Os estudantes precisam de apoio intensivo para recuperar a educação perdida. As escolas também devem ir além dos locais de aprendizagem para reconstruir a saúde mental e física das crianças, o desenvolvimento social e a nutrição (UNICEF, 2022a).

Robert afirma que a nutrição é talvez o único acesso à uma alimentação balanceada que muitas crianças e adolescentes têm, devido à desigualdade social e situações de insegurança alimentar que os brasileiros sofrem.

Outro imenso problema que a educação enfrenta na volta às aulas presenciais é a evasão escolar, extremamente agravada após o isolamento social. Assim sendo,

estratégias estão sendo tomadas para a tentativa de trazer esses alunos de volta ao espaço escolar, e uma delas é a busca ativa, como nos coloca o exposto a seguir:

Para apoiar as escolas na oferta de ensino, as redes têm utilizado diferentes estratégias, mensal ou bimestralmente. Entre elas, destaca-se a busca ativa para enfrentar a evasão escolar, realizada por 87% das redes respondentes. Para realizar essa busca, mais de 70% das redes afirmam já utilizar a estratégia da Busca Ativa Escolar proposta pelo UNICEF e a Undime, e outras 15% estão em processo de adesão à estratégia (UNICEF, 2022b).

A questão da lacuna de aprendizado ocasionada pela pandemia Covid-19 também requer uma atenção direcionada, pois diante das diversas dificuldades que familiares e crianças tiveram para conseguirem aderir ao ensino remoto durante dois anos, fala-se de dois anos letivos que o acesso à educação foi mínimo e prejudicado, não sendo ofertado um ensino de qualidade nem apreensão dos conteúdos pedagógicos propostos pela educação brasileira.

Após mais de dois anos de pandemia, as redes municipais de ensino se veem diante de um desafio urgente: a recomposição/recuperação da aprendizagem. É o que revela a oitava onda da pesquisa realizada pela União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime) com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Itaú Social. Em mais de 85% dos municípios pesquisados, escolas e Secretarias de Educação têm trabalhado juntas para avaliar as lacunas de aprendizagem e criar estratégias para a recomposição de saberes. E os desafios são grandes (UNICEF, 2022b).

Portanto, o direito ao desenvolvimento integral dos indivíduos, ficou extremamente comprometido durante os dois anos de isolamento social e ensino remoto, e esse período de déficit ficará explícito na sociedade brasileira por um bom tempo ao longo do século XXI, especialmente se estratégias de enfrentamento não forem tomadas por todos os âmbitos das políticas públicas para esse sentido.

A educação forma a sociedade em que se vive, então o pensamento deve ser em direção a qual sociedade se quer ter no futuro, no que diz respeito à desigualdade, aos profissionais, aos políticos e principalmente aos seres sociais.

A recuperação das aprendizagens é fundamental para enfrentarmos um cenário de aprofundamento das desigualdades. Os desafios são enormes, mas não impossíveis de serem solucionados. Neste momento, projetos e parcerias bem estruturadas são fundamentais para que as redes e escolas tracem estratégias que vão além de uma aula de reforço e engajem alunas, alunos e suas famílias na rotina escolar” explica Angela Dannemann, superintendente do Itaú Social (UNICEF, 2022b).

Assim sendo, Dannemann afirma o mesmo que as entrevistadas, ou seja, que os desafios são muitos, mas que não são impossíveis de serem enfrentados. É este enfrentamento e essas estratégias que dizem respeito ao futuro do Brasil, portanto precisam ser articuladas em parcerias e o mais rápido possível.

REFERÊNCIAS

ABBUD, I. **Escola, famílias e crianças: continuidade e regularidade**. São Paulo: Biruta, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BUENO, F.T.C.; SOUTO, E.P.; MATTA, G.C. Notas sobre a trajetória da Covid-19 no Brasil. In: MATTA, G.C.; REGO, S.; SOUTO, E.P.; SEGATA, J. orgs. **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia** [online] (p. 27-39). Rio de Janeiro: Observatório Covid 19; Editora FIOCRUZ, 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades e estados**. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Portaria Nº 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por meios digitais enquanto durar a situação de pandemia Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20343-20-mec.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

OLIVEIRA, Z. R. **Quando o retorno é o um novo recomeço**. São Paulo: Biruta, 2020.

UNICEF. **Cenário da exclusão escolar no Brasil**: Um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID-19 na Educação. Cenpec Educação, Brasil, abril, 2021a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/14026/file/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

UNICEF. **Orientações para a reabertura segura das escolas considerando os dados da pandemia de COVID-19:** Guia para gestores de educação e saúde. Brasil, abril, 2021b. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/14041/file/guia-gestores-educacao-saude_reabertura-segura-escolas.pdf. Acesso em: 29 nov. 2021.

UNICEF. **Covid-19:** Extensão da perda na educação no mundo é grave, e é preciso agir para garantir o direito à Educação, alerta UNICEF. Brasil, janeiro, 2022a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/covid-19-extensao-da-perda-na-educacao-no-mundo-e-grave>. Acesso em: 19 abr. 2023.

UNICEF. **Recuperação da aprendizagem é prioridade e desafio para a maioria das redes municipais de Educação, revela pesquisa.** Brasil, agosto, 2022b. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/recuperacao-da-aprendizagem-prioridade-e-desafio-para-maioria-das-redes-municipais-de-educacao>. Acesso em: 19 abr., 2023.

O CONTEÚDO HERMENÊUTICO DO CONSEQUENCIALISMO CONTIDO NO ART. 20 DA LINDB E OS SEUS REFLEXOS NO DEVER PROCESSUAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Recebido em: 21/04/2023

Aceito em: 28/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9559



Marco Bruno Miranda Clementino¹

Lucas José Bezerra Pinto²

RESUMO: Este trabalho analisa a literalidade, a sistematicidade e a finalidade do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), revelando o seu conteúdo hermenêutico para fins de uma melhor internalização das consequências na teoria da decisão judicial. Essa necessidade se mostra, em especial, porque, ainda que passados anos da vigência da Lei nº 13.655/2018, que introduziu essa novidade, não se criou, ao menos de maneira consolidada, técnicas e métodos que permitam a utilização do aspecto consequencial como parâmetro decisório. Nessa investigação, utiliza-se de um viés exploratório, de ordem predominantemente teórica, para jogar luz sobre a legislação, deslindando os pormenores do texto normativo. Isso permite traçar a concepção consequencialista adotada pelo ordenamento brasileiro: o consequencialismo ponderado, o qual se afasta do que denomina de consequencialismo forte e fraco, além de outras concepções mais radicais. Dessa forma, delimita-se a consequência como um parâmetro decisório de escolha normativa (principiológica), não sendo apta a afastar em si uma norma senão em prol de outra, não sendo prevalente nem não-prevalente em face dela, pois possível que uma norma mais consequencial supere uma outra norma menos consequencial, desde que haja motivação adequada. Assim o aspecto consequencial equaciona a argumentação, constituindo-se naturalmente num ônus específico de motivação, tais como os do art. 489 §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, que preenchem o dever geral de fundamentação constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal). Nesse sentido, esse não é um ônus posto à generalidade, mas um que é tanto maior quanto maior a abstração do princípio e o impacto consequencial da decisão judicial, sendo traduzido na fórmula: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, em que Arg seria o ônus argumentativo, direta e exponencialmente proporcional ao aumento da abstração do princípio-meio utilizado ($F(Abs)$) e ao aumento do impacto consequencial-fim da decisão judicial ($F(Con)$).

PALAVRAS-CHAVE: Art. 20 da LINDB; Consequencialismo; Dever de Motivação ou Fundamentação; Decisão Judicial; Consequência como Parâmetro Decisório; Conflito de Normas.

¹ Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito. Professor Adjunto da UFRN. Juiz Federal Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Formador de Magistrados da ENFAM. E-mail: marcobrunomiranda@gmail.com

² Especialista em Processo Civil (Damásio/IBMEC) e Mestrando em Direito (UFRN). Procurador Federal junto à Advocacia-Geral da União no Distrito Federal. E-mail: lucasjbp@outlook.com

THE HERMENEUTIC CONTENT OF CONSEQUENTIALISM CONTAINED IN ART. 20 OF “LINDB” AND ITS REFLECTIONS ON THE PROCEDURAL DUTY OF MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT: This work analyzes the literality, systematicity and purpose of art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), revealing its hermeneutic content aiming a better internalization of the consequences in the theory of the judicial decision. This need is shown because, even years after the Law n° 13.655/2018, techniques and methods that allow the use of the consequentialism as a parameter of decision have not been created. In this investigation, an exploratory approach, predominantly theoretical, is used to explore the legislation, revealing the details of the normative text. This allows us to trace the consequentialist conception adopted by the Brazilian legal system: an intermediary consequentialism, which moves away from what it calls strong and weak consequentialism, in addition to other more radical conceptions. In this way, the consequence is delimited as a decision-making parameter of normative choice in hard cases, not being able to exclude a norm itself but in favor of another. Anyway, since there is adequate motivation, is possible that a norm with more consequences outperforms another with less consequences. Therefore, the consequences naturally constitute a standard of motivation, such as those of art. 489 §§ 1 and 2 of the Code of Civil Procedure, which fulfill the general duty of constitutional reasoning (art. 93, IX, Brazilian Federal Constitution). In this sense, this is not a standard placed on generality, but one that is greater the greater the abstraction of the principle and the consequential impact of the judicial decision, being translated into the formula: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, in that Arg would be the argumentative burden, directly and exponentially proportional to the increase in the abstraction of the principle used ($F(Abs)$) and to the increase in the consequential impact of the judicial decision ($F(Con)$).

KEYWORDS: Art. 20 from LINDB; Consequentialism; Duty of Motivation; Consequence as Decision Parameter; Standards.

INTRODUÇÃO

Com a introdução dos arts. 20 e subsequentes à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto Lei n° 4.657/1942 (daqui em diante nominada simplifcadamente como LINDB) pela Lei n° 13.655/2018, houve a internalização, ou pelo menos a disciplina, do aspecto consequencialista da decisão no ordenamento brasileiro. Evidentemente, e como não poderia deixar de ser em um tema tão sensível, ao mesmo tempo que a normatização atraiu severas críticas também ocasionou palavras elogiosas dos operadores, dos especialistas, da doutrina.

Bem verdade que qualquer discussão do tipo sempre será carreada de ideologias, pelas diversas compreensões de mundo, do que é e para que serve o direito. Contudo, e é fato, para o bem ou para o mal, as consequências hoje devem ser (pelo deve-ser) consideradas na confecção da decisão judicial. Passados alguns anos das alterações normativas, com a vigência dos dispositivos, no entanto, a falta de sistematização de

meios mais precisos pelos quais as consequências possam ser interiorizadas adequadamente no nosso sistema jurídico tem limitado os avanços que certamente eram pretendidos quando da elaboração do texto normativo.

O objetivo do presente artigo, nesse sentido, é analisar literal, sistemática e finalisticamente o dispositivo do art. 20 da LINDB, sobretudo nas suas repercussões processuais e hermenêuticas que circundam a teoria da decisão, com reflexos no dever de motivação dos provimentos judiciais. Para isso, desenvolve-se primordialmente um estudo qualitativo-doutrinário-teórico do mencionado artigo, buscando tanto uma melhor compreensão da moldura normativa ali substanciada como os modos de sua expressão no ordenamento jurídico como um todo.

Assim pautado, antes de tudo, descreve-se brevemente os pressupostos ético-filosóficos da concepção consequencialista para, em seguida, com esse dimensionamento, tratar-se propriamente dos conceitos, da finalidade e da natureza do art. 20 da LINDB. Mais à frente, trabalha-se a sua projeção hermenêutica-processual, categorizando-se o modelo brasileiro de consequencialismo, a sua faceta procedimental, e demonstrando a sua forma e modo de inserção nos potenciais conflitos normativos emergentes. Ao final, esboça-se uma fórmula equacional-interpretativa que permita a aplicação plena do art. 20 da LINDB.

1 PRESSUPOSTOS ÉTICO-FILOSÓFICOS DO CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

O consequencialismo, por mais que somente tenha recebido expressão jurídica positiva no direito brasileiro recentemente, se entrelaça com um conjunto de escolas e movimentos éticos, filosóficos e jurídicos que remontam no mínimo ao século XVIII, cuja principal ideia comum é a importância da aferição das consequências das ações como critério para sua valoração. Sem qualquer pretensão exaustiva, até porque não seria adequado para os fins desse artigo, cita-se, dentre elas, o utilitarismo, o realismo e o pragmatismo.

O utilitarismo, desenvolvido classicamente pela teoria liberal inglesa de Jeremy Bentham e Stuart Mill nos séculos XVIII e XIX, se assenta no princípio de que as consequências de uma ação é que permitem qualificá-la. Para Bentham (1979, p. 4-9), uma ação moral é aquela que promove o máximo de felicidade (princípio da maior utilidade), de modo que seria boa quando gera felicidade ou prazer, e ruim quando produz

tristeza ou dor. Em Mill (2011, p. 27-29), há ponderações e desenvolvimentos das concepções de Bentham, mas perdura o pensamento central utilitarista, com o amadurecimento da noção de que uma conduta negativa é aquela que traz repercussões na esfera alheia, somente assim se justificando uma intervenção estatal inibitória.

Essa diretriz de uma atribuição de moralidade à ação conforme as suas implicações, não a relacionando à natureza dos atos, pessoas ou valores em si mesmos, foi absolutamente inovadora para a época ao se contrapor à diretriz deontológica dominante. A moral utilitária é uma concepção instrumental, na medida que o valor moral se relaciona ao cotejamento de meios para o atingimento de melhores fins, sendo o embrião do consequencialismo jurídico como movimento para a consideração das consequências como parâmetro da decisão judicial.

Com aspirações menos ético-filosóficas e mais concreto-decisionistas, no início do século XX, surgem o realismo e o pragmatismo jurídico de berço americano, que é diverso do realismo jurídico escandinavo e possui inúmeras vertentes (BITTAR, 2019, p. 604). Conquanto ambos sejam ideologias bastante heterogêneas, com variação intelectuais e correntes de pensamentos diversas, que sequer permitem serem chamadas de escolas, em comum há a aproximação do direito com o fato social, o que invoca outras áreas do saber para a sua construção (GIACOMUZZI, 2015, p. 180-181).

Essa visão interdisciplinar do direito, que o identifica mais como ser do que dever-ser, mais como a formulação da decisão concreta pelo Juiz do que com a criação da norma abstrata pelo Legislador, vê o direito como fluído e mutável a depender das condições da realidade. Afinal, conforme suas formulações clássicas, o realismo distingue o “*law in books and law in action*” para perceber que “*the life of law has not been logic, it has been experience*” (GIACOMUZZI, 2015, p. 167). O direito, em essência, seria construído pelos juízes a partir das diversas realidades, sob perspectivas extrajurídicas de matrizes éticas, filosóficas, sociológicas, psicológicas, políticas, econômicas e sociais.

Sobre o realismo, Facchini Neto e Tremarim Wedy (2016, p. 110 e 112) afirmam:

O que o caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas têm uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juízes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial – como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juízes. Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois

aperfeiçoam modelos de dedução lógica. Neste contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Os juízes respondem mais fortemente aos fatos (fact-responsives) do que às leis (rule-responsives). (...) Outra característica geral comum aos autores integrantes do movimento do realismo foi sua abertura interdisciplinar. A convicção de fundo era de que outros cientistas sociais haviam desenvolvido instrumentos cognitivos mais apropriados à compreensão da sociedade complexa do que aqueles oferecidos pela dogmática tradicional.

Foi sob essas premissas da cultura jurídica americana do início do século XX, que na década de 1970 tomou força uma das escolas mais influentes do direito contemporâneo: o *law and economics*. De índole claramente pragmática, desde autores como Ronald Coase a Richard Posner, os ideais da análise econômica apontam para que, em face das complexidades das causas e da sociedade, o julgador pondere os efeitos reais, nessa vertente especialmente os econômicos, das escolhas realizadas nas soluções judiciais.

Não é difícil perceber que os modelos americanos do século XX, se não desenham especificamente uma ética consequencialista como fazia o utilitarismo, alocam a ponderação das consequências, pela ligação entre o direito e o fato (e outros setores do conhecimento), como algo inerente à decisão judicial e, logo, ao direito. Se o ato de decidir envolve uma criação multifatorial e reverbera nos diversos campos da realidade, o direito, em suas próprias estruturas psico-cognitivas e operacionais, abarca as consequências decisórias. A consequência, assim, se desloca da teoria ético-filosófica para a hermenêutica e para a teoria da decisão.

Nesse breve panorama, é possível compreender que o consequencialismo que se positiva no art. 20 da LINDB não é propriamente uma inovação, mas, como há muito reconhecem os movimentos utilitaristas, realistas e pragmáticos, um elemento componente necessário da decisão judicial, seja porque um elemento moral a ser considerado nas razões de decidir (utilitarismo), seja mesmo porquanto um elemento natural e, assim, internamente constitutivo quando da criação do direito pelo juiz (realismo e pragmatismo).

2 CONCEITOS, FINALIDADE E NATUREZA DO ART. 20 DA LINDB

Feitas as considerações histórico-filosóficas preliminares, que permitem significar e realocar as consequências na teoria da decisão, passa-se então, e sem mais

delongas, ao enunciado do art. 20 da LINDB introduzido pela Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018, com especial enfoque – para os fins desse artigo – na decisão judicial:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

De sua leitura, emergem alguns pontos que merecem atenção preliminar deste tópico dado que necessários ao desenvolvimento adequado dos demais: a definição dos conceitos vagos empregados na construção textual e a categorização da natureza da norma contida no dispositivo.

Textualmente, embora guarde em aparência uma elaboração singela, o *caput* do artigo já nos desafios pelo uso de conceitos vagos centrais no entendimento do seu teor, sobretudo: valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão. Não é desnecessária, porém é curiosa a utilização desse artifício quando a Lei nº 13.665 se referencia como sendo de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Assim, já para delimitar o texto legal, é antes necessário aclarar o que se entende por valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão.

Nesse sentido, adere-se a Didier Junior e Oliveira (2019, p. 118) quando aludem que a expressão “valores jurídicos abstratos” deve ser traduzida como “princípios normativos menos densificados”. A principal razão para isso é que a categoria de valores não é tradicionalmente incluída como espécie normativa na dogmática jurídica, de modo que o termo valores ainda mais quando acompanhado pelos adjetivos jurídicos e abstratos parece não querer se referir a uma espécie de norma, mas à internalização dos valores pelo sistema jurídico em forma abstrata, o que designa basicamente os princípios.

Não que as regras não internalizem no sistema jurídico certos valores, como certamente o fazem os princípios jurídicos, mas em geral o atributo de abstração é frequentemente, e nas mais diversas classificações das espécies de norma jurídica, atrelado aos princípios. Nesse diapasão, se se utiliza dessa qualidade para a diferenciação entre um e outro tipo de norma, há de se entender que a disposição se refere aos princípios, como faz este trabalho; se assim não se entende, cogitando-se falar de regras abstratas,

poder-se-ia entender que os valores mencionados são qualquer norma jurídica de caráter abstrato.

Por sua vez, a expressão “consequências práticas da decisão” indica estar em contraposição as consequências meramente teóricas ou lógicas da decisão. Seriam, em fundo, aquelas que se vinculam as suas repercussões extrajurídicas, políticas, econômicas, sociais, operacionais, comportamentais, etc. O dispositivo não as delimita, pelo que podem ser de qualquer natureza (VITORELLI, 2020, p. 90-92). Embora por certo haja algumas tentativas de classificação (SANTOS, 2020, p. 121), não se entende que isso é de todo adequado uma vez que são impensáveis a natureza dos alcances consequenciais que uma decisão pode tomar.

Certamente, essa variabilidade consequencial atrairia críticas sobre a sua abrangência, imprecisão e procedimentalização, com mais espaço, e não menos, para abusos dos intérpretes. Sob esse enfoque, existem posicionamentos no sentido que as consequências mencionadas no art. 20 da LINDB devam ser lidas como meramente lógico-jurídicas (SANTOS, 2020, p. 121). Tais, além de ignorar o texto do dispositivo que usa o qualitativo “prática” para classificar o tipo de consequência, esvaziam os potenciais do artigo o fazendo sistematicamente redundante ao tão somente se posicionar para gerar ao intérprete um ônus que já possuía, o de proceder a uma interpretação unitária e sistemática do ordenamento.

Não se nega aqui a complexidade de uma teoria da decisão que albergue, erija e controle os potenciais e limites do consequencialismo, mas também não se fecha os olhos à verdade: as consequências são inerentemente consideradas na construção da decisão judicial. O art. 20 da LINDB, pois, faz predileção pelo enfrentamento das dificuldades na criação de arcabouços decisórios que comportem esse elemento à submissão ao puro arbítrio de seu uso, ainda que inconsciente, como sempre alertaram as correntes utilitárias, realistas e pragmáticas.

Se a consequência é elemento moral e natural intrínseco à decisão judicial, nada mais coerente que se exija sua externalização e procedimentalização como condição para sua própria legitimidade. Essencialmente, esse é o espírito do art. 20 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.665: trazer as consequências e os princípios, naturalmente utilizados na construção da decisão judicial, para o campo do debate processual, submetendo-os ao crivo do devido processo legal e, mais especificamente, ao contraditório, aos ônus, às provas, como padrões de sua racionalização.

Isso é o que consta na exposição de motivos do projeto de lei original, do Senador Antonio Anastasia, bem como nas lições do seu elaborador, Professor Carlos Ari Sundfeld:

Exposição de Motivos 349/2015 (BRASIL, 2015): Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (...) O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle (...).

Prof. Carlos Ari Sundfeld (2017, p. 22-23): Superar essa crítica envolve ter cuidado com decisões tomadas com base em princípios, em valores jurídicos abstratos, que, não obstante, produzem claros efeitos concretos. O fato de o direito positivo prestigiar o uso dos princípios, e prever normas suficientemente abertas, de modo que os intérpretes possam deles se socorrer em determinadas situações, impõe aos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado. Não basta dizer qual é o direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas (art. 20 da Lei de Introdução, na redação do Projeto de Lei).

Assim assentado, há ainda um aspecto problemático subjacente pendente de definição, a natureza jurídica da norma contida no art. 20 da LINDB. A sua categorização não é despicienda, uma vez que as espécies de normas jurídicas incidem axiológica, teleológica e operacionalmente de maneira distintas, razão pela qual a própria aplicação do dispositivo prescinde de seu enquadramento. Malgrado exista uma multiplicidade de posições classificatórias sobre a estrutura da norma jurídica, cabe aqui destacar uma das mais relevantes na contemporaneidade, com algumas adaptações à realidade brasileira: a distinção entre regras e princípios esboçada por Ronald Dworkin, desenvolvida por Robert Alexy e ponderada por Humberto Ávila.

Pela teoria Dworkin-Alexyana, categoricamente falando, porque há distinções entre elas, as normas jurídicas poderiam ser regras ou princípios. Em uma breve síntese, regras são mandados definitivos, aplicáveis com base no “tudo ou nada”, cuja concreção e conflitos se resolvem por mera subsunção; enquanto princípios são mandados de otimização, que devem ser concretizados na medida do possível e, assim, se aplicam *prima facie*, cuja concreção e conflitos se resolvem por meio da ponderação (ALEXY, 2015, p. 91-94).

Por essa lógica, o art. 20 da LINDB ou seria uma regra ou seria um princípio, por serem essas as únicas duas espécies normativas. No entanto, há de se convir, que tal como a razoabilidade e a proporcionalidade, o preceito consequencialista ali inserido possui algumas características que lhes parecem ser exclusivas, a exemplo do fato de reger, não uma conduta fática, mas o modo de proceder do intérprete ao operar as normas. Essa dificuldade é tão clara que por vezes tais diretrizes hermenêuticas são chamadas de regras e por vezes de princípios.

Apontando as limitações de uma teoria dual da norma jurídica para descrever o chamado sobredireito, isto é, aquelas normas que disciplinam a aplicação de outras normas, Humberto Ávila (2005, p. 87-90) assinala que existiria um terceiro tipo de norma, o postulado ou postulado normativo aplicativo. Os postulados seriam “metanormas ou normas de segundo grau”, que estruturam a aplicação de outras e cuja violação reside na não interpretação conforme sua estruturação.

Sob essa luz, o art. 20 da LINDB, como basicamente todas as normas pertencentes a esse mesmo arcabouço, se amoldam perfeitamente ao que foi chamado por Ávila (2005, p. 93) de postulado normativo. Nesse sentido, é verdadeiro “dever estrutural” “que estabelece a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles”, no caso uma fórmula hermenêutica que exige, como se verá à frente, um maior ônus de argumentação quanto menor for a densificação do princípio aplicado e maior for a consequência extrajurídica na realidade deduzida processualmente.

Portanto, buscando o enfrentamento concreto e racional das disposições da legislação, os termos valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão presentes no *caput*, destarte e respectivamente, serão aqui entendidos como princípios e consequências não lógico-jurídico-formais da decisão, bem assim o art. 20 da LINDB visto como postulado hermenêutico.

3 O CONTEÚDO HERMENÊUTICO E PROCESSUAL DO ART. 20 DA LINDB

Como postulado hermenêutico, o art. 20 da LINDB tem como destinatário o intérprete das normas e do ordenamento jurídico, dispondo sobre uma vinculação especial entre os conceitos ali normativados de princípios e consequências extrajurídicas que, por força do dispositivo, necessariamente se entrelaçam na formação da decisão judicial. Assim, qualquer decisão judicial que tenha por base a aplicação de princípios jurídicos deve considerar as consequências práticas da decisão.

O que exsurge, deveras, como questão primordial não é se saber se a exigência de consideração das consequências existe, porquanto inevitável no plano normativo após a inserção do art. 20 da LINDB na ordem legal brasileira, mas sim qual grau e medida de consideração que se deve ter às consequências? As consequências extrajurídicas de uma decisão podem impedir a aplicação de um princípio em prol de outro? Uma consequência gravíssima justificaria a sua não aplicação? Ou, pelo contrário, uma consequência jamais poderia negar a sua incidência no caso concreto por mais grave que seja?

Neil MacCormick (2005, p. 101-102), exatamente trabalhando esse questionamento, identifica polos posicionais opostos, obtemperando-os para defender uma visão intermediária em que as consequências devem ser ponderadas sem a pretensão de uma aceção totalitária e paralisante, nem vazia e nula de sua aplicação:

Essas palavras servem como uma introdução desafiadora à discussão sobre até que ponto as decisões – e não apenas as decisões conforme a lei – podem ser justificadas ou acertadas por suas consequências. Essa é a pergunta deste capítulo. Pode-se conceber duas posições extremas. Em um extremo, a única justificativa possível de uma decisão seria quando aferidas suas consequências, por mais remotas que sejam – ou seja, em termos de sua produtividade do maior benefício líquido, reunindo todas as consequências e julgando-as por algum critério adequado, de benefício e prejuízo. No outro extremo, a natureza e a qualidade da decisão, independentemente de quaisquer de suas consequências, por mais próximas que sejam, seriam por si só consideradas relevantes para sua justificação ou seu acerto. Nenhuma visão extrema é aceitável. A primeira exclui a possibilidade de qualquer justificação racional de qualquer decisão, uma vez que o futuro é incognoscível e cadeias de consequências se estendem ao infinito. Também é frequentemente entendido como sustentando que existe um único critério último de valor (prazer, talvez, ou satisfação de preferências) em termos do qual podemos fazer todos os cálculos de custo-benefício. Na medida em que o consequencialismo inclui esse tipo de raciocínio de valor único, há mais motivos para duvidar dele. A segunda visão, no extremo oposto, ignora duas coisas cruciais. Ignora até que ponto a natureza e a qualidade das decisões e atos são eles próprios constituídos pelas consequências que o decisor pretende, prevê ou espera provocar. Além disso, mais seriamente, ignora até que ponto tanto a prudência quanto a responsabilidade para com os outros exigem que se pense seriamente nos resultados previsíveis de seus atos e decisões antes de finalmente agir ou decidir, tanto mais importante quanto mais importante for o ato ou decisão em Visão. Devemos, portanto, rejeitar ambos os extremos. Devemos manter apenas a visão do meio, de que alguns tipos e algumas gamas de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões (tadução livre).

Assim, tal como sugere MacCormick (2005, p. 101-102), há posicionamentos no sentido da prevalência absoluta, da irrelevância e da força relativa das consequências em face das normas jurídicas. Em verdade, se bem analisado, essas posições poderiam ser decompostas potencialmente não em três, mas em cinco ideias básicas sobre essa relação consequência/normas na composição da decisão judicial.

Preliminarmente, entretanto, é fundamental a compreensão da natureza das consequências no sistema jurídico. Elas, em si, não são normas jurídicas, logo não regem condutas. Regra e princípios é que o fazem. Assim, quando se afirma que uma consequência aprioristicamente prevalece sobre uma norma jurídica não se pode querer dizer que o faz para substituí-la na resolução de um caso, mas para que essa ceda a aplicação de outra. Funcionalmente, pois, o consequencialismo é uma diretriz hermenêutica (postulado) aplicável quando da direta incidência dos princípios (ou normas abstratas) a um caso, não uma norma jurídica regente de um comportamento (regras ou princípios).

Em suma, as consequências devem ser tomadas como critério de decisão entre outras normas, pelo que suas posições classificatórias variam conforme a gradação de força para derrotar uma norma. Em um espectro consequencialistas, pode-se ter:

(i) Consequencialismo puro: a posição que atribui às consequências extrajurídicas a preferência absoluta sobre às normas jurídicas, o que implicaria na preponderância completa e total do consequencialismo que, sempre ou quando minimamente relevantes, derrotaria uma norma contrária em favor de outra menos consequencial;

(ii) Consequencialismo forte: a posição que atribui às consequências uma preferência relativa sobre às normas jurídicas, o que criaria para o intérprete um ônus forte de argumentar concretamente para afastar as consequências extrajurídicas potencialmente criadas pela decisão conforme à norma jurídica que intente aplicar;

(iii) Consequencialismo ponderado: a posição que não estabelece, *a priori* e em abstrato, qualquer grau de hierarquia entre consequências extrajurídicas e normas jurídicas, devendo o intérprete sempre ponderar em concreto quando uma consequência afasta uma norma e quando uma norma afasta uma consequência, desde que o faça motivadamente em prol de uma norma;

(iv) Consequencialismo fraco: a posição que atribui às normas jurídicas preferência relativa sobre as consequências, o que criaria para o intérprete um ônus de argumentar para afastar concretamente à norma jurídica conforme as consequências extrajurídicas potencialmente criadas pela decisão;

(v) Não-consequencialista: a posição que atribui às normas jurídicas preferência absoluta sobre as consequências, de modo que elas seriam irrelevantes na confecção da decisão judicial.

Qual posição teria sido adotada no direito brasileiro com as novas disposições da LINDB?

No nosso ordenamento, e mesmo em qualquer Estado Constitucional, em face da dignidade da pessoa humana que confere proteção qualificada relevante aos direitos individuais e coletivos como direitos fundamentais, o consequencialismo puro não poderia vigorar exatamente porque desconsidera completamente os meios em prol dos fins. Embora de difícil determinação, a dignidade e os direitos fundamentais em geral proíbem uma completa instrumentalização do indivíduo ou da coletividade para o atingimento de determinadas finalidades (SARMENTO, 2016, p. 76-77), o que obsta um predomínio absoluto do utilitário sobre o deontico, afastando a vertente mais radical do consequencialismo.

Do outro lado, com a entrada em vigor do art. 20 da LINDB, não há de se cogitar pela outra opção extrema na vertente não-consequencialista, como era constantemente realizado por inúmeras decisões antes de sua vigência quando simplesmente rejeitavam sem qualquer ônus argumentativo eventuais alegações consequencialistas trazidas pelas partes, e mesmo atualmente quando alguns que apregoam que as consequências práticas se reduziriam às lógico-formais como visto e rebatido alhures.

Fundamentalmente, e já indo adiante, a redação do art. 20 da LINDB não expressa predileção pelos valores jurídicos abstratos e nem pelas consequências práticas como critério decisório prevalente, razão pela qual não acolhe o consequencialismo forte ou fraco, mas a posição intermediária, coincidentemente defendida por MacCormick como ideal, que não prioriza ou escalone abstratamente os princípios (ou normas abstratas) e as consequências extrajurídicas, colocando-os em igualdade para uma definição concreta de sua prevalência no conflito normativo.

Sai-se, com o preceito consequencialista da LINDB, de um sistema não-consequencialista ou de um consequencialismo fraco implícito, como asseveram algumas críticas formuladas às decisões que levavam em consideração certos aspectos consequencialistas na jurisprudência pátria antes da vigência do dispositivo, para um consequencialismo ponderado.

Essa adesão do nosso sistema ao consequencialismo ponderado está em completa consonância com o nosso estágio atual de constitucionalismo, o qual, apesar de não isento das mais diversas críticas (FERRAJOLI, 2011, p. 15-53), aponta para um viés principialista e discursivo (FIGUEROA, 2012, p. 511-536). Nesse modelo, os princípios

ganham grande relevância na teoria da decisão e, por estarem constantemente em rota de colisão, são sopesados casuisticamente para determinar a prevalência entre eles ou deslindar critérios interpretativos que permitam uma solução ótima sem abdicar de qualquer deles, o que parece fornecer um padrão adequado para à internalização e racionalização das consequências na decisão judicial.

As consequências, se compreendidas nessa diretriz, poderiam ser equalizadas e internalizadas na mesma lógica ponderativa aplicada aos princípios, até mesmo por possuírem dentro de um consequencialismo ponderado, na esteira da proposta de Alexy (2015, p. 91-94) para as normas de caráter principiológico, um caráter *prima facie*, permitindo, por excelência, superação e derrotabilidade. Nesses moldes, a colisão de princípios, como na formulação do art. 20 da LINDB, poderia ser resolvida por uma ponderação/sopesamento qualificado pelo aspecto consequencialista.

Por essa perspectiva, são inegáveis as confluências entre o preceito hermenêutico de ponderação consequencialista esculpido no art. 20 da LINDB e o postulado da proporcionalidade, já que ambos são métodos hermenêuticos de superação de colisões entre mandamentos de otimização, com aplicação *prima facie*, inclusive se podendo afirmar conaturais, podendo se deduzir que as balizas desse serviriam perfeitamente para aqueles. Isto é, essencialmente, suas distinções repousariam tão somente na utilização para a ponderação princípio/princípio ou princípio/consequência/princípio.

Na prática, pode-se aduzir que o consequencialismo ponderado previsto na LINDB implica na constituição de um ônus argumentativo adicional ao intérprete quando se deprende com uma alegação de natureza consequencial em face da aplicação de um princípio jurídico, constituindo-se num dever específico de motivar que deve ser analisado conjuntamente com os demais deveres específicos (art. 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil) e o dever geral de motivação (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988).

O aplicador do direito, por seu conteúdo, teria o dever de motivar sua decisão para afastar, num conflito entre princípios, ou um princípio ante a consequência ou a consequência ante um princípio, sendo-lhe vedado, nessa circunstância: (a) não ponderar as consequências no conflito entre princípios, podendo, ao contrário, construir uma solução em otimalidade que leve em consideração todas as normas incidentes e suas

consequências, sem abdicar de qualquer delas; (b) superar qualquer deles com motivações genéricas, inadequadas ou não suficientemente densas para possibilitar seu afastamento.

É que o art. 20 da LINDB não cria apenas uma correlação entre princípios e consequências que enseja uma simples opção, com a externalização respectiva de suas razões de preferência (motivação estática), mas verdadeira fórmula equacional que imputa um ônus variável de argumentação diretamente proporcional à abstração dos princípios utilizados e a severidade das consequências deduzidas e comprovadas (motivação dinâmica).

Perceba-se, em outras palavras, que o artigo não alude simplesmente a valores e consequências, porém sim a valores abstratos e consequências práticas, contrapondo os substantivos e os adjetivos para induzir, até por lógica, ao aumento ou diminuição do ônus argumentativo conforme o aumento ou diminuição da abstração do princípio e do grau de consequência. Outrossim, em seu parágrafo único, reforça essa concepção quando aduz que o julgador deve demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Assim, a fundamentação decisória não se reduz a apontar os motivos pelos quais a opção é realizada, devendo mais profundamente argumentar ponderando os princípios e as consequências, em razões de ordem pragmática e de ordem teórica, quanto menos denso ou mais abstrato for o princípio e quanto maior as consequências práticas da decisão. Ou seja, maior o ônus argumentativo quanto maior a abstração jurídica e maior o impacto consequencial, de modo que a ideia do art. 20 da LINDB pode ser traduzida na fórmula:

Figura 1: Fórmula Hermenêutica do Art. 20 da LINDB

$$Arg = \pm F(Abs) \times \pm F(Con)$$

Arg = Ônus Argumentativo
 $F(Abs)$ = Abstração do Princípio
 $F(Con)$ = Impacto Consequencial Extrajurídico

A fórmula, em síntese, descreve a logicidade do conteúdo hermenêutico do art. 20 da LINDB, ao demonstrar que o ônus argumentativo na ponderação entre princípios conforme consequências é progressivamente, e até geometricamente, maior quanto maior for a abstração do princípio e maior for o impacto consequencial da decisão na realidade. Os dois elementos precisam ser evidentemente densificados na argumentação, ou seja, é preciso aferi-los, selecioná-los, projetá-los e desenvolvê-los, racional e motivadamente, em um processo dialético que decorre do art. 20, mas também dos arts. 21 e 22 da LINDB.

Dessa forma, à guisa de conclusão, os dispositivos consequencialistas da LINDB estabelecem: (a) uma relação entre princípios (ou normas abstratas) e consequências extrajurídicas; (b) a consequência, ao superar dado princípio, não o substitui, mas apenas cede lugar a aplicação de outra norma jurídica; (c) esse elo princípio/consequência é moldado por uma concepção consequencialista ponderada, que não determina *a priori* escalonamento entre princípios e consequências, podendo essas afastarem aqueles e aqueles afastarem essas, ou mesmo conjugadamente levarem a uma construção ótima da norma concreta, sem se abdicar de quaisquer deles, em uma lógica ponderativa; (d) essa superação, além de ter de considerar todos os aspectos normativos e consequenciais, impõe um ônus argumentativo que é tanto maior quanto maior for a abstração do princípio e o impacto consequencial decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consequencialismo, visto como a incorporação de um juízo consequencial na hermenêutica e na teoria da decisão, embora apenas recentemente positivado no art. 20 e seguintes da LINDB, como há muito reconhecem os movimentos utilitaristas, realistas e pragmáticos, é um elemento indissociável da decisão judicial, seja porquanto um juízo moral que deve ser considerado nas razões decisórias (utilitarismo), seja em virtude de ser um juízo natural e, assim, internamente constitutivo da criação do direito pelo juiz (realismo e pragmatismo).

Por assim ser, a sua normatização na LINDB revela, não uma inovação no sistema jurídico-hermenêutico, mas sim, e tão somente, a exigência de externalização e procedimentalização adequada de um elemento decisório imanentemente utilizado, exatamente para que não se submeta a uma utilização arbitrária quando da confecção da decisão judicial, conferindo-se maior legitimidade e controlabilidade ao seu conteúdo.

Nessas premissas, o entendimento dessa procedimentalização passa pela captação da essência do dispositivo em suas expressões linguísticas e finalísticas. Desse modo, os enunciados “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão” contidas no art. 20 da LINDB devem ser, a despeito de sua imprecisão, interpretados como princípios (ou normas abstratas) e consequências não lógico-jurídico-formais da decisão; enquanto a norma ali contida, a partir da categorização de Ávila, vista como postulado hermenêutico, dado que rege procedimentalmente a aplicação de outras normas (metanorma).

Traçado o panorama base, a partir da classificação consequencialista de Neil MacCormick, foi possível identificar que o sistema jurídico brasileiro tende a adotar o consequencialismo ponderado, através do qual não se prioriza ou se escalona abstratamente os princípios e as consequências extrajurídicas, colocando-os em igualdade para uma definição concreta de sua prevalência, desde que sempre em favor da aplicação de uma norma jurídica. É que a consequências não substituem as normas, pois não regem condutas, regras e princípios é que o fazem.

Assim, as consequências devem ser encaradas como um parâmetro de escolha (critério de decisão) entre outras normas, não como regentes de conduta em si, razão pela qual elas parametrizam e distribuem o ônus argumentativo num conflito entre princípios (ou normas abstratas), com vistas a que, concretamente, haja a prevalência de uma norma em face de outra. Integram-se, dessa forma, a própria lógica ponderativa, a qual passa a internalizar o sopesamento de consequências como condição à eleição da norma aplicável.

Processualmente, pois, o consequencialismo ponderado previsto na LINDB gera um ônus argumentativo adicional ao intérprete quando se depara com uma alegação de natureza consequencial em face da aplicação de um princípio jurídico, constituindo-se, por isso, num dever específico de motivar consequencialmente a escolha de uma norma principiológica em detrimento de outra. Essa análise deve se dar conjuntamente com os demais deveres específicos de motivação (art. 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil), visando integrar e significar o dever geral de motivação previsto constitucionalmente (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Esse enunciado ponderativo oriundo do art. 20 da LINDB, entretanto, não se reduz a uma ordenação genérica e livre dos fundamentos decisórios entre normas e consequências, mas impõe, pela própria fórmula de sua construção, um maior ônus

argumentativo quanto maior a abstração jurídica e maior o impacto consequencial da decisão, de modo que a ideia do dispositivo pode ser traduzida na seguinte equação: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, em que Arg seria o ônus argumentativo que aumenta exponencialmente pelo aumento da abstração do princípio ($F(Abs)$) e pelo aumento do impacto consequencial ($F(Con)$).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 349/2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4407647&ts=1630433024558&diposition=inline>. Acesso em 15/03/2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **Doxa: cuadernos de filosofia del derecho**. n. 34, p. 15-53, 2011.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: RIBEIRO, Eduardo (Coord). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista Direito e Justiça**, v. 31, n. 2, p. 155-190, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, junho 2016.

SANTOS, Maíke Wile. **Levando as consequências a sério**: direito, racionalidade e consequencialismo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 131 p., 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020.

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: A SIMPLICIDADE E A INFORMALIDADE PARA EFETIVAR A CELERIDADE PROCESSUAL

Recebido em: 05/08/2019

Aceito em: 29/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-7640



Willian Mendes Vieira ¹
Raynan Henrique Silva Trentim ²

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar como o Juizado Especial Cível vem efetivando a celeridade processual, por meio dos princípios norteadores da Lei n° 9.099 de 1995. O que se justifica pelo disposto no art. 2° da lei específica, in verbis: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”, com ênfase no princípio da informalidade e simplicidade corolário dos Juizados, buscou reduzir o maior número de atos processuais, retirando as formalidades exacerbadas e a excessiva burocracia nas ações, fazendo com que os litígios só locionam-se, rapidamente, sem comprometer o resultado útil da demanda. Igualmente, a intenção do legislador ao escrever a Lei que rege os Juizados Especiais, foi tutelar os direitos dos cidadãos que possuem causas de menor complexidade e valor econômico, buscando a pacificação social através de uma prestação jurisdicional célere e informal. Ademais, vislumbra-se que o acesso à Justiça é um direito fundamental, que efetiva os direitos sociais do ser humano, e em nenhuma hipótese poderá ser afastado. Neste norte, a Lei n°9099, trouxe uma nova imagem do que se tinha como uma Justiça morosa, burocrática e cara, aproximou o jurisdicionado a tutela do Estado, amenizado o fenômeno conhecido como litigiosidade contida, passando então a processar e julgar demandas que eram reprimidas, sendo ocasionado, muitas vezes por uma hipossuficiência econômica, cultural ou social do cidadão. Ressalte-se que, os Juizados demonstram-se como elemento de inclusão e menor nivelamento social, trazendo uma maior acessibilidade e segurança jurídica na resolução dos litígios muitas vezes surgidos no dia-a-dia.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Juizado Especial; Efetivação; Celeridade Processual.

SPECIAL CIVIL COURTS: THE SIMPLICITY AND INFORMALITY FOR EFFECTING PROCESS CELERITY

ABSTRACT: The present work seeks to demonstrate how the Special Civil Court has been enforcing the procedural speed, through the guiding principles of Law no. 9.099 of 1995. What is justified by the provisions of art. 2° of the specific law, paraphrasing, the process will be guided by the criteria of orality, simplicity, informality, procedural economy and celerity, seeking, whenever possible, conciliation or transaction, with an

¹ Graduando do curso de Direito na UNIPAR.

E-mail: willian.pagina@gmail.com

² Pós-Graduando em Direito Educacional pela Faculdade Dom Alberto; Graduado em História pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Graduado do curso de Direito na UNIPAR, aprovado na OAB. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC da UNIPAR/CNPq.

E-mail: raynantrentim@hotmail.com

emphasis on the principle of informality and simplicity imperatives of the Courts, sought to reduce the greater number of procedural acts, removing the exacerbated formalities and excessive bureaucracy in the actions, causing litigation to be resolved quickly without compromising the useful result of the lawsuit. Moreover, the intention of the legislator in writing the Law that governs the Special Courts was to protect the rights of citizens who have causes of less complexity and economic value, seeking social pacification through a quick and informal judicial provision. In addition, it is known that access to justice is a fundamental right, that effective the social rights of the human being, and in no way can be removed. In the north, Law no. 9099 brought a new image of what it had as a morose, bureaucratic and expensive Justice, approached the jurisdiction to guard the State, mitigated the phenomenon known as litigiosity contained, then proceeding to sue and adjudicate demands that were repressed, and was occasioned, often by an economic, cultural or social miserability of the citizen. It should be emphasized that, the Courts demonstrate themselves as an element of inclusion and less social leveling, bringing greater accessibility and legal security in the resolution of disputes that often arise in everyday life.

KEYWORDS: Principles; Special Court; Effectiveness; Procedural Celerity.

INTRODUÇÃO

Juizados Especiais Cíveis foram criados com o advento da Lei nº9099 do ano de 1995, tem como principal finalidade tutelar os direitos da população que possuem causas de menor complexidade e valor econômico, busca sempre uma Justiça mais célere, sem comprometer a efetividade do direito material.

Buscando essa celeridade processual os Juizados Especiais Cíveis são norteados por vários princípios que estão dispostos no artigo 2º da referida Lei, sendo eles oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Visando alcançar um amplo acesso ao Poder Judiciário, dispõe o artigo 54 da referida Lei. “O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”. Desta forma, não haverá nenhum custo procedimental ao Jurisdicionado.

O princípio da Informalidade prevê que há uma redução nos atos processuais, uma desburocratização equiparada ao formalismo disposto no Código de Processo Cível, sendo assim, sempre que os atos processuais alcançarem suas finalidades serão considerados válidos.

Os Juizados Especiais, muitas vezes possuem portarias próprias que se adequam às realidades regionais, também em atenção ao princípio da simplicidade, agregado aos Juizados, será sempre realizado uma tramitação mais “simplista”.

Destaca-se o protocolamento das ações, as movimentações processuais realizadas as partes que não possuem procuradores constituídos nos autos, cumprimento de sentença e extinção dos autos.

Igualmente, os Juizados Especiais Cíveis mostram um grande recurso para a resolução de causas de menor complexidade. Por meio dos princípios norteadores, retirou a excessiva burocracia, trazendo maior celeridade ao processo sem comprometer o resultado da demanda.

1 GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Sabe-se que, as desigualdades socioeconômicas no Brasil se constituem em uma das mais elevadas entre os países do terceiro mundo, motivos esses que afastam o Jurisdicionado do poder Estatal.

A Justiça foi se distanciando cada vez mais dos detentores de interesses de conflito, assim, o acesso às vias judiciais tornou-se apenas formal não conseguindo dar um amplo acesso as camadas menos favorecidas.

Como consequência das dificuldades de acesso às vias judiciais surge o fenômeno que Watanabe (1985, p.01) denominou “litigiosidade contida”, referindo-se aos conflitos de interesses que ficam sem qualquer solução, não chegando sequer ao conhecimento do Judiciário. Fenômeno que traz, evidentemente, grandes riscos à tranquilidade e paz sociais.

Para reverter tal situação foi imprescindível a atuação do Estado, com a finalidade de cessar os obstáculos existentes pelos cidadãos, no que se refere a defesa de seus direitos

O julgador do século XXI nortear sua atuação pautada nos direitos fundamentais, devendo levar em conta a singularidade das informações trazidas ao judiciário e analisar de forma humana para aplicar a norma de forma ética, somente assim se efetiva os ditames da justiça.

Nesse contexto o julgador está cada dia mais ativo para resolver os problemas sociais existentes. Tendo grandes desafios na modernidade devido ao avanço tecnológico que tem trazido mais informações a todos sobre seus direitos, acarretando um número crescente de ações.

No mundo atual o meio eletrônico faz parte da vida diária das pessoas sendo seu uso indispensável para realização de tarefas simples, como por exemplo, manter contato

com as pessoas, efetuar transações bancárias, compras, etc. Sendo assim, com o processo não poderia ser diferente (ARNOUD, 2014).

O direito processual não está estático nesse processo de evolução tecnológica com a difusão de direitos pós-segunda guerra, houve uma grande discussão de adequação das necessidades do processo para efetivar a tutela jurisdicional buscada através do direito material.

Em meio a este novo contexto jurídico-social intensifica-se a chamada à jurisdição, partindo da positivação de novos direitos e do surgimento de novos ambientessócio-técnico-científicos, o que gera a necessidade de construção de um novo locus jurídico-processual (HOFFMAM, 2014, p. 192). A figura passiva, distante e solitária do magistrado preso na constelação de processos foi substituída pela figura do julgador comprometido em converter as garantias e prerrogativas constitucionais em soluções materiais e eficazes (ARAÚJO, 2016, p. 43).

É importante salientar que os influxos neo-tecnológicos nesse cenário são também geradores de novos espaços para o direito habitar. Sendo criadores de novos espaços de convívio social, a partir das novas tecnologias da informação e comunicação, são fomentadores de uma reviravolta nos estudos genéticos, necessitando-se de um novo paradigma ético-moral, entre outras modificações. São estas mudanças que vem ainda mais desassossegar o Direito e, nesse passo, o processo civil, ainda baseado na ordinaryness, num lugar de conforto sedimentado pela modernidade (HOFFMAM, 2014, p. 187).

As novas tecnologias nos trouxeram mais informações, o direito contemporâneo deve-se utilizar desses novos recursos para aprimorar o direito material e processual tendo por base o bem estar social e pessoal de cada pessoa presente no território.

A ciência jurídica atravessa um período de intensas transformações. Nunca foi tão óbvia no decorrer da História a necessidade de conciliar o direito com as necessidades básicas de proteção do ser humano. O direito existe como realidade cultural e reflete os valores que permeiam as relações interpessoais. O sistema jurídico tem a missão de formar uma teia de proteção e equilíbrio social (ARAÚJO, 2016, p. 39).

Araújo (2016, p. 43) diz que a atividade jurisdicional passa por transformações, em vista da necessidade do juiz de participar ativamente nos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. A crise do legalismo em sua insuficiência de positivar e o seu

descumprimento com os valores informam a sociedade plural exigindo um redimensionamento do papel do julgador.

Aliado a este sem número de modificações no ser-estar-agir em sociedade, une-se uma estrondosa revolução tecnológica que ganha corpo volumoso, notadamente a partir da pós-segunda guerra. Ali ano após ano, década após década, origina-se e aperfeiçoa-se um novo aparato tecnológico. Tal situação ganha uma nova dimensão a partir das últimas décadas (HOFFMAM, 2014, p. 194).

O Estado vendo a necessidade de assegurar os direitos básicos da população, assumiu o encargo não só de definir e declarar os direitos, como também, e principalmente, garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. Nesse contexto:

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos (CAPPELLETTI, 1994, p. 11).

Destaca-se que, o acesso à Justiça, é assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º, inc. XXXV (BRASIL, 1988), que tem como finalidade garantir que todos aqueles que necessitem do amparo do Poder Judiciário possam ter acesso ao mesmo sem qualquer restrição ou barreira, seja econômica ou política.

Portanto, é dever do Estado dar um amplo acesso à justiça e um tratamento igualitário a todos, sem distinção, garantindo sempre uma duração razoável do processo, uma vez que, segundo (BACELLAR, 2003, p. 31). “renunciar aos direitos é renunciar à qualidade de cidadão”, ocasionando assim que todas as populações se submetam a sua Jurisdição.

2 CRIAÇÃO DOS JUIZADOS DE PEQUENAS CAUSAS PELA LEI Nº 7244/84

A constante transformação social nos últimos séculos, atrelada aos grandes centros urbanos, traz como consequência natural os conflitos de interesses e diversas lides, não havendo uma solução no litígio, muitas vezes os jurisdicionados não possuem condições para chegar ao Poder Judiciário, por questões de ordem social, econômica e psicológica.

Visando alcançar um amplo acesso à Justiça de forma igualitária a toda a população, em 07 de novembro de 1984, foram instituídos os Juizados de Pequenas Causas, com o advento da Lei nº 7.244, sendo criados com a principal finalidade de solucionar litígios de menor complexidade, causas muitas vezes corriqueiras. Pode-se representar a finalidade do Juizado de Pequenas Causas com o intuito de:

[...] apresentar ao cenário jurídico brasileiro uma modalidade de procedimento que simplificasse e acelerasse a prestação jurisdicional, visando humanizar a Justiça. O Juizado de Pequenas Causas veio desmistificar o conceito que se tinha de Justiça, como sendo cara, morosa e complicada, tendente a afastar a massa popular da solução de seus conflitos (PINTO, 2015).

Assim, a partir da necessidade de ampliar o acesso à Justiça da população, os Juizados de Pequenas Causas tinham como público-alvo o cidadão comum, que deixava de recorrer à Justiça para a solução dos conflitos do dia-a-dia, a qual previa como princípios norteadores em seu artigo 2, “a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”. (BRASIL, 1984).

O Juizado de Pequenas Causas veio desvendar a “visão” do se tinha de Justiça, como sendo cara, morosa e complicada. Sendo assim, aproximou da Justiça o cidadão de baixa renda e as causas que até então estavam excluídas do poder Judiciário.

Não obstante, é forçoso reconhecer que o processo, como instituto dinâmico, desenvolve suas fases e seus respectivos atos ao longo do tempo, não se perfazendo de modo instantâneo. Todavia, à medida que a dinâmica processual vai se estendendo demasiadamente, protraindo-se por longo período, o tempo se mostra a revelar a falibilidade do processo como instrumento de pacificação dos conflitos e efetividade da Constituição (PRADO, 2010, p. 11).

Com a finalidade de não causar uma morosidade e, possíveis prejuízos, acerca dos processos que tramitavam perante Juizados de Pequenas Causas, possuía uma limitação quanto às causas, bem como o seu valor limite, conforme descrito no artigo. 3º, *in verbis*:

Art. 3º - Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto:

I- a condenação em dinheiro;

II - a condenação à entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo;

III - a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

§ 1º - Esta Lei não se aplica às causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, nem às relativas a acidentes do trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 2º - A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação (BRASIL, 1984).

Neste sentido, nota-se que o valor econômico das causas que tramitavam perante os Juizados de Pequenas Causas, não excedente a 20(vinte) salários mínimos, era um dos principais aspectos para proporcionar uma justiça mais célere.

Ressalta-se que, o surgimento dos Juizados de Pequenas Causas, foi inspirado nas *Small Claim Courts*, constituídos nos Estados Unidos no ano de 1934, abrangendo causas de menor valor, cujo valor não excedente a 50 dólares.

Nas palavras de Carneiro, a Lei nº 7.244/1984 tinha como escopo, notadamente:

(a) descentralizar a justiça para que ficasse mais próxima menos misteriosa e desconhecida da população em geral, favorecendo, especialmente, o acesso das classes menos favorecidas;

(b) privilegiar a conciliação extrajudicial como meio de pacificação e de resolução de conflitos;

(c) ser o palco para a resolução de causas de pequena monta, que praticamente não eram levadas à justiça tradicional, de sorte a garantirem todos os níveis o exercício pleno da cidadania e, ainda, evitar a criação de justiças paralelas e não oficiais;

(d) incentivar a participação popular na administração da justiça, através da contribuição de pessoas do próprio bairro, nas resoluções dos conflitos;

(e) servir de referência de polo, onde as pessoas do povo pudessem ter informações sobre os seus direitos em geral, e como fazer para torná-los efetivos;

(f) ser gratuita e rápida, desburocratizada, informal, equânime e efetiva;

(g) desafogar a justiça tradicional (CARNERO, 2000, p. 01).

Assim, o projeto dos Juizados de Pequenas Causas é um caminho para a modernidade, o início da construção da justiça do terceiro milênio, que permite o acesso ao direito e à justiça.

3 CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PELA LEI N. 9099/95

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 98, inciso I atribuiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para a criação, funcionamento e processamento dos Juizados Especiais Cíveis.

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal, prevê:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]
§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, ensina Soares (1996, p. 23):

Eis que surge uma nova Constituição Federal de 1988, trazendo no seu bojo inúmeros avanços de indiscutível alcance social. Por ela, a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, como permite o inciso I do art. 98, ficaram autorizados a criar os seus Juizados Especiais. Tal preceito representou mais uma tentativa do constituinte brasileiro de oferecer ao cidadão, em especial ao mais pobre, meios de acesso à Justiça com a necessária simplicidade, celeridade, brevidade e, acima de tudo, com a economia de gastos, este dispêndio que impregna a Justiça brasileira.

A Lei nº 9099/95 veio aperfeiçoar o sistema já interposto pela Lei dos Juizados de Pequenas Causas, revogou expressamente a Lei nº 7244/84, trouxe um novo sistema processual, regidos por lei e procedimentos próprios, oferecendo a possibilidade de o legislador estadual poder aperfeiçoar-lhe o conteúdo, ampliando sua aplicação e, devendo criar uma estrutura adequada para seu funcionamento, ajustando-a à realidade regional.

Frisa-se que, com a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais a Lei dos Juizados é subsidiada em casos omissos pelo Código de Processo Cível conforme disposto na Lei nº 13.105 de 2015, artigo. 1.046, § 2º, veja-se:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
[...]
§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código. (BRASIL, 2015).

Destarte, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a aplicação do mencionado diploma nos processos que tramitam perante a Lei nº 9.099/1995, tanto de forma direta ou de forma supletiva, passou a contar com a expressa disposição legal,

sendo assim, há a possibilidade e também a aplicação supletiva da legislação Processual Cível às lacunas e obscuridades na norma dos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, os Juizados Especiais Cíveis visaram a necessidade de adequação do processo as causas de menor complexidade e valor econômico. O que justifica pelo disposto no artigo. 3º da lei específica, *in verbis*: ”

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
III - a ação de despejo para uso próprio;
IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. [...]. (BRASIL, 1995).

Com a edição da Lei nº 9099/95, o processo abriu mão de uma forma mais rigorosa como o disposto no Código de Processo Cível, para uma forma mais “informal e simplista”, assegurando sempre a segurança Jurídica.

Abordando o assunto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 291), disciplinam:

Imagine-se utilizar o processo tradicional para a cobrança de uma dívida de R\$ 100,00 (cem reais). Ninguém em sã consciência proporá uma demanda cível de conhecimento para atender a esta pretensão condenatória, haja vista o custo do processo, a demora natural da solução do litígio - que poderia retirar completamente a vantagem pleiteada - e tantos outros obstáculos que comprometeriam a utilidade da tutela jurisdicional no caso concreto.

Portanto, o Juizado Especial tem como principal enfoque proporcionar a democratização da Justiça, pugnando à litigiosidade contida, permitindo que as causas de menor complexidade e valor econômico, antes nunca chegado ao judiciário, pudessem ser apreciadas.

4 CRITÉRIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os critérios norteadores dispostos no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95, são de imprescindível observância, convergem a viabilização do amplo acesso ao Judiciário, trazendo uma Justiça menos burocrática.

Assim, além do respeito aos princípios gerais do processo, alguns de caráter constitucional (juiz natural, contraditório, ampla defesa, igualdade entre as partes etc.), de aplicação obrigatória em todas as ações cíveis, impõe a Lei que todos que atuam no

âmbito dos Juizados Especiais Cíveis se utilizem no caso concreto dos critérios norteadores.

Ensinam Marinoni e Arenhart sobre o tema:

O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 72).

Neste sentido, observa-se que as normas tradicionais, burocráticas e “engessadas” na condução do processo, devem sempre ser afastadas, cedendo lugar aos princípios que regem o procedimento especial nos Juizados.

Ressalta-se que, os serventuários da Justiça que atuam perante os Juizados Especiais, devem sempre procurar soluções processuais inovadoras, visto que o serviço Jurisdicional que prestam devem ter resultados imediatos, estando expressamente vedados, atos processuais que impedem ou retardam a prestação Jurisdicional.

4.1 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade refere-se à adoção da forma oral no tratamento da causa, ou seja, a afirmação de que as declarações perante os juízes possuem mais eficácia quando formuladas verbalmente, sem que se exclua por completo, evidentemente, a utilização da escrita, imprescindível na documentação de todo o processo. Ademais, o princípio da oralidade promove uma maior imediatidade, auxiliando em uma resolução mais rápida da lide. Sempre que possível deve haver uma concentração dos atos processuais, por exemplo, a discussão da causa em audiência, auxiliando a redução dos atos processuais. Dispõe o artigo 13, § 3º, da Lei nº 9099/95:

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei. [...]

§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão. (BRASIL, 1995).

Conforme análise do artigo *retro*, só merecerão ser reduzidos a termo os atos essenciais para a tramitação processual. Frisa-se que, é possível a postulação de um pedido oral perante as Secretarias dos Juizados Especiais Cíveis, também a defesa oral

deverá ser feita na audiência de Conciliação ou Instrução e Julgamento. Assim, Ensinam Joel Dias Figueira Junior e Fernando da Costa Tourinho Neto.

O princípio da oralidade traz em seu bojo outros princípios complementares representados pelos princípios da concentração, imediação, identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões. Esses princípios representam "um todo incindível", no sentido de que atuação de qualquer um deles é necessária, a fim de que se torne possível realizar um processo oral (FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2002, p. 93).

Ressalta-se que, da obediência ao princípio mencionado seguem-se outros princípios complementares dele desmembrados como os princípios da concentração, do imediatismo, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões.

Portanto, o princípio da oralidade é de suma importância para os Juizados Especiais Cíveis, sendo assim frisou uma maior importância aos atos praticados pela via oral, sobressaindo sobre a forma escrita.

4.2 Princípio da simplicidade

O princípio da simplicidade, significa dizer que o processo é "simples", como a própria terminologia prevê, em via de regra, a simplicidade está ligada a uma ação de cunho menos complexo em comparação à Justiça Ordinária, para que se possa facilitar o entendimento das partes.

Pretende diminuir tanto que possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo, sem que prejudique o resultado da prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais em um todo harmônico.

Assim, segundo Rossato (2012, p. 19), "A simplicidade é marca dos Juizados Especiais, o que desonera o procedimento da complexidade própria do procedimento ordinário."

O artigo 13, da Lei n.º 9.099/1995 prevê: "Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei" (BRASIL, 1995).

Assim, independentemente do modo em que for realizado, desde que idôneos, e que alcancem a sua finalidade serão considerados válidos.

Outrossim, os Juizados não possuem estrutura para a produção de provas consideradas complexas, como por exemplo prova pericial, mas é permitido trazer ao

processo, desde que informais provas técnicas produzidas pelas partes, conforme disposto no artigo 35 da Lei n° 9099/95:

Art. 35 Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.
Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado (BRASIL, 1995).

Desta forma, observa-se que a prova pericial, conforme dispõe o Código de Processo Civil, é complexa por si só, sendo assim, respeitando os princípios que norteiam os Juizados Especiais Cíveis, não serão admitidas a fim de que seja cumprido a sua finalidade social.

Preleciona Reinaldo Filho sobre o tema:

A simplicidade procedimental, elevada à categoria de princípio informativo do processo especial, está ligada à noção da rapidez na solução dos conflitos, depende de que o processo seja simples no seu tramitar, despido de exigências nos seus atos e termos, com a supressão de quaisquer fórmulas obsoletas, complicadas ou inúteis. A simplificação dos atos e termos é, realmente, uma constante em todo o processo especial (REINALDO FILHO, 1996, p. 37).

Conclui-se que, o princípio da simplicidade busca facilitar o cumprimento da Lei, com soluções rápidas e eficazes, sem comprometer a segurança Jurídica, colaborando ainda com o Princípio da Celeridade.

4.3 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade, tem decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, hoje reinante no Processo Cível, nasceu da necessidade de desburocratizar os atos existentes, revela a desnecessidade da adoção no processo sacramentais, do rigorismo formal do processo.

Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a Lei, em respeito ao princípio mencionado, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática dos atos solenes estéreis e sem sentidos sobre o objeto maior da realização da justiça.

Neste sentido, serão admitidos todos os meios, desde que idôneos, mesmo que informais, conforme disposto no artigo 19 da referida Lei: “As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação”, um

ótimo exemplo prático a ser tratado são as intimações realizadas através de ligações telefônicas, tendo a mesma eficácia condida pelos meios tradicionais.

Sem dúvida, o Juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para a prática de determinados atos processuais. Não se trata, portanto, de excluir atos processuais, mas sim na possibilidade de praticá-los de forma livre, de modo plausível, desde que sejam aptos a atingir sua finalidade.

Frise-se, ainda, que, além do princípio da informalidade trazer uma maior agilidade processual, também reduz consideravelmente os custos procedimentais, por fim ajuda a afastar o ambiente formal e aproximar a justiça do cidadão.

4.4 Princípio da economia processual

O princípio mencionado, visa a obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais. Aliado aos princípios da informalidade e simplicidade, o princípio da economia processual impõe ao julgador seja extremamente pragmático na condução do processo. Tem como sua finalidade atingir a melhor solução no procedimento e, utilizando o menor empenho possível da máquina judiciária

Leciona Avena (2017, p. 500):

Trata-se de princípio que se traduz pela máxima maior número de atos processuais no menor tempo possível. É necessário, por óbvio, que não sejam atropelados termos legalmente previstos ou violadas, de qualquer modo, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Explica Canabarro (1997, p. 116), sobre o assunto:

O princípio da economia dos atos processuais consiste na preterição de atos ou formalidades que se tornaram desnecessárias, no curso do processo, em proveito da celeridade da marcha processual. Ocorre, por exemplo, quando o juiz, suprimindo alguma nulidade ou corrigindo certa irregularidade, aproveita os atos anteriormente praticados, aos quais o vício não contaminou.

O princípio da economia processual abrange não apenas os custos procedimentais, mas também o mínimo dos atos processuais, traz um barateamento da ação para os litigantes, tornando-se simples e de fácil acesso os Juizados Especiais Cíveis, no que diz respeito aos Jurisdicionados que tem menor poder econômico.

4.5 Princípio da celeridade

O Princípio da celeridade parte da ideia de ter uma resolução rápida na lide, de maneira que possa consentir com o seu objetivo, deve atender a necessidade do cidadão que submeteu sua ação à tutela jurisdicional visando buscar uma solução dinâmica.

Explica Gonçalves (2016, p. 1327), sobre o tema: “A mentalidade deve estar voltada para que esse resultado seja alcançado, sem o desrespeito às garantias dos litigantes. Inegável que esse princípio está relacionado com os anteriores, pois dá maior simplicidade, informalidade e economia, resultará maior celeridade”.

Na Constituição Federal (Brasil, 1988), é assegurado como um direito fundamental está previsto na em seu artigo 5º, LXXVIII. Com a celeridade os atos processuais tendem a ser realizados de forma ágil, evitando-se protelações.

Diante dessa considerável redução nos atos processuais e também de um processo totalmente simplificado, garante uma tramitação mais célere aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, visto que em um processo onde não é observado tais princípios, sem dúvidas levará mais tempo para obtenção da tutela Jurisdicional.

Conforme assevera Silva:

É importante a aplicabilidade técnica dos princípios que orientam o procedimento dos processos em trâmite pelos Juizados Especiais Cíveis, pois a observância desses princípios pelo julgador, indubitavelmente, contribuirá para o desenvolvimento dos órgãos e atenderá aos fins visados com sua criação (SILVA, 1999, p. 63).

Nota-se que, para de chegar a finalidade da referida Lei, devem ser observados todos os princípios norteadores dispostos no artigo 2º, o que permite que os processos tramitem de maneira mais célere, alcançando em um tempo menor a solução para o litígio.

5 SIMPLICIDADE E INFORMALIDADE SENDO EFETIVADAS

5.1 Procedimentos realizados no balcão

Os Juizados Especiais Cíveis estão revestidos de uma ferramenta mais célere para a efetivação do direito dos cidadãos, ou seja, o *Jus Postulandi*, em regra o pedido poderá ser realizado de forma oral diretamente na Secretaria do Juizado, sendo posteriormente reduzido a termo por um serventuário da Justiça, conforme dispõe o artigo. 14, § 3º da referida Lei.

Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

[..] § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos (BRASIL, 1995).

Entretanto, quando o valor da causa ultrapassar 20(vinte) salários mínimos será vedado o pedido realizado diretamente em Secretaria, conforme dispõe o artigo art. 9º, Lei nº 9099/95 “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. (BRASIL, 1995).

Instrui Gonçalves (2016, p. 1330), sobre o assunto:

Nos juizados especiais cíveis, o valor da causa será de suma importância, porque se for até vinte salários mínimos, é dispensada a participação do advogado. Somente naquelas entre vinte e quarenta salários mínimos tal participação é indispensável. No Juizado Federal Cível, a participação do advogado é sempre facultativa, independentemente do valor da causa, como determina o art. 10 da lei que o regula. Foi suscitada a inconstitucionalidade desse dispositivo, mas o pleno do STF, por maioria de votos, reconheceu-lhe a constitucionalidade (ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/06/2006).

Nota-se que estabelecido no referido artigo é o que delimita a atuação direta do Jurisdicionado em Secretaria sem um procurador constituído. O legislador entendeu que o valor acima do mencionado, acarreta em causas mais complexas, necessitando da assistência judiciária de um patrono. Os procedimentos realizados no balcão dos Juizados Especiais possuem uma forma mais simples, direta, e informal, equiparando-se à Justiça comum, tais procedimentos não possuem uma forma complexa para sua elaboração, bastando o número dos autos, a identificação das partes e o pedido formulado de forma sucinta e direta.

Destaque-se que, mesmo não possuindo uma carga excessiva de formalismo os procedimentos alcançam a mesma efetividade e segurança jurídica equiparado aos realizados por um advogado.

Ademais, todas as movimentações processuais serão realizadas diretamente no balcão da Secretaria do Juizado aos jurisdicionados que não possuem patronos constituídos, destacam-se: o impulsionamento aos autos, indicações de endereços, indicação bens, atualização cálculo, cumprimento de sentença, etc.

Por fim, a extinção dos autos também será realizada em Secretaria, de uma forma simplista, bastando apenas um requerimento do jurisdicionado, provando no mesmo autos que a pretensão foi alcançada e satisfeita a sua lide.

5.2 Intimações via aplicativo WhatsApp

Com a evolução da tecnologia, mais especificamente a internet, houveram inúmeros benefícios à população, razão essa que as informações chegam em um espaço de tempo quase real em todos os lugares.

Visando celeridade processual como um meio de obtenção de um resultado mais rápido, observando, de imediato, a redução de custos, em 2015, através da Portaria n° 01/2015, surgiram as intimações via *WhatsApp*, projeto instaurado pelo MM^a. Juiz de Direito, Dr ° Gabriel Consiglierio Lessa, da Comarca de Piracanjuba/GO.

A Portaria em comento, dispõe sobre o uso facultativo do aplicativo *WhatsApp*, sendo uma ferramenta para intimações e comunicações processuais, às partes que voluntariamente aderirem aos seus termos.

Suas principais finalidades são aproximar o Jurisdicionado à Justiça, reduzir o número de atos processuais, acarretando uma redução significativa do tempo da tramitação processual e reduzir os gastos procedimentais.

Em 09 de março de 2017, no Estado do Paraná, através da Portaria n°01/2017, foi introduzido a intimação via *WhatsApp*, em seu artigo 01 prevê a utilização do aplicativo em todo o âmbito dos Juizados Especiais:

art. 1º. Instituir, no âmbito dos Juizados Especiais de todo o Estado do Paraná, a utilização do aplicativo de mensagens instantâneas ‘WhatsApp’ como meio de intimação processual, podendo ser utilizada para intimações em geral, notadamente nos casos de:

- I - Cumprimento de despacho;
- II - Mera ciência de despacho, decisão interlocutória ou sentença;
- III - Manifestação acerca do depósito realizado pelo devedor;
- IV - Levantamento de alvará;
- V - Comparecimento em audiências de instrução e julgamento;
- VI - Comparecimento em audiência de conciliação;
- VII - Pagamento de custas processuais;
- VIII - Cumprimento de sentença (PARANÁ, 2017).

Note-se que, todas as intimações processuais e gerais poderão ser realizadas pelo aplicativo *WhatsApp*, desde que aderido pelas partes, trazendo uma maior agilidade processual e uma menor morosidade nos processos.

O disposto no artigo nº19, da Lei nº9099/95 prevê: “as intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação”. (BRASIL, 1995).

Neste sentido, as intimações realizadas via aplicativo WhatsApp vêm dar uma nova “cara” aos meios tradicionais e burocráticos de comunicação com o Jurisdicionado, por ser uma tecnologia segura, fácil e popular, traz uma comunicação quase em tempo real, sem comprometer a efetividade da Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, a criação dos Juizados Especiais Cíveis foi um grande avanço para a Justiça brasileira, uma vez que uma das principais finalidades para criação da Lei foi trazer um amplo acesso à Justiça.

O legislador ao aperfeiçoar o já disposto na Lei nº 7.244/84 renomado Juizados Especiais de Pequenas Causas, aproximou ainda mais os cidadãos a tutela Jurisdicional. Neste norte, trouxe a importância de ser observado todos critérios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, devendo os mesmos caminhar sempre lado a lado, a fim de cumprir as finalidades estabelecidas na Lei nº 9099/95.

Entretanto, destaca-se o princípio da informalidade e simplicidade que trazem aos processos que tramitam perante o Juizado Especial Cível um dos mais expressivos meios para se alcançar a celeridade processual, reduzindo os números de atos dentro dos processos e desburocratizando o que se tinha como uma Justiça cara, morosa e ineficiente.

Destaca-se que, no âmbito dos Juizados Especiais os serventuários da Justiça podem usar inúmeras ferramentas para efetivar a celeridade processual, como por exemplo as intimações via telefone fixo, intimações pessoais, intimações via *WhatsApp* e demais procedimentos realizados de forma pessoal do jurisdicionado em Secretaria, sendo assim não existe em um rol taxativo, trazendo como as únicas exigências que não acarrete prejuízo a nenhuma das partes e que seja um meio idôneo para se chegar na sua finalidade.

Por fim, os Juizados Especiais estão alcançando a finalidade para a qual se destinam, ou seja, buscar uma Justiça mais ampla, informal, simplificada sem comprometer os princípios fundamentais do ser humano e a segurança Jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, C. C. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Revista dos Tribunais**, v. 948, n.14, p. 77-113, 2014.

ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.v. 2.

ARNUD, A. N. D. Do Contexto Histórico do Processo Judicial Eletrônico. Lex Magister. 2014. Disponível em:
http://lex.com.br/doutrina_27012760_DO_CONTEXTO_HISTORICO_DO_PROCESSO_JUDICIAL_ELETRONICO.aspx. Acesso em: 2 jul. 2019.

BACELLAR, R. P. **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1998**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Procedimento de controle administrativo. Juizado Especial Cível e Criminal. Intimação das partes via aplicativo. Regras whatsapp estabelecidas em portaria. Adesão facultativa. Artigo 19 da lei n. 9.099/1995. Critérios orientadores dos juizados especiais. informalidade e consensualidade. Procedência do pedido. Acórdão. Gabriel Consiglierio Lessa e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Daldice Maria Santana de Almeida. DJ, 26 jun. 2017.

CAPPELLETTI, M. **La dimensione sociale**: l'accesso allágiustizia. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARNEIRO, P. C. P. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHIMINTI, R. C. **Teoria e prática nos juizados especiais**. 13. ed. Cuiabá: Saraiva, 2012.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA Nº01/2017**. Disponível em:
[https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/1924875/a-
+Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+Conjunta+n%C2%BA+01-2017+-
CGJ+E+2%C2%AA+VP/08d3f35b-e3c1-4254-9419-6957ce02e64d?version=1.0](https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/1924875/a-Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+Conjunta+n%C2%BA+01-2017+-CGJ+E+2%C2%AA+VP/08d3f35b-e3c1-4254-9419-6957ce02e64d?version=1.0).
Acesso em: 27 out. 2018.

_____. **Lei 13.105/2015** (Lei ordinária) 16/03/2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso
em: 15 set. 2018.

_____. **Lei 9.099** de 26 de setembro de 1995. Disponível em:
Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. **Lei 7.244** de 07 de novembro de 1984. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 05
set.2015.

HOFFMAM, F. A necessária (re)adequação do direito processual civil ao risco e à complexidade da sociedade contemporânea. **Revista do Programa de Pós- Graduação em Direito da UFC**. v. 34, n.2, p.185-206, 2014.

PAULA, J. L. M. **Uma visão crítica da jurisdição cível**. São Paulo LED, 1999.

PINTO, O. P. A. M. Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros. **Revista TJDF**. Distrito Federal. Disponível em:
[http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-
juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-
criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto](http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto). Acesso
em: 05 set.2015.

PRADO, J. C. N. A. **Princípio Constitucional da celebridade processual**. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, L. C. **Juizados Especiais Cíveis em perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO NETO, F. C.; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, comentários à lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANEBE, KAZUO (org), **Juizados Especiais de Pequenas Causas: Lei 7.244 de 07 de novembro de 1984**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

O ASSÉDIO CAPACITISTA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Recebido em: 10/06/2023

Aceito em: 06/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10168



Bianca Spode Beltrame ¹

RESUMO: Os ambientes laborais são constituídos por pessoas diversas e as organizações têm procurado adequar-se a um modelo mais inclusivo, não só pelos aspectos legais, mas, também, pela sua promessa de inovação. No entanto, pelo formato de abordagem seletiva, os resultados não têm sido promissores. O que tem ocorrido é um processo de adaptação, e não um processo de inclusão, dificultando a integração e impedindo que experiências e conhecimentos possam ser alavancados - uma instrumentalização da gestão da diversidade. Como consequência dessa visão simplista, não existe uma preocupação com o acolhimento efetivo no ambiente laboral. Daí, surge o fenômeno do capacitismo, qual seja, o preconceito atrelado às capacidades da pessoa com deficiência. Esse ensaio se destina a analisar o capacitismo nas relações de trabalho neoliberais e, de maneira mais específica, a possível ocorrência de assédio moral em vista deste, cunhando um novo conceito de assédio, o assédio capacitista.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio; Capacitismo; Trabalho; PcD; Assédio capacitista.

ABLEIST HARASSMENT IN WORK RELATIONSHIPS

ABSTRACT: Work environments are made up of different people and organizations have sought to adapt to a more inclusive model, not only because of the legal aspects, but also because of its promise of innovation. However, due to the selective approach format, the results have not been promising. What has been happening is an adaptation process, not an inclusion process, making integration difficult and preventing experiences and knowledge from being leveraged - an instrumentalization of diversity management. As a consequence of this simplistic view, there is no concern with effective reception in the work environment. Hence, the phenomenon of ableism arises, that is, the prejudice linked to the abilities of the person with a disability. This essay is intended to analyze ableism in neoliberal labor relations and, more specifically, the possible occurrence of moral harassment in view of this, coining a new concept of harassment, the ableist harassment.

KEYWORDS: Harassment; Ableist; Work; PwD; Ableist harassment.

INTRODUÇÃO

Os ambientes laborais costumam ser constituídos por pessoas diversas e com características distintas. Pless e Maak (2004), ao abordarem uma política organizacional que contemple a diversidade, argumentam que as organizações têm procurado adequar-se a um modelo mais inclusivo, não só pelos aspectos legais que surgem a cada dia, mas,

¹ Mestre em Administração (Doutoranda em Administração no PPGA/UFRGS). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

E-mail: biancabeltrame@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7906-5362>

também, pelo seu aspecto de inovação, no sentido de abrangerem um leque maior de opções no que tange à diversidade da força de trabalho e ao seu potencial criativo.

No entanto, pelo formato de abordagem seletiva, os resultados não têm sido promissores. O que tem ocorrido é um processo de assimilação ou adaptação, e não um processo de inclusão, se apagando as diferenças, dificultando a integração e impedindo que experiências e conhecimentos possam ser alavancados (PLESS; MAAK, 2004). Para Irigaray (2006), isso se explica porque a adoção de políticas de diversidade não é tomada com base em uma racionalização ética ou moral, mas sim, trata-se de uma resposta estratégica de aquiescência à pressão institucional política (IRIGARAY, 2006).

Há uma instrumentalização da gestão da diversidade (SARAIVA; IRIGARAY, 2009), pois, “a partir do momento em que a contratação de minorias tornou-se inevitável, os administradores nela investiram visando minimizar ou mesmo evitar eventuais conflitos, além de obter ganhos mercadológicos” (IRIGARAY; VERGARA, 2011, p. 1087). Como consequência dessa visão simplista, não existe uma preocupação com o acolhimento efetivo dessas diversidades no ambiente laboral. Daí, surge o fenômeno do capacitismo, qual seja, o preconceito atrelado às capacidades da pessoa com deficiência.

Embora a diversidade venha se destacando nos estudos organizacionais, ainda é um conceito que carece de consenso entre os pesquisadores (NKOMO; COX JR., 1999). Pode-se citar duas perspectivas mais comumente utilizadas: uma perspectiva restrita, a qual enfatiza a discriminação atrelada à raça, etnia, gênero e outros (CROSS; KATZ; MILLER; SEASHORE, 1994); e a perspectiva ampliada, onde a diversidade inclui todos, considerando aspectos que diferenciam indivíduos e grupos, como idade, história pessoal e corporativa, formação educacional, função e personalidade (JAMIESON; O’MARA, 1991).

Tendo em vista que a diversidade humana não apenas é parte constituinte de qualquer sociedade, mas, também, algumas de suas expressões podem resultar em fenômenos de desigualdade (BRAH, 2006), entende-se que as pessoas com deficiência precisam ser incluídas quando a pauta é diversidade. Pois, tratam-se de grupos minoritários, estigmatizados e discriminados. Além disso, deficiência é um conceito abrangente relacionado às restrições sociais impostas às pessoas que possuem diversidades em suas habilidades corporais (SANTOS, 2008).

Na Administração, no tocante aos Estudos Organizacionais, o adoecimento no trabalho é focado sob como o neoliberalismo e suas formas de gestão contemporâneas

têm impactado o trabalhador no seu bem-estar. A discussão acerca da temática assédio tomou uma dimensão considerável a partir de 1990, no contexto das atuais demandas organizacionais que transformam o ambiente de trabalho, “exigindo do trabalhador maior produtividade e adequação às normas vigentes, o que propicia que as relações humanas tornem-se mais fragilizadas e marcadas pela violência” (CARRIERI *et al.*, 2013, p. 05).

Nesse sentido, o momento é propício para que a sociedade como um todo e as organizações em particular comecem a agir diante do problema do capacitismo e do assédio desse derivado; e, para que a área de gestão de pessoas e relações de trabalho assumam um papel de liderança na discussão sobre inclusão. Como afirma Martinengo Filho e Siqueira “as organizações precisam se preocupar mais com os indivíduos do que com os números e impedir a ação de gestores perversos ou paranoicos, adotando medidas para obrigá-los a controlar seu comportamento” (2008, p. 14).

Esse ensaio se destina a analisar o fenômeno do capacitismo nas relações de trabalho neoliberais e, de maneira mais específica, a possível ocorrência de assédio moral em vista deste, cunhando um novo conceito de assédio, o assédio capacitista. Este é um tema multidisciplinar, não basta olhar o fenômeno capacitismo somente à luz da Administração, da Psicologia, da Medicina, das Ciências Jurídicas ou da Sociologia. É preciso estudá-lo em todo o seu espectro e reunir os conhecimentos adquiridos por pesquisadores destas diferentes áreas. É neste sentido que o presente trabalho tem como objetivo entender como o capacitismo e o assédio moral dele oriundo, ou seja, o que aqui chamamos por assédio capacitista, interfere nas relações de trabalho.

1 CAPACITISMO

O capacitismo tem sido pensado para nomear a discriminação de pessoas por motivo de deficiência (CAMPBELL, 2001; DIAS, 2013; FARIAS, 2020; MELLO, 2016; OLIVEIRA; SILVA, 2021; VENDRAMIN, 2019), e também tem sido compreendido como um eixo de opressão que, na intersecção com o racismo e o sexismo (WOLBRING, 2008; CAMPBELL, 2009; GESSER; BLOCK; MELLO, 2020) produz como efeito a ampliação dos processos de exclusão social.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas (ONU), define, em seu artigo 1º, pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir

sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Importante salientar que a Convenção destaca a incompletude do conceito de deficiência, que deverá ser verificado e atualizado em cada momento/contexto histórico, apontando, ainda, para sua dimensão social, não mais a considerando como algo intrínseco à pessoa.

Nesse tópico analisa-se as fases dos estudos sobre capacitismo e traz-se os principais conceitos surgidos da evolução dessas pesquisas. Sem a pretensão de esgotá-los, mas, com o intuito de explicar a construção do novo termo que aqui se propõem.

1.1 Fases dos estudos sobre capacitismo

Consideradas “incapacitadas” até final do século XX, as pessoas com deficiência lutaram pelo seu reconhecimento e inclusão social, o que culminou inclusive com mudanças na nomenclatura. No final da década de 1970, tendo em vista a influência do Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), foi utilizada a expressão “pessoas deficientes”. A inclusão do substantivo “pessoa” teve como objetivo evitar a coisificação, “contrapondo-se ao longo histórico de inferiorização e desvalorização associada a vida com alguma deficiência e aos termos pejorativos socialmente naturalizados até então” (LANNA JÚNIOR, 2010, p. 15).

Em seguida passou a ser utilizada a expressão “pessoas portadoras de deficiência”, com o objetivo de superar a noção de defeito ou deformidade, identificando a deficiência como uma característica. No mesmo sentido, outros eufemismos foram sugeridos, tais como “pessoas com necessidades especiais” e “portadores de necessidades especiais”. Entretanto, o protagonismo alcançado pelo movimento social de PcD traçou uma luta política pautada na cidadania (LANNA JÚNIOR, 2010). Nesse ínterim, a condição de “portador” passou a ser questionada por transmitir a ideia de deficiência como algo que se porta e, portanto, não faz parte da pessoa. Além disso, ressalta a deficiência em detrimento do ser humano (SILVA; LAZZARIN, 2016; SILVA; PINTO, 2016).

A partir da década de 1990, “pessoa com deficiência” passou a ser a expressão utilizada para designar esse grupo social, sendo que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida em 2006, em Nova Iorque, apontou que a noção de deficiência é um conceito em construção e evolução. Porém, no Brasil, a nomenclatura

foi adotada apenas com a publicação da Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

A Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015) surgiu com o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, a inclusão social e a cidadania. No seu texto são detalhadas as barreiras, compreendidas como entraves, obstáculos, atitudes ou comportamentos que afetem a participação social da pessoa, “bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança”.

Todavia, por mais que surjam leis decretando que a acessibilidade seja estabelecida, inúmeros outros obstáculos seguem dificultando que as PcD possam efetivamente estar integradas na sociedade e tenham seus direitos garantidos. Como bem enfatizado por Barreto, Medeiros e Paula, “seja qual for o espaço para a inclusão de PcD, os desafios são consideráveis e têm natureza diversa” (2020, p. 417). Vale salientar os estudos de Goffman (2008; 2014) e Bogart e Dunn (2019) sobre o termo estigma, nos quais estigma é um atributo negativo que caracteriza o indivíduo como estragado, imperfeito ou defeituoso. Da mesma forma, de acordo com Bampi, Guilhem e Alves (2010) quanto maior o grau da deficiência, maior e mais intenso é o estigma que recai sobre a pessoa com a deficiência. Estigma é um fenômeno socialmente construído (BLAINE, 2000), com fortes implicações negativas em suas vítimas (THOMPSON; NOEL; CAMPBELL, 2004) e se funda numa relação assimétrica, que referenda atributos tidos como depreciativos a uma pessoa ou grupo social (GOFFMAN, 2014).

Nesse sentido, os padrões sociais são responsáveis por definir quem será estigmatizado ou quem fará parte da normalidade, sendo as pessoas com deficiência integrantes do grupo dos estigmatizados, o que corrobora a chamada visão capacitista, que as designa como não capazes de participar da sociedade de forma efetiva (BROWN; LEIGH, 2018; GIESE; RUIN, 2018; MIK-MEYER, 2016). Dessa forma, o capacitismo é sempre associado ao estigma, ao preconceito em relação às capacidades das pessoas com deficiência, resultando no aumento do isolamento e da segregação desse grupo (BARROS *et al.*, 2016).

A lógica capacitista é pautada no modelo médico de interpretação da deficiência que a entende como uma limitação e não como uma condição social. Diniz (2007, p. 10) explica que o modelo médico é o ato de catalogar a deficiência, enquadrando-a dentro de

“parâmetros biomédicos pré-estabelecidos de incapacidades e impossibilidades com orientação a programas de reabilitação”. Para a autora, o conceito de deficiência deve ser estudado para além do modelo médico, trazendo à tona a estrutura social que oprime a pessoa deficiente, aproximando as demandas dos movimentos de pessoas com deficiência a outras discriminações sociais como o sexismo, o racismo e a homofobia.

A postura capacitista advém de um julgamento moral que associa a capacidade unicamente à funcionalidade de estruturas corporais e mobiliza a avaliar o que as pessoas com deficiência são capazes de ser e fazer para serem consideradas plenamente humanas. Isto é, esquece-se que as pessoas com deficiência podem desenvolver outras habilidades não agregadas à sua incapacidade biológica (não ouvir, não enxergar, não andar, não exercer plenamente todas as faculdades mentais ou intelectuais, etc.) e “serem socialmente capazes de realizar a maioria das capacidades que se exige de um ‘normal’, tão ou até mais que este” (MELLO, 2014, pp. 94-96, grifos do autor).

Embora Campbell (2001) já mencionasse o capacitismo no início dos anos 2000, ainda são poucos os estudos que abordam este conceito (GEMELLI *et al.*, 2021). No campo da Administração, o marco histórico da Constituição Federal de 1988 indicou o início da produção acadêmica acerca de PcD. Como exemplos, podem-se citar as pesquisas realizadas por Siqueira (1988); Machado-da-Silva, Cunha e Amboni (1990); Bertero, Caldas e Wood Júnior (1999); Wood Júnior e Paula (2002) e Fleury (2003). Mais tarde surgiram pesquisadores que passaram a elaborar análises críticas das publicações científicas, objetivando avaliar a qualidade das pesquisas em Administração (GEMELLI *et al.*, 2021; HOCAYDEN-DA-SILVA; ROSSONI; FERREIRA JÚNIOR, 2008).

Dessas pesquisas surgiram inúmeros conceitos referentes ao termo capacitismo; todos partindo do pressuposto que o fenômeno é um tipo de preconceito e discriminação que põe em xeque a capacidade da pessoa, em razão de sua deficiência. Tratar-se-á da evolução (se é que se pode chamar assim) desses conceitos no tópico que segue.

1.2 Conceitos de capacitismo

Os estudos sobre o capacitismo dizem de diversos conceitos, dentre eles, o de Farias (2020), que define o termo como uma atitude discriminatória que vê a pessoa com deficiência inapta para o trabalho e incapaz de cuidar da própria vida (FARIAS, 2020). Campbell (2001) conceitua o capacitismo como “uma rede de crenças, processos e práticas que produzem um determinado tipo de eu e corpo (o padrão corporal) que é

projetado como o perfeito” (CAMPBELL, 2001, p. 44). Segundo a autora, pela ótica capacitista a deficiência é entendida como um estado diminuído de ser humano, o qual alude a uma postura preconceituosa que hierarquiza as pessoas em função da adequação dos seus corpos à corponormatividade.

Mello (2014) propôs a tradução de *ableism* como capacitismo, inspirando-se no modelo Português (MELLO, 2014). Tal medida possibilitou uma maior visibilidade política relativa a esta forma de exercício do poder, pois, como Davis (1995) duas décadas antes já afirmava:

[...] há um silêncio estranho e realmente inexplicável quando a questão da deficiência é levantada: o silêncio é estranho, também, uma vez que grande parte das críticas da esquerda dedicou-se à questão do corpo, da construção social da sexualidade e gênero. Corpos alternativos, pessoas, discurso: gay, lésbica, hermafrodita, criminal, médico, e assim por diante. Mas à espreita por trás dessas imagens de transgressão e desvio há uma figura muito mais transgressora e desviante: o corpo com deficiência (DAVIS, 1995, p. 43, tradução nossa).

Pelo fenômeno do capacitismo, as pessoas com deficiência são tratadas de modo generalizado como incapazes – de produzir, de trabalhar, de aprender, de amar, de cuidar, de sentir desejo, de ter relações sexuais (MELLO, 2016). Campbell (2009) considera que a deficiência para muitos tem um valor negativo, pois é percebida como uma desgraça, um castigo, algo que as impede de obter oportunidades e dignidade.

Associa-se a pessoa com deficiência a descrença nas possibilidades de funcionar bem, de produzir ou ter condições de viver autonomamente. Aliado a isso, há barreiras que vão desde a baixa qualificação, oriunda de um processo de segregação histórica, até as barreiras físicas, como transportes e edificações; e culturais, como o desconhecimento do potencial das pessoas com deficiência (HAMMES; NUERNBERG, 2015).

Para Mello “o capacitismo pode até ser uma categoria insuficiente na língua portuguesa, mas é justamente a capacidade de ser e fazer que é reiteradamente negada às pessoas com deficiência em diversas esferas da vida social” (MELLO, 2016, p. 06). Desse modo, recusa-se às pessoas com deficiência que essas possam desenvolver e utilizar outras habilidades não agregadas à sua deficiência biológica e serem aptas a participarem de todos os nichos sociais, sejam eles familiares, escolares, laborais ou quaisquer outros que lhe interessem.

Com relação ao ambiente laboral, em específico, é que essa pesquisa pretende apresentar uma proposição teórica. Analisar-se-á o assédio moral advindo do capacitismo nas relações de trabalho. Pretende-se compreender as causas e consequências do fenômeno que aqui nomeia-se como assédio capacitista.

Para Alves (1992), o portador de deficiência não possui limites no âmbito profissional e tem capacidade de ser não somente empregado, mas também “ser associado de cooperativas, exercendo trabalhos não na condição de ‘empregado’, mas sim dono do empreendimento na qualidade de associado” (ALVES, 1992, p. 38, grifos do autor). Todavia, a visão capacitista ainda predomina no mercado de trabalho brasileiro. E uma das consequências dessa visão limitada é a ocorrência do assédio moral nas relações laborais, assunto que será abordado no tópico a seguir.

2 ASSÉDIO MORAL

O fenômeno assédio moral tem natureza universal, entretanto, varia no que diz respeito a cultura, recebendo denominações diferentes a depender do país em que ocorre, por exemplo: *mobbin* (Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (Inglaterra), *harassement* (Estados Unidos), *harcelement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoterror laboral* ou *acoso moral* (em países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa). No Brasil, a terminologia reúne as formas de manifestação como molestar, tyrannizar, vampirizar, no sentido de sugar as energias da vítima, assim como, conduzi-la ao ostracismo social (LOPES, 2008).

Para Hirigoyen (2017), uma das autoras mais citados no assunto, o assédio moral no trabalho conceitua-se como toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego, pondo em perigo sua posição, ou degradando o clima de trabalho (2017a, 2017b).

Importante ressaltar que o assédio moral, no Brasil, de acordo com Freitas, Heloani e Barreto (2020) geralmente é praticado com pessoas que têm problemas de saúde, estão no final do prazo de estabilidade, encontram-se em período posterior a acidente de trabalho ou retornam da licença-maternidade, ultrapassaram a idade de 35 anos, questionam as políticas da gestão, e/ou são solidárias com os colegas também assediados.

Para o jurista Ernesto Lippmann (2005), o assédio moral trata-se “do abuso de direito no uso do poder disciplinar do empregador, que deixa de ser utilizado com a finalidade de incrementar a atividade produtiva, para servir como instrumento de revanche, intimidação e discriminação”. Afirma ainda que é “o controle desproporcional, ou inadequado, exercido com rigor excessivo, que atenta contra os direitos de personalidade do trabalhador e que por si já é fato gerador de dano moral” (LIPPMANN, 2005, p. 37).

Seguindo o linear da dignidade da pessoa humana, para Pamplona Filho *et al.* (2016, p. 08), “assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”. Este conceito busca um sentido de generalidade, como explicam os autores, pois o assédio moral não é um “privilégio” da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros.

Na relação de trabalho subordinado, porém, este cerco recebe tons mais dramáticos, por força da própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos, em que “a possibilidade de perda do posto de trabalho que lhe dá a subsistência faz com que o empregado acabe se submetendo aos mais terríveis caprichos e desvarios, não somente de seu empregador, mas até mesmo de seus próprios colegas de trabalho” (PAMPLONA FILHO *et al.*, 2016, p. 08). Por isso mesmo, os autores que têm se debruçado sobre a questão acabam sempre conceituando o fenômeno dentro do campo das relações laborais.

Com as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, especialmente após o surgimento dos ideais neoliberais, a violência moral nesses ambientes foi intensificada (DEJOURS, 2011). Aliado a isso, com a adoção de regimes de trabalho remoto, “também surgiu um trabalhador ‘telepressionado’, passando a existir uma hiperconectividade e constante disponibilidade do empregado em prol do empregador” (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p. 70, grifos dos autores). É nesse contexto, de cultura urgente, “que emerge a telepressão e o assédio digital como baluartes da empregabilidade” (SANTOS, 2021, p. 55). Ademais, a blindagem oferecida pelas plataformas potencializa o assédio moral e reforça comportamentos agressivos, já que faz nascer uma falsa realidade de “ação sem rosto” (NUNES, 2019, p. 25).

Tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei nº 1.521 de 2019, oriundo do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.742 de 2001, cujo objetivo é inserir no Código Penal brasileiro a tipificação do assédio moral e puni-lo na esfera criminal (FERNANDES; SILVA, 2020). Porém, a consideração dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao assédio moral no trabalho ainda é incipiente, “inclusive por ser considerado de difícil penalização, vez que é subjetivo e de comprovação complicada, pois o dano nem sempre é aparente e o nexa causal por vezes não pode ser observado” (FERNANDES; SILVA, 2020, p. 13).

Entretanto, a inexistência de lei específica não impede a tentativa de coibição de tal prática. Para tal, utiliza-se de outras fontes do direito; como por exemplo, a CF/88, o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Martins (2015) relaciona os direitos dos trabalhadores garantidos legalmente e que podem vir a ser devastados com a ocorrência de assédio moral laboral:

[...] com a prática do assédio moral há violação dos seguintes direitos fundamentais: direito fundamental ao trabalho, ao meio ambiente de trabalho equilibrado, ao desenvolvimento e à saúde, promovendo a desordem econômica; impede o desenvolvimento pessoal do trabalhador; prejudica a saúde; e acaba por impor significado do conceito de trabalho de maneira superficial aos trabalhadores (MARTINS, 2015, p. 54).

A tipificação se torna imperiosa, pois, “o aparato legal atual não satisfaz as necessidades do combate à prática do assédio moral laboral” (FERNANDES; SILVA, 2020, p. 15). Embora imprescindíveis, os mecanismos atualmente utilizados são paliativos, no sentido de que não intimidam e muito menos impedem os agressores.

Algumas das primeiras consequências do assédio que facilmente são detectadas, no âmbito das organizações, podem ser sintetizados em: queda da produtividade; alteração na qualidade do serviço/produto; menor eficiência; baixo índice de criatividade; absenteísmo; doenças profissionais; acidentes de trabalho; danos aos equipamentos; alta rotatividade da mão de obra, gerando aumento de despesa com rescisões contratuais, exames de contratação e de demissão, e seleção e treinamento de pessoal; aumento de demandas trabalhistas com pedidos de reparação por danos morais; abalo de reputação da instituição perante o público consumidor e o próprio mercado de trabalho, entre outros (ZIMMERMANN *et al.*, 2006).

Além das consequências específicas do assédio moral, isto é, a vergonha e a humilhação, Aguiar (2007) explana que, como consequências individuais, encontramos:

[...] problemas de concentração, obsessões, fobias, crises de autoestima, depressão, angústia, sentimento de culpa, aumento de peso ou emagrecimento exagerado, redução da libido, aumento da pressão arterial, abuso de álcool, tabaco e outras drogas e pensamentos suicidas (AGUIAR, 2007, p. 10).

O Estado e a sociedade como um todo também sofrem os efeitos do assédio, arcando com elevados custos relacionados à saúde pública, à assistência e à previdência social, prestando serviços de reabilitação profissional e concedendo benefícios previdenciários em virtude do afastamento precoce dos funcionários (AGUIAR, 2007). Ferreira (2007) também elenca outros gastos, quais sejam, hospitalizações e medicamentos. É também uma perda de capital humano nas organizações, deixando de contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Cita ainda o autor “a precarização das condições de qualidade de vida, crises de relações familiares e comunitárias, custos sociais por enfermidades, aumento do mal-estar, riscos de suicídio, de aborto e divórcios, além do desemprego” (FERREIRA, 2007, pp. 48-49).

Com relação a prática do assédio moral tendo como vítima a pessoa com deficiência, em muitos casos seu intuito é forçar o trabalhador a pedir demissão. Essa visão origina-se dos tempos mais remotos, quando uma pessoa com capacidade reduzida era socialmente excluída (COSER; POHLENZ, 2017). É imperioso que o ambiente de trabalho seja adequado em relação às condições físicas e psíquicas, para que a dignidade da pessoa humana com deficiência, em todos os seus aspectos, seja respeitada.

Além disso, o capacitismo pode ocorrer de diversas formas, inclusive por omissão – quando deixa de se dar uma oportunidade a uma PcD pelo simples fato dela ser PcD. O assédio é uma das expressões do capacitismo que ocorre por ação. Ou seja, a discriminação é uma motivação para que o assédio capacitista ocorra. A Convenção nº. 190 da OIT, em seus artigos 1º a 6º trata sobre a eliminação da violência e assédio moral no mundo do trabalho. Tal Convenção reconhece a estreita relação entre o assédio e a discriminação contra pessoas com deficiência e outros grupos historicamente discriminados, determinando que os países adotem legislações e políticas públicas que protejam esses grupos minoritários.

Inspirando-se nesses conceitos trazidos até então, porém levando em consideração as particularidades referentes as pessoas com deficiência, propõe-se um novo conceito, o qual denomina-se **assédio capacitista**. O qual se caracteriza como uma atitude reiterada abusiva, preconceituosa com relação às suas capacidades e discriminatória no trabalho; dirigida, seja presencialmente ou por meio virtual, à pessoa

com deficiência, com o intuito de inferiorizá-la e não assegurar, em condições de igualdade, o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, inclusão social e cidadania.

Procura-se no conceito proposto unir a necessidade, estipulada legalmente, de ser “uma atitude reiterada”, porém, com a qualificação de ser “preconceituosa com relação às suas capacidades (...) dirigida (...) à pessoa com deficiência” e que tenha como intuito intimidá-la e/ou causar-lhe dano, “com o intuito de inferiorizá-la e não assegurar (...)”. Foca-se nas relações laborais, “discriminatória no trabalho”, atualizado conforme as novas relações de emprego, “seja presencialmente ou por meio virtual”. Por fim, o conceito une-se a disposição trazida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (ONU), adotada no Brasil pela Constituição Federal por intermédio do Decreto nº 186/08, “em condições de igualdade, o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, inclusão social e cidadania”. Dessa forma, busca-se contemplar nesse conceito a dimensão social, visto que os valores, as crenças e os comportamentos que a compõem estão permeando os demais setores da vida social intimamente imbricados, uma vez que a instituição social, seja qual for, não existe senão na concretude das relações humanas. Tal conceito segue demonstrado no quadro abaixo.

Quadro 01 - Construção do conceito *Assédio Capacitista*

Conceito proposto: O <i>assédio capacitista</i> trata-se de uma atitude reiterada abusiva, preconceituosa com relação às suas capacidades e discriminatória no trabalho; dirigida, seja presencialmente ou por meio virtual, à pessoa com deficiência, com o intuito de inferiorizá-la e não assegurar, em condições de igualdade, o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, inclusão social e cidadania.	
Características	Termos
Necessidade legal de reiteração da conduta para a caracterização do assédio moral.	“uma atitude reiterada”.
Com a qualificadora de ser voltada contra uma pessoa com deficiência.	“preconceituosa com relação às suas capacidades (...) dirigida (...) à pessoa com deficiência”.
Que tenha como intuito intimidá-la e/ou causar-lhe dano.	“com o intuito de inferiorizá-la e não assegurar (...)”.
Ocorrida nas relações laborais.	“discriminatória no trabalho”.
Atualizado conforme as novas relações de emprego.	“seja presencialmente ou por meio virtual”.
Abriga a disposição trazida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (ONU), adotada no Brasil pela Constituição Federal.	“em condições de igualdade, o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, inclusão social e cidadania”.

Fonte: Elaborado pela autora.

Trata de um fenômeno novo, que surge após as pautas para inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho começarem a ser (de certa forma) atendidas, e emerge como mais um dos reflexos negativos do neoliberalismo. Dias (2013) já afirmava que “a ofensiva neoliberal tende a radicalizar o discurso capacitista de maneira ainda mais perversa, exatamente por estabelecer-se como uma racionalidade política ‘exitosa e normativa’” (DIAS, 2013, p. 6, grifos da autora), cuja influência e dominação simbólica é muito mais ampla que meramente a esfera econômica. Sendo assim, o modo como as práticas neoliberais afetam a vida das PcD e reforçam a visão capacitista é o enfoque do próximo tópico.

3 NEOLIBERALISMO E A SOCIEDADE DA PERFORMANCE

A última parte do presente ensaio busca examinar a interface entre neoliberalismo e capacitismo através da discussão entre a formulação e organização das relações do trabalho com base em concepções capacitistas dominantes. Campbell (2004) afirma que o capacitismo está para o segmento da pessoa com deficiência assim como o racismo está para as pessoas negras ou o machismo para as mulheres: “vincula-se com a fabricação de poder” (CAMPBELL, 2001, p. 44). Dessa forma, o capacitismo se manifesta nas esferas sociais, públicas e privadas, negando às PcD possibilidades de participação em políticas de saúde, acessibilidade, educação, cultura e lazer.

Busca-se conectar à essas concepções a precarização estrutural do trabalho – que, a seu turno, é um fenômeno constantemente presente, apenas com características diferentes no decorrer da história capitalista industrial (ALESSI, 2019). Porém, com a mundialização da dinâmica capitalista, que através da reestruturação produtiva vem se apoiando num projeto sociopolítico e econômico neoliberal, “o crescimento econômico e consequentemente social acontece de maneira lenta, enquanto a lucratividade gerada pela acumulação flexível alcança patamares numa rapidez nunca antes alcançada” (ALESSI, 2019, p. 58). Tudo isso cobra o seu preço.

O sistema de produção neoliberal capitalista para ampliação de sua lógica acumulativa recorreu ao movimento tendencial de flexibilização e terceirização, informalidade e precarização do trabalho, que se tornaram regras da dinâmica produtiva. Consequentemente, vem exigindo cada vez mais os desmontes das legislações sociais e do trabalho para que se consiga revigorar a dinâmica acumulativa, “mesmo que isso signifique solapar direitos conquistados ao longo da história do capitalismo industrial”

(ALESSI, 2019, p. 60). Assim, com o crescente desmantelamento da proteção social, tem-se que esse novo cenário neoliberal impulsiona a desconstrução de direitos até então tidos como basilares (KREIN; COLOMBI, 2019).

Onde esses pontos se encontram? É justamente a classe que promove a desconstrução desses direitos que forma a percepção da deficiência pela sociedade. Faz isso a partir dos seus próprios valores ideológicos, com o intuito da manutenção das relações de dominação, afastando quem não atenda às suas demandas arraigadas numa sociedade baseada na maximização da produção, do lucro e da exploração (GESSER; BLOCK; MELLO, 2020). Portanto, a não participação na geração do lucro capitalista resulta em processos de exclusão, contribuindo para a eliminação de maiores possibilidades de pessoas com deficiência se realizarem por meio do trabalho.

Somado a isso, Dias (2013) problematiza a organização do discurso capacitista a partir da formulação eugênica do século XIX. Para a autora, três elementos estruturantes da construção social do capacitismo devem ser considerados: a compreensão da deficiência e a história da eugenia; o papel do conceito de normalidade e suas implicações na conceituação da deficiência e a ofensiva mais recente do neoliberalismo e seus resultados nas populações marginalizadas, incluindo as pessoas com deficiência (DIAS, 2013).

Um dos maiores desafios impostos às pessoas com deficiência no mundo contemporâneo é o desafio de autonomia. No Brasil, “menos de um por cento das PcD estão entre os trabalhadores” (DIAS, 2013, p. 11). De acordo com a autora, isso se deve ao fato que os postos de trabalho são planejados de acordo com as habilidades dos empregados e não revisitados de acordo com suas deficiências. Tal fato impossibilita que a pessoa com deficiência seja vista como igual, pois os empregadores violam concepções de adaptação razoável. “As pessoas com deficiência não são estimuladas, e muitas vezes são francamente desanimadas, de expor acerca de suas deficiências” (DIAS, 2013, p. 11).

O mundo do trabalho espera das pessoas com deficiência que superarem sua deficiência em um mundo “normal”, o que passou a ser duramente criticado no campo de estudos sobre deficiência (CLOGSTON, 1994). A ideia de superação, “tenta criar um especialismo, para motivar as pessoas com deficiência a se imaginarem como super-heróis para os outros seguirem” (DIAS, 2013, p. 11). Mais grave que isso, para Dias, é a dívida que passa a ser construída: “obriga-se a todas as PcD a serem profundamente gratas

com as imensas oportunidades dadas a elas por seus patrões, empregos e cotas, alienando-as da noção de que elas têm direito ao trabalho a autonomia” (DIAS, 2013, p. 11).

Esse pensamento acaba por "ampliar e disseminar os valores de mercado para todas as instituições e ações sociais, assim como o próprio mercado continua a ser uma esfera distintiva" (BROWN, 2019, p. 40). Dessa forma, “a governa-mentalidade neoliberal perscruta e a reorganiza as práticas de governança e cidadania” (BROWN, 2019, p. 40) e deseja que os agentes sociais virem atores empresariais nas mais completas esferas da vida. Para Dias (2013), isso faz com que as PcD se sintam com sua autonomia moral reduzida na mesma medida de sua capacidade de "autocuidado", que seria previamente definida pela capacidade de dar conta de suas necessidades e ambições. “Neste léxico, as pessoas com deficiência são visivelmente não ajustáveis” (DIAS, 2013, p. 6). Outro reflexo disso é a crise de identidade gerada nas PcD, “a qual é derivada da dinâmica do reconhecimento do trabalho - onde a inexistência de alteridade e reconhecimento pelo trabalho prestado rompe com a dinâmica da identidade” (SOBOLL, 2008, p. 149).

Pensando tais fenômenos sociais a partir da dialética do mundo do trabalho, traz-se o conceito de “sociedade da performance”, a qual engendra uma falaciosa superpotência como forma de realização de vida, na medida que o tom do existir passa a ser guiado por uma série de imperativos de desempenho apresentados como receitas para uma vida feliz (FACAS, 2020). Para Facas (2020), nesse contexto se demanda uma performance de atleta, com superação de limites e aprimoramento contínuo do corpo. Tem-se então um ideal de perfeição inalcançável, “na medida em que nega a própria condição humana - não há espaços para fraquezas, tristezas, cansaço” (FACAS, 2020, p. 66) e, muito menos, deficiências. Essa exigência da superpotência, causadora de mal-estar social e existencial, está calcada em manifestações da norma performativa (DARDOT; LAVAL, 2016).

Neste cenário, o corpo é alienado e coisificado. O valor expositivo depende, sobretudo, da bela aparência. Para Han (2017), tudo deve ser visível na medida em que aquilo que não se submete à visibilidade é colocado sob suspeição. Compreende-se então que “a sociedade da performance demanda um saber-ser atrelado ao aparecer ou, em um jogo pobre de palavras, a apare-ser” (FACAS, 2020, p. 66). Este cenário, para o autor, está dialeticamente ligado aos imperativos de desempenho no mundo do trabalho, na medida em que os constitui e é constituído por eles. “O discurso do alto controle dos

modelos de gestão taylor-fordistas cede espaço para o autocontrole performático” (FACAS, 2020, p. 66).

Destarte, especialmente em uma sociedade da performance, “os corpos têm valor dentro de uma escala produtiva” (GESSER; BLOCK; MELLO, 2020, p. 18). As vulnerabilidades e as precariedades serão acentuadas à medida que aquele corpo responde ou não às condições exigidas pelas estruturas de poder. Assim, “o capacitismo também tem relação com o aperfeiçoamento do sistema capitalista, à medida que há o estabelecimento de um ideal de corponormatividade que corrobora com a manutenção e aperfeiçoamento desse sistema econômico” (GESSER; BLOCK; MELLO, 2020, p. 18).

Tendo em vista que o trabalho, além do papel de integração social, exerce também um efeito reabilitador, na medida em que contribui para o aumento da autoestima e nível de ajustamento pessoal; tem-se que a ausência da possibilidade de trabalho para a pessoa deficiente aumenta sua exclusão. Além disso, acentua a sua subordinação, esmaecendo a própria identidade, “tornando-o aquele que precisa sempre pedir emprestada a voz do outro para se fazer ouvir” (IRIGARAY, 2016).

Acontece que as barreiras impostas às pessoas com deficiência resultam de uma sociedade que desconsidera as bases materiais que promovem desigualdades de apropriação e usufruto das produções humanas (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020). Isso acarreta práticas injustas e discriminatórias que têm impossibilitado que pessoas com deficiência tenham condições igualitárias de lutar por direitos na sociedade, sendo perversa a concepção de igualdade de oportunidades, que acaba por responsabilizar a pessoa pelo seu sucesso ou fracasso. Neste aspecto, a deficiência não é uma consequência natural do corpo lesionado, e sim uma imposição econômica, política, cultural e social (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020).

Qualquer que seja a natureza ou causa da deficiência, os principais desafios a serem enfrentados residem na qualidade das interações e relações com o ambiente e rupturas com múltiplas barreiras insensíveis a diversidade humana (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020). Exemplificando, os autores citam as barreiras atitudinais, políticas, comunicacionais, físicas e arquitetônicas, que favorecem e sustentam a cultura do capacitismo sobre as pessoas com deficiência (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020). Essa cultura capacitista, construída ao longo dos séculos, é responsável pela falta de políticas públicas inclusivas que tratem sobre educação, saúde, habitação, transporte, lazer e cultura. Com isso, ocorre um esvaziamento de direitos e demandas, acentuado pelas

barreiras já citadas. “O desafio é desconstruir abordagens como o modelo biomédico da deficiência para o alcance de políticas públicas verdadeiramente inclusivas” (OLIVEIRA; SILVA, 2021, p. 263).

Logo, o que deve ser considerado é a opressão sobre a condição de vida que delimita a deficiência. Em oposição ao modelo capacitista, “o enfoque social da deficiência compreende que o problema central do ‘déficit’ está na sociedade capitalista/burguesa que exclui, oprime e se mantém, hegemonicamente, pela produção e reprodução da desigualdade social” (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020, p. 263, grifo dos autores). As dificuldades em relação à contradição inclusão e exclusão extrapolam a questão da deficiência, dado que a relação direta é com o modelo de sociedade existente (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020).

O modelo de segregação e de inclusão, nada mais é do que “o ajustamento desse público a lógica burguesa em cada momento histórico, gerando opressões em todos os espaços que participam: emprego, escola, espaço público, meios de comunicação social e na própria família” (OLIVEIRA; MELO; SILVA, 2020, p. 263). No mesmo sentido Birman (2006) relata que o desmantelamento causado pelo neoliberalismo, no caso brasileiro, é ainda mais grave, pois “a fragilidade das instituições e o descaso das autoridades políticas num país secularmente miserável, permeado pelas desigualdades terríficas do gozo, levou a destruição completa de milhares de pessoas” (BIRMAN, 2006, p. 73).

Se o tornar-se mulher é uma condição cultural e as desigualdades de gênero são respaldadas em aspectos sociais, isso também diz respeito ao corpo com deficiência. Trata-se de evidenciar que a deficiência se configura culturalmente, “e ainda que não tenha sido citada nos primeiros estudos marxistas, o capacitismo é uma categoria que demonstra que a construção social das deficiências é inseparável do capitalismo” (XAVIER DOS SANTOS, 2021, p. 02).

Diante do visto até então, parte-se para os primeiros pensamentos que servirão como base inspiradora para a construção da tese.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário ter cuidado para que o discurso da inclusão não vire um clichê. É preciso discriminar e reconhecer os diferentes tipos de acessibilidade e barreiras, e como a sociedade ainda é capacitista. Comumente a acessibilidade é lembrada apenas na sua

dimensão arquitetônica (MARCHESAN; CAPENEDO, 2021). Enquanto isso, a acessibilidade atitudinal é a que com mais força impactaria positivamente a vida das PcD; porém, segue constantemente ignorada. Isso porque tal acessibilidade depende de esforços mais acurados do que a simples reforma de uma obra - depende de uma prática constante de auto percepção, conhecimento e análise.

Observa-se que os conceitos sobre capacitismo se reescrevem e se atualizam; entretanto, há sempre um sentido que permanece: o imaginário de que existem pessoas com capacidades plenas, e de que as pessoas com deficiência são incapazes por natureza. Essa generalização sobre a hierarquização dos corpos, apesar de errada, tem a sua finalidade. Mello (2016) afirma que a hierarquização dos corpos está diretamente relacionada com o capacitismo e, especialmente, com o capitalismo - alcançado pela exclusão e pela dominação. A emancipação de todas as opressões sobre a pessoa com deficiência só será possível se ocorrer concomitantemente com uma mudança estrutural da sociedade.

As políticas de “inclusão” existentes não superam as condições em que se produz a exclusão, na medida em que não desestruturam ou rompem com o modo de produção capitalista, mas apenas colaboram para um ajuste ou uma acomodação na relação entre capital e trabalho. Assim, diante dos efeitos do neoliberalismo, é necessária a reconstrução de instrumentos e recursos para os segmentos mais vulneráveis e precarizados, aí incluídas as PcD.

No imaginário dominante de superação, em que o individualismo se dota de marca definitiva de status, poder e excelência, o capacitismo encontra um excelente aliado no neoliberalismo (DIAS, 2013). A sociedade passa a se organizar em torno do corpo normal e de sua busca por individualidade e autossustentação e nunca por uma coletividade, afinal a característica definidora do neoliberalismo é ultrapassar qualquer forma de aliança solidária. “Nesse mundo faustiano, as pessoas com deficiência são cada vez mais exploradas, e convidadas a acreditar que enquanto isso salvam o mundo, tornando-se exemplos” (DIAS, 2013, p. 11).

Por fim, é crucial que o Estado e a sociedade possibilitem a inclusão social da pessoa com deficiência, igualmente no mercado de trabalho, mediante a acessibilidade em todas as suas formas e o oferecimento de idênticas oportunidades de emprego. E, para além disso, o assédio capacitista precisa ser extinto, pois a saúde física e psicológica desse trabalhador com deficiência não deve ser afetada. O ambiente de trabalho precisa estar

adequado com relação às condições físicas e psíquicas, a fim de que as ameaças psicológicas e a ausência de ética profissional sejam abolidas, para que a dignidade da pessoa humana com deficiência seja respeitada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, A. L. S. **Assédio Moral**: o direito à indenização pelos maus-tratos sofridos no ambiente de trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

ALESSI, D. Relações de trabalho docente no Brasil à luz do neoliberalismo: Uma análise da reforma trabalhista de 2017. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, **Centro de Filosofia e Ciências Humanas**, Curso de Ciências Sociais, 2019.

ALVES, R. V. **Deficiente físico**: novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo, Editora LTr, 1992.

BAMPI, L. N. S.; GUILHEM, D.; ALVES, E. D. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 18, n. 4, pp. 816-823, 2010.

BARRETO, L. S.; MEDEIROS, C. R. O.; PAULA, V. A. F. Podem as Pessoas com Deficiência Consumir? A Representação Incidental na Publicidade e Propaganda. **Revista Gestão & Planejamento**, v. 21, n. 1, pp. 416-437, 2020.

BARROS, T. S.; DEUSILAN, A.; NORATO, H.; MORAIS, I. Organizações e diversidade: uma análise do tratamento dado aos alunos portadores de deficiência em instituições federais de ensino superior. **Revista Organizações em Contexto**, v. 12, n. 23, pp. 69-102, 2016.

BERTERO, C. O.; CALDAS, M. P.; WOOD JÚNIOR, T. Produção científica em administração de empresas: provocações, insinuações e contribuições para um Debate Local, **Revista de Administração Contemporânea- RAC**, Curitiba, v. 3, n. 1, pp. 147-178, 1999.

BIRMAN, J. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BLAINE, B. **The psychology of diversity**. Mountain View: Mayfield, 2000.

BOGART, K. R.; DUNN, D. S. Ableism Special Issue Introduction. **Journal of Social Issues**, v. 75, n. 3, pp. 650-664, 2019.

- BRAH, A. Diferença, diversidade e diferenciação. **Cadernos Pagu**. Rio de Janeiro, 2006.
- BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: Lei Nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Organizado por Senador Paulo Paim. Brasília: Senado Federal, DF, 2015.
- BROWN, N.; LEIGH, J. Ableism in academia: where are the disabled and ill academics? **Disability & Society**, v. 33, n. 6, pp. 985-989, 2018.
- BROWN, W. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Politeia, 28, 2019.
- CAMPBELL, F. K. Inciting Legal Fictions: Disability's Date with Ontology and the Ableist Body of the Law. **Griffith Law Review**, v. 10, n. 1, pp. 42-62, 2001.
- CAMPBELL, F. K. **Contours of ableism**: The production of disability and abledness. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2009.
- CARRIERI, A. P.; AGUIAR, A. R. C.; DINIZ, A. P. R. Reflexões sobre o indivíduo desejanete e o sofrimento no trabalho: o assédio moral, a violência simbólica e o movimento homossexual. **Cad. EBAPE.BR**, v. 11, nº 1, artigo 10, Rio de Janeiro, Mar. pp. 168-180, 2013.
- CLOGSTON, J. S. Disability coverage in American newspapers. **The disabled, the media, and the information age**, p. 45-57, 1994.
- COSER, K.; POHLENZ, M. Assédio moral no ambiente de trabalho em relação às pessoas portadoras de deficiências. **Unoesc & Amp; Ciência - ACSA**, 8(1), 25-32, 2017.
- CROSS, E. Y.; KATZ, J. H.; MILLER, E.; SEASHORE E, W. **The promise of diversity**. BurrRidgne, IL: Irwin, 1994.
- DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.
- DAVIS, L. J. **Enforcing normalcy**: Disability, deafness, and the body. Verso Books, 1995.
- DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: 7ª Ed. FGV, 2011.
- DIAS, A. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal a narrativa capacitista social. In: I Simpósio Internacional de Estudos sobre a Deficiência. **Anais [...]**, São Paulo, 2013.
- INIZ, D. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

FACAS, E. P. Sociedade da Performance e a falácia da liberdade no discurso neoliberal. In: Ferreira, *et al.* (Orgs). **Vida e morte no mundo do trabalho**: neoliberalismo como patologia bio e necropolítica. Editora Fi. Porto Alegre, RS, pp. 63-75, 2020.

FARIAS, A. Q. Deficiência, docência e ensino superior: a trajetória acadêmica de uma professora cega. **Revista educação inclusiva**, 3(2), 57-65, 2020.

FERNANDES, V. H.; SILVA, G. R. Assédio Moral no Trabalho. **Revista de Estudos Interdisciplinares do Vale do Araguaia-REIVA**, 3(02), 25-25, 2020.

FERREIRA, J. B. Trabalho, sofrimento e patologias sociais. Estudo com trabalhadores bancários e anistiados políticos de uma empresa pública. **Dissertação de Mestrado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações**. Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2007.

FLEURY, S. (Coord.). **Análise do perfil dos artigos publicados na revista de administração pública - RAP - no Período 1992-2002**. Rio de Janeiro: *EAESP/FGV*, 2003.

FREITAS, M. E.; HELOANI, R.; BARRETO, M. **Assédio moral no trabalho**. Cengage Learning, 2020.

GEMELLI, C. E.; LOPES, G. P.; BELTRAME, B. S.; FRAGA, A. M. Uma década de (in)visibilidades: revisão sistemática das publicações sobre Pessoas com Deficiência na Administração. In: **Congresso de Administração, Sociedade e Inovação – CASI**. Rio de Janeiro, 2021.

GESSER, M.; BLOCK, P.; MELLO, A. G. Estudos da Deficiência: interseccionalidade, anticapacitismo e emancipação social. In: GESSER, M.; BOCK, L. K.; LOPES, P. H. (ORG). **Estudos da Deficiência anticapacitismo e emancipação social**, Editora CRV Curitiba, pp. 19-29, 2020.

GIESE, M.; RUIN, S. Forgotten bodies – an examination of physical education from the perspective of ableism, **Sport in Society**, v. 21, n. 1, pp. 152-165, 2018.

GOFFMAN, E. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. RJ: LTC, 2008.

GOFFMAN, E. **A representação do eu na vida cotidiana**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HAMMES, I. C.; NUERNBERG, A. H. A inclusão de pessoas com deficiência no contexto do trabalho em Florianópolis: relato de experiência no Sistema Nacional de Emprego. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 35, n. 3, pp. 768-780, 2015.

HAN, B-C. **Sociedade da Transparência**. Petrópolis: Vozes, 2017.

HIRIGOYEN, M. F. **Assédio Moral** – A violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kuhner. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2017a.

HIRIGOYEN, M. F. **Mal-estar no trabalho** – Redefinindo o assédio moral. Tradução de Rejane Janowitz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2017b.

HOCAYDEN-DA-SILVA, A. J.; ROSSONI, L.; FERREIRA JUNIOR, I. Administração pública e gestão social: a produção científica brasileira entre 2000 e 2005. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, pp. 655-680, 2008.

IRIGARAY, H. A. R. Prejudice Against Gays, Lesbians, and Bisexual Employees and the Impacts on their Health and Well-Being. *In: ICAP - International Congress of Applied Psychology*, Atenas. XXVI Congresso ICAP, 2006.

IRIGARAY, H. A. R.; VERGARA, S. C. O tempo como dimensão de pesquisa sobre uma política de diversidade e relações de trabalho. **Cadernos EBAPE. BR**, 9, pp. 1085-1098, 2011.

IRIGARAY, H. A. R. A inserção dos surdos no mercado de trabalho: políticas públicas, práticas organizacionais e realidades subjetivas. **Gestão e Planejamento**, v. 17, pp. 213-231, 2016.

JAMIESON, D.; O'MARA, J. **Managing workforce 2000**. San Francisco: Jossey-Bass, 1991.

KREIN, J. D.; COLOMBI, A. P. F. A reforma trabalhista em foco: desconstrução da proteção social em tempos de neoliberalismo autoritário. **Educação & Sociedade**, 40, 2019.

LANNA JÚNIOR, M. C. M. (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LIPPMANN, E. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. LTr, São Paulo. 2ª ed 2005.

LOPES, P. R. M. **Ética, assédio moral e assédio sexual na administração pública**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2008.

MACHADO-DA-SILVA, C. L.; CUNHA, V. C.; AMBONI, N. Organizações: O estado da arte da produção acadêmica no Brasil. *In: Encontro anual da ANPAD*, 14, 1990, Belo Horizonte. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 1990.

MARCHESAN, A.; CARPENEDO, R. F. Capacitismo: entre a designação e a significação da pessoa com deficiência. **Trama**, 17(40), pp. 56–66, 2021.
<https://doi.org/10.48075/rt.v17i40.26199>

MARTININGO FILHO, A.; SIQUEIRA, M. V. S. Assédio Moral e Gestão de Pessoas: Uma análise do assédio moral nas organizações e o papel da área de Gestão de Pessoas. **RAM – Revista de Administração Mackenzie**. Vol. 9; n. 5, pp.11-34, 2008.

MARTINS, S. P. **Assédio moral no emprego**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, A. G. de. Gênero, deficiência, cuidado e capacitismo: uma análise antropológica de experiências, narrativas e observações sobre violências contra mulheres com deficiência. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Florianópolis, 2014.

MELLO, A. G. de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro. v. 21, n. 10, pp. 3265-3276, Maio, 2016.

MIK-MEYER, N. Othering, ableism and disability: a discursive analysis of co-workers? Construction of colleagues with visible impairments. **Human Relations**, v. 69, n. 6, pp. 1341–1363, 2016.

NKOMO, S. M.; COX JR., T. Diversidade e identidade nas organizações. In: CLEGG, S. R. *et al.* **Handbook de estudos organizacionais: modelos de análise e novas questões em estudos organizacionais**. v. 1. São Paulo: Atlas, p. 334-360, 1999.

NUNES, T. C. G. **A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador**. Belo Horizonte: RTM, 2019.

OLIVEIRA, M. S.; MELO, S. C.; SILVA, M. C. L. O Acesso de Estudantes com deficiência no Ensino Superior e sua Relação com o Projeto de Sociedade Existente. **Práxis Educacional**, 16(41), pp. 167-183, setembro, 2020.

OLIVEIRA, M. S.; SILVA, M. C. L. O aprofundamento do Capacitismo na Pandemia. **RTPS-Revista Trabalho, Política e Sociedade**, 6(10), pp. 259-272, 2021.

PAMPLONA FILHO, R.; LAGO JÚNIOR, A.; BRAGA, P. S. Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. nº. 190, Salvador, 2016.

PAMPLONA FILHO, R.; SANTOS, C. M. P. G. **Assédio Moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PLESS, N. M.; MAAK, T. Building an Inclusive Diversity Culture: Principles, Processes and Practice. **Journal of Business Ethics**, Suíça, n. 54, pp. 129–147, 2004.

SANTOS, C. P. G. Assédio moral organizacional virtual. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 05 jan, 2021.

SANTOS, W. R. D. Pessoas com deficiência: nossa maior minoria. **Physis: revista de saúde coletiva**, 18, 501-519, 2008.

SARAIVA, L. A. S.; IRIGARAY, H. A. D. R. Políticas de diversidade nas organizações: uma questão de discurso? **Revista de Administração de Empresas**, 49(3), 337-348, 2009.

SILVA, H. O.; LAZZARIN, F. A. Do Panorama de exclusão para a construção de uma sociedade inclusiva: A relevância do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação para as Pessoas com Deficiência. **Gestão. Org**, v. 14, n. 5, pp. 303-311, 2016.

SILVA, J. S.; PINTO, F. R. Conviver e Perceber a Deficiência: Relação e Influência nas Concepções de uma Amostra de Discentes de Administração. **Gestão & Regionalidade**, v. 32, n. 96, pp. 71-91, 2016.

SIQUEIRA, M. O tema recursos humanos nas reuniões da ANPAD: trajetórias e perspectivas. In: Encontro Anual da ANPAD, 12, 1988, Foz do Iguaçu. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 1988.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 1.521**, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o assédio moral, 2019.

SOBOLL, L. A. P. **Assédio moral/organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

THOMPSON, V.; NOEL, J.; CAMPBELL, J. Stigmatization, discrimination, and mental health the impact of multiple identity status. **American Journal of Orthopsychiatry**, v. 74, n. 4, pp. 529-544, 2004.

VENDRAMIN, C. Repensando mitos contemporâneos: o Capacitismo. **Simpósio Internacional Repensando Mitos Contemporâneos**. UNICAMP, Campinas/SP, Agosto, 2019.

WOLBRING, G. The politics of Ableism. **Development**, Washington DC, v. 51, n. 2, pp. 252-258, 2008.

WOOD JÚNIOR, T.; PAULA, A. P. P. de. Pop-management: pesquisa sobre as revistas populares de gestão no Brasil. In: Encontro anual da ANPAD, 26, 2002, Salvador. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 2002.

XAVIER DOS SANTOS, L. “Deficiência” para um dicionário marxista: a política capacitista de uma palavra. Pensata: **Revista Dos Alunos Do Programa De Pós-Graduação Em Ciências Sociais Da UNIFESP**, 9(2), 2021.
<https://doi.org/10.34024/pensata.2020.v9.11100>

ZIMMERMANN, S. M.; SANTOS, T. C. D. R.; LIMA, W. C. M. Assédio moral. *In*: **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações. Porto Alegre, RS, v. 2, n.º. 7, pp. 10-16, maio, 2006.

ACÇÃO REGRESSIVA COMO MEIO DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E RESSARCIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Recebido em: 06/06/2024

Aceito em: 07/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-11318



Fabio Alessandro Fressato Lessnau ¹
Kauane Silveira Reberti ²

RESUMO: A violência contra a mulher, sobretudo no âmbito doméstico e familiar, resulta em consequências físicas e psicológicas às vítimas, além de poder gerar despesas à Previdência Social. Objetivou-se com o presente estudo analisar a possibilidade de ajuizamento de ação regressiva para ressarcimento da Previdência Social nos casos de violência doméstica e, junto a isso, prevenir novas ocorrências de crimes, com tais características. Não se pode perder de vista que, previamente, essa espécie de demanda tinha por objeto apenas o ressarcimento das despesas oriundas de acidente de trabalho. Posteriormente, a Lei n.º 13.846/2019 incluiu o inciso II no artigo 120 da Lei n.º 8.213/1991, passando a admitir ações regressivas nos casos de violência doméstica e familiar. No desenvolvimento deste estudo realizou-se uma pesquisa acerca dos dados, que se mostraram alarmantes, de casos de violência contra a mulher no Brasil e a necessidade de o Poder Público adotar medidas capazes de inibir novas ocorrências de delitos dessa espécie. Desse modo, com a exposição da norma jurídica, buscou-se entender a função social desse instrumento, que possui caráter ressarcitório, além de punitivo-pedagógico. Por fim, visando a conexão entre o conteúdo legal e interpretativo, apresentado na realidade fática, mostrou-se casos práticos em que as ações regressivas foram ajuizadas, especialmente, aquelas cujo fato gerador foi a violência doméstica ou familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Regressivas Previdenciárias; Violência Doméstica; Ressarcimento; Previdência Social.

REGRESSIVE ACTION AS A MEANS OF PREVENTING DOMESTIC VIOLENCE AND REFUNDING SOCIAL SECURITY

ABSTRACT: Violence against women, especially in the domestic and family environment, results in physical and psychological consequences to victims, and may generate expenses to social security. The present study aims to analyze the possibility of instituting regressive actions to reimburse Social Security in cases of domestic violence and prevent new occurrences of this type of crime. From this, it is necessary to understand, at first, what the right to regressive action is, starting from cases of work

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba. Especialista em Direito Previdenciário pela Uniderp. Especialista em Processo Civil pela Unipar. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professor de Direito Previdenciário da Graduação em Direito da Unipar/Umuarama. Procurador Federal (AGU/PGF/PF-PR). E-mail: fabiolessnau@abdconst.com.br

² Acadêmica do Curso de Direito da Unipar/Umuarama. Estagiária da Justiça Federal do Paraná – Subseção de Umuarama. E-mail: ksr00@jfpr.jus.br

accidents and their practical repercussions. Furthermore, it is crucial to identify the duties of social security in guaranteeing social security-related rights. Subsequently, research is carried out on the alarming data on cases of violence against women in Brazil and the need for the Public Power to adopt measures capable of inhibiting new occurrences of crimes of this magnitude. Based on this, this work addresses the amendment to article 120, II of Law n°. 8.213/91 which, through Law n°. 13.846/19, included cases of domestic and family violence in the list of possibilities for filing regressive actions. Thus, with the exposition of the legal norm, we seek to understand the social function of this guarantee, which has a punitive-pedagogical character. Finally, for a good understanding of the topic, the work examines practical cases in which regressive actions were filed, especially those whose triggering event was domestic or family violence.

KEYWORDS: Social Security Regressive Actions; Domestic violence; Refund; Social Security.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher, sobretudo no âmbito doméstico e familiar, é uma realidade no cenário brasileiro. O Brasil apresenta elevados números de casos registrados diariamente. É incontroverso que essa agressão possa acarretar numerosas consequências físicas e psicológicas na vítima.

Nas situações em que a violência impossibilita a vítima de exercer seu trabalho, poder-se-á requerer, junto ao INSS, algum benefício previdenciário por incapacidade laboral, desde que preenchidos os requisitos legais. Em circunstâncias mais graves, nas quais a vítima falece, seus dependentes poderão requerer pensão por morte.

Compete ao Poder Público criar mecanismos capazes de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, as ações regressivas encontram seu desiderato, pois, além de servirem como medidas punitivo-pedagógicas, também contribuem para assegurar o equilíbrio financeiro da Previdência Social.

Diante disso, o presente estudo tratará da possibilidade de ajuizamento da ação regressiva nos casos de violência doméstica como forma de evitar novas ocorrências desse crime e assegurar que os cofres públicos não sofram prejuízo pelo dano que não tenha concorrido para o acontecimento.

1 O ESTADO SOCIAL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS RELATIVOS À PREVIDÊNCIA

A ordem social, prevista no artigo 193 da Constituição Federal, tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (BRASIL, 1988). Visando atender esse escopo, a Constituição Federal criou um vasto sistema de direitos e garantias, dentre os quais

destaca-se em seu artigo 194, a seguridade social, compreendida como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

Logo, o poder público pode assegurar proteção social através de prestações materiais, como aquelas relativas à previdência social, elencados no artigo 201 da Constituição Federal, que atendem: eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte em favor dos dependentes do segurado falecido (BRASIL, 1988).

Registre-se que, direitos sociais, nos quais se incluem a previdência social, são direitos prestacionais, direitos de ação, de feição positiva, e costumam ser contrapostos aos direitos individuais, direitos de liberdade, direitos de defesa, de feição negativa. Assim, característica marcante dos direitos sociais é a atuação prestacional de outro sujeito que não seu titular, como requisito de viabilização do direito (ROTHENBURG, 2021, p. 42-45).

Entretando, os direitos sociais não poderiam resumir-se às prestações materiais, pois se assim o fosse, a natureza desse direito não se irradiaria à totalidade de seu propósito. Nesse sentido, “também pode ser necessário outro tipo de prestação, tal como a realização de um serviço (médico ou pedagógico, por exemplo) ou a edição de normas a disciplinar os direitos sociais” (ROTHENBURG, 2021, p. 45)

Espera-se, atualmente, do Estado Social, uma atuação ativa, que atenda às demandas de forma efetiva, seja através de prestações materiais, instrumentos normativos ou realização de serviços.

Deve-se considerar, ademais, que os direitos sociais às prestações materiais estão vinculados à reserva do possível, caracterizada por uma tríplice dimensão:

- a) a real disponibilidade fática de recursos para efetivação dos direitos sociais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; c) e o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito (SARLET, 2013, p. 547).

A disponibilidade fática de recursos parte das diversas formas de arrecadação que são disponibilizadas ao Estado através da matriz constitucional tributária e, também, por meio de fontes, como receitas de serviços, patrimoniais etc.

Nesse contexto insere-se o direito de o Estado ressarcir-se, através de uma ação regressiva, pelas despesas previdenciárias originadas da atuação negligente de uma empresa ou da prática de violência contra a mulher.

Exemplificativamente, o Estado social não deixará de cumprir com seu dever prestacional previdenciário de conceder um benefício por incapacidade a uma mulher vítima de violência doméstica que fique impossibilitada de exercer sua atividade profissional. Por outro lado, o Estado social poderá, lastreado nas normas de regência da matéria, ressarcir-se das despesas previdenciárias que lhe foram impostas, cobrando tais valores do agente que cometeu o ato ilícito.

Especificamente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, preenchidos os requisitos legais, poderão ser concedidos pelo INSS os seguintes benefícios previdenciários em favor da vítima que ficar impossibilitada de exercer sua atividade laboral ou, em decorrência da agressão, ficar com sequelas que impliquem em redução de sua capacidade laboral: auxílio por incapacidade temporária; aposentadoria por incapacidade permanente e auxílio-acidente.

Por seu turno, na hipótese de óbito da vítima, teoricamente seria cabível a concessão de pensão por morte aos seus dependentes, tudo conforme regras estabelecidas na Lei n.º 8.213/1991, e regulamentadas no Decreto n.º 3.048/1999.

É imperioso mencionar que a previdência social é organizada como regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, como prevê o art. 201 da Constituição Federal. O Estado deve garantir a prestação de benefícios, mas também precisa preservar o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, de maneira que assegure o amparo à situação que ensejar a concessão de benefícios, mas que, também, não prejudique os cofres públicos.

Assim, surge a necessidade de instituição de medidas capazes de assegurar a recomposição de orçamento diante das despesas com pagamentos de benefícios previdenciários oriundos de fatos que podem ser imputados exclusivamente a um agente causador, como nas hipóteses de negligência das empresas quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, e violência doméstica e familiar contra a mulher.

2 AÇÃO REGRESSIVA COMO INSTRUMENTO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Inicialmente, é importante compreender que a definição de ação regressiva está relacionada ao contexto da responsabilidade civil, em que o responsável pelas consequências de determinada ação ou omissão deve reparar, com indenização adequada, os danos suportados pela vítima.

Nesse contexto, o Código Civil - CC (BRASIL, 2002) é claro ao prever que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O dispositivo legal, desse modo, estabelece o dever de o causador indenizar o dano que foi provocado à vítima que, de alguma forma, foi lesada. É nessa conjuntura que se origina a responsabilidade civil.

A infração a um preceito de ordem penal pode resultar em uma reação mais violenta do ordenamento jurídico através da aplicação de castigo corporal ou multa. Por outro lado, quando a infração resulta em dano a terceiro, a relação se estabelece na ordem civil, resultando apenas no dever de indenizar. Não raro a infração da norma penal provoca consequências criminais e civis, pois o fato resulta em prejuízo patrimonial para a vítima (RODRIGUES, 2002, p. 309).

Considerando que a ação regressiva está inserida nesse âmbito da responsabilidade civil, sua caracterização pressupõe-se a existência de determinados elementos, como: ação ou omissão, culpa ou dolo, nexos causal e o dano. Com a comprovação desses elementos, nasce o dever de indenizar.

O instituto da ação regressiva procede nesse meio, porém, nessa hipótese, primeiramente o Estado, e não o causador do dano, arca com as despesas decorrentes daquela ação ilícita, através do pagamento de um benefício previdenciário. Somente em um segundo momento o Estado poderá ressarcir-se, portanto, pela ação regressiva, dos valores despendidos.

Conforme definição de Carlos Roberto Gonçalves (2023), o agente que arca com os custos da indenização, isto é, o responsável indireto, tem um direito regressivo contra o responsável pelo dano, que é possível ser cobrado por meio da ação regressiva.

Esse direito de regresso está garantido no artigo 934 do CC, o qual assegura que: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz” (BRASIL, 2002). Dessa forma, percebe-se que a norma jurídica ampara o direito ao ressarcimento daquele que suportou dano causado por outra pessoa.

A ideia consolida-se no pressuposto de que ninguém é obrigado a suportar prejuízo causado exclusivamente por outra pessoa.

No âmbito previdenciário, a matéria está disciplinada no artigo 120, da Lei 8.213/1991, que autoriza o INSS a ajuizar ação regressiva contra os responsáveis nos casos de: (i) negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, e (ii) violência doméstica contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Também poderá ser ajuizada ação regressiva contra o titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais que não cumprir com a obrigação de remeter ao INSS, no prazo de um dia útil, pelo Sistema Nacional de Informações de Registro Civil, ou pelo sistema que venha a substituí-lo, a relação dos nascimentos, dos natimortos, dos casamentos, dos óbitos, das averbações, das anotações e das retificações registradas na serventia, nos termos do §6º, do artigo 228, do Decreto 3.048/1999.

A despeito de constar na norma apenas três hipóteses para o ajuizamento de ação regressiva, na prática observa-se que em outras situações o Estado vem utilizando desse instrumento para ressarcir-se de despesas que não deu causa, conforme estudado mais adiante.

3 AÇÃO REGRESSIVA: DEVER OU FACULDADE

As ações regressivas dependem de atuação ativa do Estado, no sentido de buscar os elementos necessários para bem instruir a demanda e viabilizar seu ajuizamento. A legislação respalda essa atuação estatal, porém, não há um pensamento unânime quanto ao ponto de ser um dever institucional ou uma faculdade colocada à disposição do Estado. Para José Faleiros Júnior (2015), o Estado detém o dever de instaurar ação regressiva, como se nota:

Desde que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do direito de regresso, a busca do ressarcimento do erário público em face do real causador do dano sempre representou um dever do Estado, e não uma mera faculdade, tendo em vista que não se pode consentir com a impunidade do agente causador do dano, em prejuízo do erário público, que será imediatamente atingido no momento da recomposição dos prejuízos experimentados pelo particular (FALEIROS JÚNIOR, 2015, p. 112).

Aparentemente, o ajuizamento da ação regressiva é dever do Estado, como preconiza o *caput* do art. 120 da Lei nº 8.213/91, ao mencionar que a Previdência Social ajuizará ação regressiva nos casos elencados.

O Estado vem intensificando a propositura dessas demandas, conforme relatado por Frederico Amado (2021):

Vale registrar notícia publicada no Valor Econômico em julho de 2010: O INSS amplia a cobrança por acidente de trabalho. O trabalho de cobrança iniciado informalmente em 1999, foi intensificado em meados de 2008 (...). Realmente, a cada ano o INSS, através da Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal, está propondo um número maior de ações regressivas [...] (AMADO, 2021, p. 501).

A despeito desse incremento no ajuizamento de ações regressivas ao longo dos anos, sabe-se que existe larga margem para aperfeiçoar essa atuação, contudo, a pretensão esbarra em entraves estruturais do órgão responsável pela interposição dessas demandas.

4 FUNÇÃO SOCIAL DAS AÇÕES REGRESSIVAS PREVIDENCIÁRIAS

Importante identificar o escopo das ações regressivas. Partindo da matriz constitucional previdenciária, observa-se que o artigo 201 da Constituição Federal estabelece, com teor de princípio, a busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial. Nesse ponto já se pode identificar que o sistema previdenciário precisa manter-se hígido e equilibrado financeiramente, desvelando, assim, as ações regressivas como instrumento para buscar recompor ao erário os recursos despendidos com o pagamento de determinados benefícios previdenciários.

A doutrina vem buscando identificar os demais propósitos dessa espécie de demanda estatal. Wagner Balera e Diogo Lopes Vilela Berbel (2022), apontaram dois objetivos para a hipótese de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, quais sejam: “(i) o de reaver do causador do “risco social” o montante pago a título de benefício previdenciário; e (ii) o de exortar as empresas a tomarem medidas profiláticas de higiene e segurança do trabalho, para redução paulatina dos benefícios decorrentes de atos de culpa ou dolo do empregador” (BERBEL, BALERA, 2022, p. 126).

O estímulo à adoção de medidas preventivas pelas empresas, objetivando evitar acidentes de trabalho, aparece como uns dos objetivos mais expressivos das ações regressivas. Mas a demanda também se reveste de caráter punitivo-pedagógico de

concretização de política pública de prevenção de acidentes de trabalho (MACIEL, 2022, p. 22).

A ação regressiva nos casos de violência doméstica e familiar também dispõe de pretensão preventiva e inibitória. Esse desiderato revela-se fortemente quando o inciso II, do art. 120, da Lei 8.213/1991 remete à Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Essa conexão entre a Lei de Benefícios e a Lei Maria da Penha atende o ideal de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra mulher, de forma que diversas frentes de atuação foram impostas pelo legislador para o cumprimento dos fins almejados, conforme revelou Vicente de Paula Ataíde Junior (2021):

[...] o aumento do rigor punitivo para os crimes de violência por questões de gênero no âmbito doméstico (art. 44 da Lei 11.340/06); estímulo à realização de pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes acerca da violência doméstica (art. 8º, II); atendimento especializado a mulher vítima de agressões (art. 8º, IV; 10; 10-A; 11; 12; 12-A e 12-C); bem como instauração das medidas protetivas de urgência, com vistas a resguardar a integridade física da vítima nas situações de perigo, seja direcionando restrições judiciais ao agressor (art. 22), seja estabelecendo prerrogativas específicas de guarda da vítima (art. 23) (ATAÍDE JUNIOR, 2021, p. 48).

Dessa maneira, percebe-se a tripla função desse instituto regressivo: reparar, punir e educar. A reparação efetiva-se quando o patrimônio público é ressarcido pelo gasto que teve de arcar em razão da concessão do benefício previdenciário concedido à vítima de violência doméstica.

Além disso, a punição, nesse caso, ocorre de forma pecuniária, uma vez que o agente agressor deverá ressarcir ao INSS os valores pagos pela autarquia a título de benefício previdenciário. É crucial entender que a medida monetária imposta pela ação regressiva não se confunde com as penas determinadas no âmbito criminal que, por sua vez, aplicará a sanção nos termos do estabelecido pela Lei Maria da Penha.

Note-se que a punição em dinheiro, muitas vezes, torna-se a forma mais eficaz de prevenção a novos delitos, tendo em vista que os meios existentes no sistema penal convencional, atualmente, infelizmente, não foram capazes de inibir a ocorrência de novos casos. Isso porque não há no Brasil diminuição de casos de violência doméstica, mas, pelo contrário registra-se um aumento dessa espécie de delito, conforme será demonstrado em tópico próprio.

Outrossim, resta, ainda, o viés educativo da ação regressiva, ao conscientizar os infratores a respeito das consequências da conduta antijurídica, além de evidenciar a

validade da aplicação da norma jurídica. Ou seja, na medida em que a sociedade compreende quais são os efeitos jurídicos daquela conduta antijurídica, é possível garantir uma consciência educativa ainda maior.

5 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

A violência doméstica e familiar pode resultar na concessão de benefícios previdenciários para a vítima, ou seus dependentes, diante das consequências resultantes da agressão.

Registre-se que, infelizmente, a violência doméstica e familiar vem aumentando no Brasil e, conseqüentemente, gerando reflexos diretos nas despesas previdenciárias.

O 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública concluiu que a violência contra a mulher cresceu no ano de 2022 quando comparado com a primeira edição da pesquisa realizada em 2017. Em relação aos feminicídios, houve um acréscimo de 6,1% em 2022, resultando em 1.437 mulheres mortas simplesmente por serem mulheres. As agressões em contexto de violência doméstica tiveram aumento de 2,9%, totalizando 245.713 casos (FÓRUM SEGURANÇA PÚBLICA, 2022).

É imperioso consignar que essa violência não se limita à esfera física, já que pode se concretizar também na ordem psicológica, sexual, patrimonial e moral. Caso essas outras formas de violência venham acarretar prejuízo à vítima, de forma a ensejar algum benefício previdenciário, teoricamente, será cabível o ajuizamento de ação regressiva.

6 HIPÓTESES DE AJUIZAMENTO DE AÇÕES REGRESSIVAS

A violência doméstica e familiar é uma realidade que precisa ser enfrentada com políticas públicas eficazes, não deixando de lado as medidas de amparo às vítimas dessas circunstâncias.

Paralelamente, faz-se necessário a manutenção do equilíbrio das contas públicas, visando manter o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. Assim, nos próximos tópicos serão analisadas algumas das hipóteses que o Estado pode ajuizar ações regressivas, com destaque, no tópico seguinte, às demandas em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

6.1 Ação regressiva nos casos de acidente de trabalho

Em um primeiro momento, as ações regressivas previdenciárias eram cabíveis apenas em casos de negligência no que se refere às normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para proteção individual e coletiva, conforme estabelecia a redação original do art. 120 da Lei nº 8.213/91.

Nessa hipótese, o ajuizamento de ação regressiva visa reaver despesas decorrentes de benefícios previdenciários concedidos aos trabalhadores que suportaram acidentes durante o exercício de sua atividade laboral, nos casos de comprovada negligência do empregador quanto à observância das normas de segurança e higiene do trabalho para proteção individual e coletiva.

Trata-se de uma forma de responsabilização apoiada na premissa de que os danos gerados ao INSS não deveriam ser suportados por toda a sociedade, porquanto decorrentes de atitudes ilícitas provocadas por empresas que não cumprem as normas protetivas da higidez do ambiente de trabalho (ROCHA, 2022).

Dessa forma, como consequência de um acidente de trabalho, o empregado necessita de benefício pago pelo INSS, como auxílio por incapacidade temporária, aposentadoria por incapacidade permanente, auxílio-acidente ou pensão por morte (nesse caso, o titular do benefício são os dependentes do segurado falecido). Tudo isso importa verbas significativas custeadas pela Previdência Social que, todavia, foi causada exclusivamente pela atitude negligente do empregador.

Essa situação ocorre, em verdade, porque o empregador, ao deixar de atender as normas que regem a segurança do trabalho, assume o risco de ser responsabilizado pelo eventual acidente que decorra dessa inobservância, a exemplo do patrão que não fornece os equipamentos de proteção individual ao empregado. Carlos Roberto Faleiros Diniz e Helder Ribeiro Machado (2015), também reafirmam tal realidade, neste sentido:

[...] o empregador, ao deixar de fornecer os equipamentos de segurança necessários e exigidos pela legislação, assume o risco de ser responsabilizado por um eventual acidente, que venha a acontecer com os funcionários de sua empresa. Ao demonstrar que o empregador foi negligente, o INSS pode buscar regressivamente a indenização deste para recompor os cofres públicos do ônus financeiro utilizado para pagar o trabalhador (DINIZ; MACHADO, 2015, p. 15).

Através da instrução probatória poder-se-á demonstrar a existência de nexo causal, isto é, se o acidente decorreu da negligência do empregador em relação à

observância das normas de segurança do trabalho e, dessa omissão, resultou o infortúnio. Essa análise envolve a apreciação dos contornos fáticos em relação ao acidente, cuja demonstração é responsabilidade do INSS (CASTRO, LAZZARI, 2020).

Portanto, a motivação para ajuizamento dessas ações é a recomposição dos cofres públicos pelas atitudes de outros agentes e, junto a isso, promover a consciência sobre as consequências que a ação negligente pode acarretar, de forma a prevenir novas ocorrências.

6.2 O caso da Boate Kiss

O incêndio na Boate Kiss, ocorrido em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria, no Estado do Rio Grande do Sul, estremeceu o Brasil. Diante da relevância desse evento, optou-se por redigir um tópico próprio.

Nessa fatalidade, mais de 600 pessoas ficaram feridas e 242 pessoas morreram. Dentre as vítimas, algumas eram funcionárias da própria casa noturna, que trabalhavam no local durante o dia fatídico, outros eram prestadores de serviço terceirizados de segurança e limpeza, além dos integrantes da banda que se apresentava.

Esse acontecimento teve grande repercussão, primeiramente sobre as pessoas diretamente envolvidas, diante da possibilidade de desenvolvimento de psicopatologias pós-traumáticas, como também sobre a comunidade de Santa Maria, tanto é que foram criados serviços de atenção psicossocial e multiprofissional aos sobreviventes, familiares e envolvidos. Posteriormente, reconheceu-se que essas medidas deveriam ser permanentes, pois uma parcela da população é desassistida em relação a situações traumáticas, como violência, perdas familiares, homicídios etc. (BOATE KISS, 2022).

No plano legislativo, as autoridades representativas do Estado, objetivando criar normas mais rígidas em relação à prevenção e combate a incêndio, editaram a Lei n.º 13.425/2017, que estabeleceu diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público.

A nova norma não mudará o trágico evento passado, mas terá efeito educativo e prático, pois basta que ela seja potencial e possa ser invocada pela parte a quem a lei atribui direito de exigir o seu cumprimento (MONTORO, 2009, p. 353).

O evento foi caracterizado, para seus devidos fins, como acidente de trabalho. Conforme constou no Relatório de Análise de Acidente de Trabalho, elaborado pela Superintendência Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, a sequência de eventos

que contribuiu para o cenário envolveu desde a tolerância de uso de material ignescente, ao uso de material combustível no revestimento do teto, bem como a falta de sistema de iluminação, sinalização de emergência e rota de fuga suficientes e eficientes, e ainda a falta de capacitação para os trabalhadores. Todos esses fatores contribuíram para o sinistro (BRASIL, TRF4, 2018).

Percebe-se que o evento teve como uma das causas a negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva.

Com isso, o INSS pode ajuizar ação regressiva requerendo o ressarcimento das despesas com benefícios previdenciários pagos a 17 trabalhadores, sendo 12 com auxílio por incapacidade temporária e 5 com pensão por morte. O INSS sustentou que esses trabalhadores teriam sido vítimas de acidente de trabalho em razão de negligência dos donos da boate, uma vez que descumpriram as normas de segurança do trabalho (BRASIL, TRF4, 2018).

A decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região condenou quatro ex-sócios da Boate Kiss, o ex-chefe de segurança e uma empresa a ressarcir o Instituto Nacional do Seguro Social dos valores dispendidos com os benefícios de auxílio por incapacidade temporária e pensão por morte de funcionários que trabalhavam na Boate Kiss no dia do evento.

Constou no voto do relator, Desembargador Luís Alberto D Azevedo Aurvalle (2018), que restaram comprovados os atos concreto dos réus que resultaram no sinistro:

[...] o estabelecimento estava funcionando com alvará vencido, que a lotação era superior à capacidade do local, que o número de saída era insuficiente para o contingente de frequentadores, que não havia saídas alternativas, nem sinalização adequada, bem como o uso inadequado de materiais de revestimento do prédio, sem projetos e execução de profissional habilitado, extintores de incêndio inoperantes [...] (BRASIL, TRF4, 2018).

Depreende-se desse evento, a despeito de trágico e lamentável, a substancialidade das ações regressivas, tanto no aspecto preventivo e orientador, quanto pedagógico, pois trata-se de meio de incentivo à adoção das medidas que evitem tragédias, sob pena de ressarcimento dos cofres públicos das despesas previdenciárias.

6.3 Outras hipóteses que admitem o ajuizamento de ação regressiva

A Procuradoria-Geral Federal, representante judicial do INSS, passou a ajuizar ações regressivas em face dos responsáveis por acidente de trânsito, nas situações em que o motorista age com imprudência, negligência ou imperícia quantos às regras básicas de segurança no trânsito e, conseqüentemente, incapacite, de alguma forma, a vítima ao ponto de ser necessária a concessão de benefício previdenciário.

A Portaria Conjunta PGF/INSS nº.6, de 18 de janeiro de 2013 disciplina critérios e procedimentos relativos ao ajuizamento de ações regressivas previdenciárias. Em seu artigo 4º inciso II, reconhece-se como ilícito suscetível de ajuizamento de ação regressiva o cometimento de crimes de trânsito na forma do Código de Trânsito Brasileiro.

Na Cartilha de Atuação nas Ações Regressivas Previdenciárias, da Advocacia-Geral da União, consta que para o ajuizamento de ação regressiva de trânsito devem estar presentes os seguintes pressupostos fáticos: (i) acidente de trânsito que vitime um segurado do INSS; (ii) despesa previdenciária, entendida como aquelas relativas a pagamento, pelo INSS, de pensão por morte e de benefícios por incapacidade, bem como aquelas decorrentes do programa de reabilitação profissional, e (iii) culpa do causador do acidente, consubstanciado na afronta a algum dispositivo previsto no Código de Trânsito Brasileiro (AGU, 2014, p. 12-13).

Por sua vez, caso o segurado vítima do acidente de trânsito estivesse aposentado no momento do infortúnio, haverá a conversão da aposentadoria em pensão por morte, sem dispêndio adicional ao INSS, uma vez que não se consideram ressarcíveis as despesas com o benefício pago aos dependentes. Logo, nesse caso, não seria cabível o ajuizamento da ação regressiva (AGU, 2014, p. 13).

O titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, nos termos do artigo 68, da Lei n.º 8.212/1991, tem a obrigação de remeter ao INSS, em até 1º (um) dia útil, pelo Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC) ou por outro meio que venha a substituí-lo, a relação dos nascimentos, dos natimortos, dos casamentos, dos óbitos, das averbações, das anotações e das retificações registradas na serventia.

Um dos objetivos dessa norma, entre outros, é levar ao conhecimento do INSS os óbitos de segurados para que um possível benefício de aposentadoria ou pensão que estava sendo recebida pelo falecido possa ser cessado. Dessa forma, “o descumprimento de qualquer obrigação imposta e o fornecimento de informação inexata sujeitarão o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, além de outras penalidades

(inclusive multa administrativa), à ação regressiva proposta pelo INSS, em razão dos danos sofridos” (CARDOSO, 2023, p. 489).

A fundamentação legal para ajuizamento de ação regressiva para essa espécie está disposta no §6º, do artigo 228, do Decreto 3.048/1999.

Ainda, uma outra modalidade de ação regressiva encontra-se descrita no §2º, do artigo 76, da Lei 8.212/1991, no caso de pagamento indevido de benefício a pessoa não autorizada, ou após o óbito do titular do benefício. Nesse caso, a instituição financeira é responsável pela devolução dos valores ao INSS, em razão do descumprimento das obrigações a ela impostas por lei ou por força contratual.

A hipótese responsabiliza a instituição financeira a devolver os valores de benefícios previdenciários pagos indevidamente, de modo que “não havendo devolução espontânea, poderá ser proposta uma ação de reconhecimento pelo INSS em face da instituição financeira, fundada no ilícito consistente na não devolução de valores previstas em lei” (CARDOSO, 2023, p. 489).

7 AÇÕES REGRESSIVAS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

7.1 Inclusão do inciso II no artigo 120 da Lei nº 8.213/91

A redação original do art. 120 da Lei 8.213/1991 admitia a propositura de ações regressivas somente nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva. Posteriormente, com a publicação da Lei nº 13.846/2019, a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ser uma das possibilidades de ajuizamento de ação regressiva.

A alteração da norma se efetivou por meio do Projeto de Lei do Senado nº 282/2016, proposto pela Senadora Marta Suplicy. Nos pareceres do projeto de lei, os senadores consideraram os casos significantes de violência contra a mulher no Brasil, bem como a necessidade de ressarcimento do erário pelos custos que essa violência acarreta com a concessão de benefícios previdenciários.

Na análise e voto da Senadora Simone Tebet no PLS nº 282/2016, demonstrou-se a intenção de conciliar as regras que visam coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, consubstanciadas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), e o propósito de recomposição dos cofres públicos através de ações regressivas pelo INSS:

Ademais, com a finalidade de harmonizar essas novas normas previdenciárias com a Lei Maria da Penha, e deste modo, assegurando maior eficácia à recuperação dos prejuízos incorridos pelo INSS, a emenda, acertadamente, determina ainda que seja explicitado nesta lei a responsabilidade do agressor perante as despesas do INSS [...] (SENADO FEDERAL, 2016).

Em verdade, o legislador já havia identificado a necessidade de criar mecanismos de o Estado ressarcir-se nos casos de despesas decorrentes de violência doméstica e familiar. Com efeito, em relação às despesas não relacionadas à Previdência Social, a Lei nº 11.340/06, em seu §4º, art. 9º, determinou que o sujeito responsável pela ação ou omissão que causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher deverá ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), e arcar com os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar.

Nesses casos de violência doméstica e familiar, o mais prudente seria aguardar o trânsito em julgado da ação penal para o ajuizamento da ação regressiva. Teoricamente, somente com a certeza da autoria e materialidade do delito, consignado em sentença penal condenatória transitada em julgado, seria possível a busca pelo ressarcimento dos valores despendidos com o pagamento de um possível benefício previdenciário. Esse entendimento sustenta-se na aplicação do princípio da não culpabilidade (LA BRADBURY, 2022, p. 930).

Porém, essa exigência pode ser superada, admitindo-se que a inexistência de trânsito em julgado pode não representar obstáculo à propositura da ação regressiva, uma vez que as esferas penal e civil são independentes, conforme descrito no art. 935 do Código Civil.

Nesse sentido, oportuno transcrever trecho da sentença proferida nos autos 50063747320124047114/RS:

Isto é, ainda que a condenação na seara criminal torne a matéria indiscutível no cível, a inexistência de decisão definitiva na ação penal não impede o julgamento da ação em que se discute a responsabilidade civil, mormente quando presente o substrato fático para tanto (BRASIL, 2012).

O caso é diferente ao da Boate Kiss, por exemplo, em que o fato gerador dos benefícios previdenciários não versava sobre a condenação criminal. Nesse caso, não se

exige a comprovação de dolo dos agentes, já que a questão se relacionava à existência ou não de negligência quanto à observância das normas de higiene e segurança do trabalho.

Portanto, entende-se que, havendo prova consistente da autoria e materialidade, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da ação criminal para o ajuizamento da ação regressiva nos casos de violência doméstica e familiar.

7.2 Ações Regressivas Ajuizadas

Após analisar todo o viés jurídico e social das ações regressivas, nos casos de violência doméstica e familiar, é necessário, neste momento, explorar os casos práticos em que houve o ajuizamento dessas demandas.

Vale afirmar que, mesmo anteriormente à promulgação da Lei nº 13.846/2019, que incluiu a violência doméstica no rol de hipóteses das ações regressivas, algumas demandas já haviam sido ajuizadas. No entanto, por não existir previsão legal expressa, identificava-se certa resistência por parte do poder judiciário em aceitar a legalidade desse tipo de ação nos casos de violência doméstica.

Apesar disso, em 2017, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) acolheu o pedido da Advocacia-Geral da União (AGU) para condenar o agressor que assassinou sua ex-esposa, com 11 facadas, ao ressarcimento integral dos gastos que a Previdência Social teria com a pensão por morte concedida aos dependentes da vítima³. Nesse caso, o réu interpôs recursos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), porém, não obteve reforma da decisão (ALENCAR, 2019).

Percebe-se, dessa maneira, a existência da busca por ressarcimento antes mesmo da promulgação da Lei que passou a prever essa possibilidade, por entenderem excessivos os casos de violência doméstica e familiar, além de exorbitantes os gastos que o INSS tem com esse tipo de delito.

Ademais, em outro caso similar, houve, também, homicídio contra a ex-companheira, motivo pelo qual seus dependentes passaram a receber pensão por morte, conforme julgado abaixo transcrito:

APELAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. HOMICÍDIO CONTRA SEGURADA PELO EX COMPANHEIRO. PENSÃO POR MORTE AO DEPENDENTE. RESSARCIMENTO DEVIDO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO.

³ A ação regressiva mencionada refere-se aos autos 5006374-73.2012.404.7114.

1. Em razão do crime de homicídio cometido pela parte ré, a parte autora pleiteia o ressarcimento das despesas com o pagamento da pensão por morte ao dependente da segurada.

[...]

3. No caso vertente, a data de início do benefício ocorreu em 18/11/2008, razão pela qual, pelo princípio do *tempus regit actum*, demonstra-se inviável a aplicação do artigo 120, inciso II, da Lei n. 8.213/91. Sem prejuízo, observa-se que o rol previsto no artigo 120 da Lei n. 8.213/91 não se apresenta como rol taxativo, mormente porquanto a nomenclatura “ação regressiva”, no direito brasileiro, não é utilizada somente para casos em que o INSS pleiteia ressarcimento por benefícios decorrentes de violação às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

4. O fundamento legal que serve de amparo para a ação regressiva pela entidade autárquica, no caso em apreço, consiste na previsão do artigo 934 c.c. artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. Jurisprudência/TRF3 - Acórdãos A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem entendimento sobre a possibilidade de ação regressiva proposta pelo INSS em face de autor de homicídio para ressarcimento de benefícios previdenciários pagos. Precedentes.

5. Comprovada a culpa do réu pelo falecimento da segurada (ex-companheira do réu) e comprovada a dependência econômica do filho desta, com a concessão do respectivo benefício, é de rigor a condenação da parte ré ao ressarcimento dos valores despendidos pela parte autora para pagamento do benefício de pensão por morte, devidamente corrigidos com juros e correção monetária. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003035-04.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 28/11/2019, Intimação via sistema DATA: 09/12/2019).

No caso acima citado, percebe-se que houve a reforma da decisão originária para que o autor da agressão fosse condenado a ressarcir ao INSS as despesas tidas em razão da pensão por morte concedida ao filho da vítima, o que mostra mais uma situação em que houve a efetiva aplicação da norma jurídica em estudo.

Outrossim, em março de 2023, a AGU publicou que, no Dia Internacional das Mulheres (08/03), foram ajuizadas doze ações regressivas contra responsáveis pelo crime de feminicídio. A estimativa é de que o INSS seja ressarcido em R\$ 2,3 milhões pela concessão de pensão morte aos dependentes das vítimas através dessas doze situações (AGU, 2023).

No ano de 2024, também no Dia Internacional das Mulheres, a AGU ajuizou cinquenta e quatro ações regressivas contra autores de crimes de feminicídio. Com essas demandas, estima-se o ressarcimento de R\$ 12,4 milhões aos cofres públicos (AGU, 2024).

Conforme assinalou o advogado-geral da União, “muito mais do que o ressarcimento financeiro para os cofres do INSS, o que sem dúvida é importante, o que queremos com essas ações é obter um efeito pedagógico, passar um recado claro para toda a sociedade de que as instituições não irão tolerar a violência contra a mulher e estão

comprometidas com a punição dos que cometem crimes tão covardes”. Completou a procuradora-geral federal que “O ajuizamento em massa de tais ações resulta em um impacto mais abrangente de natureza punitiva e educativa do que seria alcançado com a dispersão das mesmas, auxiliando, assim, no fortalecimento das estratégias públicas para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres” (AGU, 2024).

Esses números ainda são baixos em relação ao registro diário de violência doméstica, porém, nota-se um avanço por parte da Advocacia-Geral da União em buscar aumentar o número de ações regressivas, para que se alcance um ressarcimento maior ao erário, além de, somado isso, atingir a função social da norma.

Nesse contexto, nota-se a pertinência, na prática, das ações regressivas previdenciárias ajuizadas para ressarcimento da Previdência Social, apesar de restar evidente a necessidade de se intensificar a utilização desse mecanismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pode estudar, conforme objetivo principal, infere-se que, com a inclusão do inciso II, no artigo 120, da Lei 8.213/1991, pela Lei nº 13.846/2019, passou a ser possível o ajuizamento de ação regressiva nos casos de violência doméstica e familiar, desde que: (i) haja ato de violência doméstica ou familiar contra uma segurada da Previdência Social; (ii) que dessa violência sejam geradas despesas previdenciárias, e (iii) que o ato ilícito afronte algum dos dispositivos da Lei 11.340/2006.

Antes da promulgação da referida lei, já era possível o ressarcimento aos cofres públicos nos casos de acidente de trabalho e de trânsito. Entretanto, com os altos números de casos de violência contra a mulher e, via de consequência, o aumento constante de concessão de benefícios previdenciário para a vítima ou seus dependentes em razão de atos de agressão, houve a necessidade de incluir a violência doméstica no rol de cabimento das ações regressivas.

Evidenciou-se, dessa forma, a validade das ações regressivas previdenciárias para a recomposição dos cofres públicos, na medida em que o INSS é ressarcido pelos gastos que teve em decorrência da concessão de benefícios previdenciários.

Por outro lado, em relação ao objetivo de prevenir casos de violência doméstica, percebe-se que os números de ações regressivas previdenciárias, nesses casos, são muito pequenos quando comparados aos números de violência doméstica registrados hodiernamente, de modo que o uso desse instrumento precisa ser aperfeiçoado.

Sendo assim, pode-se concluir que, cumprido o estabelecido no art. 120, II, da Lei nº 8.213/91, infere-se que o caráter social da ação está resguardado e surte efeito para toda a sociedade, já que as ações regressivas previdenciárias, nos casos de violência doméstica e familiar, além de promoverem a recuperação das despesas suportadas pelo INSS com benefícios previdenciário, também possuem aspecto punitivo-pedagógico que contribui para a realização das políticas públicas, notadamente, aquelas relacionadas ao combate à violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. **Dia Internacional das Mulheres: AGU** ajuíza ações para cobrar R\$12,4 milhões de autores de feminicídio. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/blyHK>. Acesso em: 13 mar. 2024.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. **Dia Internacional das Mulheres: AGU** ajuíza ações para cobrar R\$ 2,3 milhões de 12 autores de feminicídios. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dlqvJ>. Acesso em: 22 fev.2024.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. **Cartilha de atuação nas ações regressivas previdenciárias**. 2014.

ALENCAR, Hermes Arrais. MP 871/2019. O Homem-Agressor na Mira do INSS. O Caráter Punitivo--Pedagógico das Ações Regressivas Decorrentes de Violência Doméstica no Direito

Previdenciário. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 361, jul. 2019.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito de Processo Previdenciário**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Ações regressivas previdenciárias: ações de ressarcimento sui generis**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

BERBEL, Diogo Lopes, BALERA, Wagner. **Direito Previdenciário Acidentário: algumas definições**. 1ª ed. São Paulo: LUJUR, 2022.

BOATE KISS: A crise de saúde mental as Santa Maria após incêndio. **BBC**, 27 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dnuBO>. Acesso em: 09 fev.2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Autos n.º 50063747320124047114**. Juízo Substituto da 1ª VF de Lajeado. Juíza Aline Lazzaron. Julg. 01/02/2013. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bE145>. Acesso em: 22 fev.2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. (1ª Turma). **Recurso de apelação - Ação regressiva - Decisão unânime que se deu provimento ao apelo**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Evandro Gomes Correia Filho. Relator: Des. Fed. Valdeci dos Santos, 28/11/2019. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. (6ª Turma). **Recurso de Apelação – Ação regressiva – Decisão unânime que seu deu provimento ao apelo**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Estado de Minas Gerais e Wallace Cordeiro Valadares. Relator: Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 06/03/2006. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Cível n.º 5004784-63.2013.4.04.7102**. Des. Fed. Luis Alberto D’Azevedo Aurvalle, 04/04/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ex-sócios da Boate Kiss terão que ressarcir INSS**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13540. Acesso em: 31 jan. 2024.

BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; LAGRECA, Amanda; SOBRAL, Isabela; BARROS, Betina; BRANDÃO, Juliana. O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: **Fórum brasileiro de segurança pública**. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2024.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CARDOSO, Phelipe. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **As peculiaridades processuais das ações de responsabilidade civil propostas contra o Estado**. 13. ed. Belo Horizonte: Amagis Jurídica, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** 4. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau. **Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário**. 5. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MACIEL, Fernando. **Ações regressivas acidentárias**. São Paulo: LTr, 2015.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REVISTA BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Brasília: **TJDFT**, v. 5, n. 30, dez./jan. 2015.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 20. ed. Curitiba: Alteridade, 2022.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Sociais São Direitos Fundamentais: Simples Assim**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 6º. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W, STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2016**. Modifica os arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre o ajuizamento de ação regressiva pela Previdência Social em face dos responsáveis por violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, 2016. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7926884&ts=1630451480401&disposition=inline&_gl=1*2idwx3*_ga*MTEzNTM4ODA2Mi4xNjk4MTc4MzU2*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5ODE3ODM1Ni4xLjEuMTY5ODE4MDAyNS4wLjAuMA. Acesso em: 10 out. 2023.

WERNECK, Leonardo. **AGU confirma no STF validade de ação ajuizada contra homem que assassinou a ex-esposa**. Advocacia Geral da União, Brasília, 28 jun. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-confirma-no-stf-validade-de-acao-ajuizada-contrahomem-que-assassinou-a-ex-esposa-570394>. Acesso em: 14 set. 2023.

DA ANULABILIDADE DAS CESSÕES DE CRÉDITOS RURAIS: ESTUDO DE CASO EM RELAÇÃO AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE NÃO OFERECEM TRATAMENTO ISONÔMICO PARA OS DEVEDORES DO AGRONEGÓCIO

Recebido em: 15/08/2023

Aceito em: 06/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10620



Moacyr Ribeiro da Silva Netto ¹
Rildo Mourão Ferreira ²

RESUMO: A pesquisa visa compreender a validade de cessões de créditos rurais que estejam sendo executados judicialmente por instituições financeiras para terceiros não envolvidos na lide. Pretende-se investigar especialmente os casos nos quais a parte executada manifesta interesse em acordo para adimplir a dívida e que o exequente não oferece a possibilidade de pagamento com desconto e posteriormente realiza a cessão à investidores do mercado financeiro por um preço muito inferior. O estudo justifica-se pela constatação de que investidores têm adquirido dívidas de produtores rurais por valores irrisórios, com vistas à obtenção de imóveis rurais por eles empenhados, sem lhes garantir o direito de quitar a dívida em patrimônio e em igualdade de condições. O objetivo geral destina-se a investigar o abuso de direito dos bancos públicos, que dispoem de capital público considerável, deixam de oferecer os melhores descontos aos devedores primitivos para, injustamente ofertá-los aos investidores do mercado secundário. Os objetivos específicos são: analisar, se, existe direito de preferência para que o devedor do agronegócio pague seu débito, pelo mesmo valor ofertado pelos investidores; verificar as diretrizes para venda de ativos rurais pelas instituições financeiras; e se há possibilidade de anulação das cessões de créditos rurais realizadas sem uma tentativa de acordo com a parte executada. Metodologia de pesquisa: a pesquisa se desenvolveu utilizando uma abordagem mista entre a pesquisa bibliográfica exploratória e o estudo de caso. O caso concreto analisado demonstra que o produtor endividado possuía interesse de remir seus débitos, desde que tivesse acesso às mesmas condições oferecidas aos investidores. Ainda analisando o caso concreto é possível identificar que há possibilidade de anulação das cessões de créditos rurais por instituições financeiras que não tenham oferecido os mesmos descontos concedidos a investidores.

PALAVRAS-CHAVE: Cessão de crédito rural; Bancos públicos; Validade do ato jurídico.

THE CANCELLATION OF RURAL CREDIT ASSIGNMENTS: A CASE STUDY IN RELATION TO FINANCIAL INSTITUTIONS THAT DO NOT OFFER EQUAL TREATMENT FOR AGRIBUSINESS DEBTORS

ABSTRACT: The research aims to understand the validity of assignments of rural credits that are being executed in court by financial institutions to third parties not involved in

¹ Universidade de Rio Verde – UniRV. E-mail: moacyr77@gmail.com

² Universidade de Rio Verde – UniRV. E-mail: rildo.mourao@unirv.edu.br

the dispute. It is intended to investigate especially the cases in which the party executed a manifest interest in an agreement to pay the debt and that the creditor does not offer the possibility of payment with a discount and subsequently carry out the assignment to investors in the financial market for a much lower price. The study is justified by the finding that investors acquired debts from rural producers for negligible amounts, with a view to guaranteeing rural properties pledged by them, without guaranteeing them the right to settle the debt in equity and under equal conditions. The general objective is to investigate the abuse of rights by public banks, which, having considerable public capital, fail to offer the best rights to primitive debtors to unfairly offer them to secondary market investors. The specific objectives are: to analyze whether there is a preemptive right for agribusiness debtors to pay their debit card for the same amount offered by investors; verify the guidelines for the sale of rural assets by financial institutions; and whether there is the possibility of annulment of assignments of rural credits carried out without an attempt in agreement with the executed party. Research methodology: the research was developed using a mixed approach between an exploratory bibliographical research and the case study. The concrete case analyzed demonstrates that the indebted producer had an interest in redeeming his debts, as long as he had access to the same conditions offered to investors. Still analyzing the specific case, it is possible to identify that there is the possibility of annulment of rural credit assignments by financial institutions that have not offered the same rights granted to investors.

KEYWORDS: Rural credit assignment; Public banks; Validity of the legal act.

INTRODUÇÃO

A questão agrária no Brasil é objeto de discussão desde o período colonial, momento no qual foi instalada uma fábrica de produção de cana-de-açúcar, que se tornou um marco do Brasil colonial (COSTA, 2010). Devido ao modelo de colonização do Brasil e à forma como as terras foram distribuídas, houve uma concentração da distribuição fundiária, o que chegou a causar problemas na produtividade de terras em sua maioria não utilizadas.

A fim de minimizar a questão do conhecimento foi criada a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) no ano de 1973, em pouco tempo o Brasil se tornou um país importador de alimentos, tais como milho, arroz, cereais e carne de frango (IPEA, 2016). Posteriormente, em 17 de janeiro de 1991, foi criada a Lei nº 8.171, que dispõe sobre a política agrícola brasileira. A política agrícola consiste em um conjunto de atividades e medidas estatais voltadas à agropecuária e à agricultura, que se manifestam por meio de planos, programas ou por ações governamentais direcionadas ao setor, visando o crédito e a garantia de renda aos produtores.

A agricultura no Brasil é um setor importante para o desenvolvimento econômico e para entender as políticas agrícolas é necessário se familiarizar com alguns pontos como: crédito rural, política de garantia de preços mínimos, seguro rural, pesquisa

e extensão rural, sanidade animal e sanidade vegetal e política de uso florestal e de incentivo ao reflorestamento.

O produtor necessita de recursos financeiros para tocar o negócio em longo prazo ou para a expansão das linhas de produção. Essa demanda se justifica, pois, muitas vezes o agricultor possui capital, mas não dispõe da liquidez necessária, de modo que ele recorre ao financiamento.

Outra ocorrência que resulta em demanda por liquidez é quando decide se arriscar na adoção de nova tecnologia ou nova cultura agrícola. De forma geral, o aumento de receitas esperadas para o futuro demanda investimentos hoje, por exemplo, os insumos devem ser adquiridos previamente. A atividade agrícola, em especial, depara-se com flutuações no fluxo de renda, ocasionadas pela sazonalidade da produção e pelas variações na demanda, portanto, o crédito serve para suavizar o impacto das flutuações de renda (FEIJÓ, 2011).

O crédito rural é o financiamento concedido pelas instituições financeiras destinado aos produtores rurais, possibilitando investimento de diversas maneiras na sua propriedade (CRESOL, 2020). Nessa modalidade de empréstimo os recursos financeiros são oferecidos em condições mais favoráveis em termos de juros, amortização e prazo de amortização do que os recursos fornecidos para outras atividades econômicas. Essa diferenciação se dá porque o Estado brasileiro compreende a necessidade e importância de incentivar e fortalecer a atuação do meio rural, pois isso tem impacto direto na economia nacional, além de fomentar a agricultura e a pecuária.

É importante ressaltar que diante da crise econômica que atingiu o Brasil e o mundo nos últimos três anos (desde o início da pandemia), a atividade agrícola se firmou como garantidora da segurança alimentar, criadora de riquezas de exportação e geradora de empregos. O PIB da agroindústria brasileira cresceu 24,31% em 2020 em relação a 2019 e foi de 26,6% do PIB brasileiro (20,5% em 2019). Em valor, o produto interno bruto do país foi de 7,45 trilhões de reais em 2020, e o PIB do setor agrícola foi de quase 2 trilhões de reais.

Os créditos rurais constituem, portanto, uma política pública o principal importante para o desenvolvimento econômico do país e será o principal objeto desta pesquisa. O objetivo da pesquisa é analisar a possibilidade de anulabilidade de cessão dos créditos rurais executados judicialmente por bancos e/ou instituições financeiras para terceiros. Para tanto, vamos realizar uma revisão bibliográfica (ainda que os estudos sobre

o assunto sejam escassos) e analisar o processo nº 0000567-52.2008.4.01.3503 (Número antigo: 2008.35.03.000566-1), que versa sobre o tema.

Essa pesquisa que se justifica de grande relevância científica e social se levarmos em consideração o fato de que em uma pesquisa recente realizada pela CNA (Confederação Nacional da Agricultura), foi identificado que a principal demanda dos produtores rurais é o acesso ao crédito rural. Ademais, todos os anos recursos são utilizados para o desenvolvimento dessa política pública voltada para o setor agrícola, contudo, atualmente especuladores do mercado financeiro tem gozado de enriquecimento ilícito por conta dessa prática questionável realizada pelas instituições financeiras.

É preciso destacar que apesar das vantagens dos empréstimos concedidos por meio do crédito rural, por vezes os produtores não conseguem realizar os pagamentos em dia. Há inúmeros fatores que levam ao não pagamento das parcelas do financiamento do crédito rural, desde secas e estiagens até as fortes chuvas e alagamentos na região onde se realiza a produção agrícola ou agropecuária, dentre outros.

Por óbvio diante do não adimplemento das parcelas as instituições financeiras podem optar pela execução da dívida, no entanto, é preciso que isso seja feito de maneira que não desrespeite a política agrícola, além de manter a observância dos princípios da boa-fé, cooperação mútua e prevenção de surpresas definidos nos artigos 5º, 6º e 10º do Código de Processo Civil. Diante disso, vale investigar a possibilidade de anulabilidade de algumas cessões de crédito rural, especialmente se for comprovado ainda que o produtor rural, como réu na ação executiva, requereu desconto para saldar sua dívida e, se seu pedido for indeferido; e que em momento posterior o exequente vendeu o crédito no mercado financeiro pelo valor da oferta do executado ou ainda por valor inferior.

1 CRÉDITO RURAL

O crédito rural foi institucionalizado pela Lei 4.829/1965, nos primeiros 30 anos de vigência do programa a sua gestão coube ao Banco do Brasil, por meio da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial. Em 1965, o assunto passou à responsabilidade do Conselho Monetário Nacional (CMN), com a implementação do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) e assim permanece até os dias atuais.

O crédito rural é o financiamento concedido pelas instituições financeiras destinado aos produtores rurais, possibilitando investimento de diversas maneiras na sua propriedade. O crédito rural, pode ser utilizado por exemplo, para investir em novos

equipamentos e animais ou custear matéria prima para o cultivo, ou ainda ser utilizado para comercializar e industrializar a produção.

O Banco Central classifica as finalidades do crédito rural como: Crédito de custeio – destina-se a cobrir despesas normais dos ciclos produtivos, da compra de insumos à fase de colheita; Crédito de investimento – destina-se a aplicações em bens ou serviços cujo benefício se estenda por vários períodos de produção, por exemplo na aquisição de um trator; Crédito de comercialização – destina-se a viabilizar ao produtor rural ou às cooperativas os recursos necessários à comercialização de seus produtos no mercado; Crédito de industrialização – destina-se à industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural.

O dinheiro que o banco empresta para o produtor rural tem como suas principais fontes os depósitos à vista; os depósitos de poupança rural; a emissão de Letras de Crédito do Agronegócio (LCA); as fontes fiscais: BNDES e Fundos Constitucionais e os recursos próprios das Instituições Financeiras.

Apenas algumas Instituições Financeiras possuem autorização do Banco Central para realizar esse tipo de operação, que tem como público-alvo os produtores rurais (pessoa física ou jurídica); as cooperativa de produtores rurais; e pessoa física ou jurídica que, mesmo não sendo produtor rural, se dedique a uma das seguintes atividades: Pesquisa ou produção de mudas ou sementes fiscalizadas/certificadas; Pesquisa ou produção de sêmen para inseminação artificial e embriões; Prestação de serviços mecanizados de natureza agropecuária, em imóveis rurais, inclusive para proteção do solo; Prestação de serviços de inseminação artificial, em imóveis rurais; e Atividades florestais.

Além deste primeiro critério há inúmeras exigências devem ser cumpridas para a liberação do crédito rural, como por exemplo, a comprovação da idoneidade do tomador; a apresentação de orçamento, plano ou projeto, salvo em operações de desconto; a oportunidade, suficiência e adequação dos recursos; a observância de cronograma de utilização e de reembolso; a fiscalização pelo financiador; a liberação do crédito diretamente aos agricultores ou por intermédio de suas associações formais ou informais, ou por organizações cooperativas; a observância das recomendações e restrições do zoneamento agroecológico; dentre outros. Tais exigências revelam que essa é política pública rigorosa e séria.

Vale destacar que, as normas sobre o crédito rural são aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional e o Banco Central faz parte desse órgão e auxilia na tomada de decisão sobre o crédito rural. As instituições financeiras seguem essas normas e as colocam em prática no dia a dia com seus clientes. Por determinação legal todo o processo que envolve essa política pública é fiscalizado, o Banco Central junto aos demais órgãos que compõem o Conselho Monetário Nacional verificam junto às instituições financeiras se a liberação do dinheiro e o seu uso estão de acordo com as normas publicadas, dentre outras providências.

Em recente pesquisa realizada pela CNA (Confederação Nacional da Agricultura), verificou-se que a principal demanda (59,93%) dos produtores rurais brasileiros apontaram o crédito rural como a demanda mais importante para o campo. Tamaña importância do tema, faz com que o financiamento da produção rural seja tratado como assunto de Estado em diversos países do mundo assumindo, muitas vezes, a função de subsídio agrícola com juros abaixo dos valores de mercado.

Essa demanda pelo crédito rural existe dentre outros motivos porque esses recursos financeiros são oferecidos em condições mais favoráveis em relação a juros, prazos para quitar as parcelas e carência, do que a dos concedidos para outras atividades econômicas. Um dos motivos é o incentivo do setor público ao fortalecimento das atividades no campo, afinal, elas impactam diretamente na economia do país, além de fomentar a produção agrícola e agropecuária.

Assim, o crédito rural pode ser enquadrado como o principal instrumento da política agrícola brasileira, sendo o mecanismo mais intenso de atuação do governo em apoio ao agronegócio nacional. Diante da crise econômica que afetou o Brasil e o mundo nos últimos três anos (desde o início da pandemia) se tornou notória a importância do agronegócio como garantidor da segurança alimentar, gerador de riquezas exportáveis e criador de empregos.

A relação à regulação do crédito rural, em 1991 foi sancionada a Lei 8.171, que dispõe sobre a política agrícola. Esta lei fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola, relativamente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal, além de que um dos instrumentos de política agrícola é o crédito rural (art. 4º, inciso XI c/c art. 48) (BRASIL, 1991a).

O agronegócio é movido diariamente com a concessão de crédito rural pelas instituições financeiras, atrelados ou não com seguro rural. Conforme definição da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP, 2023).

O PIB do agronegócio brasileiro aumentou 24,31% em 2020 em relação a 2019, atingindo uma participação de 26,6% no PIB brasileiro (20,5% de participação em 2019). Em valor, o PIB do país em 2020 foi de 7,45 trilhões de reais, sendo que o PIB do agronegócio chegou a quase 2 trilhões de reais. O PIB do setor cresceu moderadamente em abril e maio, pois a pandemia afetou negativamente várias atividades do setor, mas acelerou acentuadamente a partir de junho, registrando um crescimento recorde.

O PIB de 2020 cresceu em todos os segmentos do agronegócio, inclusive os mais atingidos pela pandemia. Especificamente, a variação anual foi de 6,91% nos recursos operacionais, 56,59% no segmento primário, 8,72% no agronegócio e 20,93% nos serviços agropecuários. Além disso, ambos os setores registraram excelente desenvolvimento, com a agricultura crescendo 24,2% e a pecuária 24,56%.

De forma que o agronegócio é responsável pelos feedbacks positivos mais importantes da economia. Seu impacto se manifesta, entre outras coisas, na geração de empregos ao longo dos anos, na segurança de abastecimento de alimentos e controle da inflação, no comércio internacional altamente superavitário, na geração de receitas fiscais nas esferas municipais, estaduais e federais, dentre outros impactos relevantes.

Sendo assim, resta demonstrado que o crédito rural, não pode ser tratado como um privilégio, mas como uma política pública relevante para o desenvolvimento do país e da economia nacional. Aliás, em todas as nações evoluídas, a agricultura e o agronegócio são considerados áreas essenciais que merecem apoio e proteção especial do Estado, tendo o crédito rural subsidiado como uma das mais eficientes políticas de apoio.

2 EXECUÇÃO JUDICIAL DOS CRÉDITOS RURAIS

É importante destacar que apesar das facilidades concedidas nos empréstimos realizados nessa modalidade, por vezes, o produtor não consegue adimplemento das parcelas. Os fatores que levam ao não pagamento são inúmeros, desde secas e estiagens até as fortes chuvas e alagamentos na região onde se realiza a produção agrícola ou agropecuária, dentre outros.

Diante do inadimplemento ocorre por parte das instituições financeiras inúmeras tentativas de execução pela via judicial, o que nem sempre resulta em êxito. Via de regra

os processos que versam sobre execuções de crédito rural são longos, isso porque por um lado há o produtor rural que visa a redução e o parcelamento dos valores muitas vezes como a única possibilidade de adimplemento da dívida, por outro lado a experiência tem demonstrado que em se tratando de débitos relacionados ao agronegócio, os bancos demandam contra os devedores primitivos com toda dureza e força da lei, exigindo dos mesmos o recebimento de valores estratosféricos, acrescido de juros, correções monetárias e despesas de sucumbência, dentre outros penduricalhos.

Na prática, no entanto, o que ocorre é que após anos de litígio e inúmeras tentativas de acordo entre o executado (produtor rural) e a exequente (a instituição financeira), ocorre uma cessão do crédito rural que está sub judice, via de regra a cessão do crédito é realizada a um terceiro estranho à lide, que opera no mercado financeiro e que consegue arrematar os títulos de crédito por valores irrisórios se comparados ao valor da causa do processo de execução.

A pior parte é que a prática tem demonstrado que geralmente as instituições financeiras não oferecem ao executado uma proposta de acordo que seja semelhante em termos de valores e condições de pagamento ao que foi negociado no mercado secundário para realizar a cessão. Vale ressaltar que, os Bancos e as demais instituições financeiras que operam com o crédito rural são agentes de políticas públicas, que deveriam atuar como elo entre o Governo e o produtor rural, com propósito de apoiar todos os segmentos e etapas desta importante cadeia produtiva, sem descuidar do produtor rural em estado de endividamento, sobretudo, daqueles com débitos garantidos por hipoteca ou alienação fiduciária.

A situação se torna ainda mais grave em se tratando de bancos públicos, pois estes possuem um viés social, como é o caso do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que enquanto sociedades de economia mista, possuem um capital majoritariamente pertencente à União. Assim, deveriam atuar para garantir que os produtores rurais que figuram como devedores, liquidassem suas dívidas com os mesmos descontos franqueados aos investidores, sob pena de subversão dos reais destinatários das políticas públicas que autorizam os grandes descontos sobre os valores atualizados das dívidas.

É importante destacar que o crédito rural encontra o seu fundamento especificamente no art. 187, inciso I, da Constituição Federal, que diz:

Art. 187 – A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transporte, levando em conta, especialmente:
I – os instrumentos creditícios e fiscais.

De acordo com a norma constitucional, tem-se que crédito rural é matéria de política agrícola, e somente lei específica elaborada com a prévia participação dos produtores e trabalhadores do setor de produção rural e dos setores de comercialização, armazenagem e transporte, tem o poder de alterar as situações pretéritas.

O crédito rural, embora comumente anunciado como mero negócio bancário, é na verdade uma forma de empréstimo feita aos produtores primários por agentes financeiros, mas sob a rígida tutela do Governo Federal, especialmente porque como exação de política pública prevista constitucionalmente, os juros cobrados são inferiores aos de mercado.

Não se trata, portanto, de uma simples relação entre credor e devedor caracterizada pela liberdade contratual, ou “*pacta sunt servanda*”, como é chamada desde os tempos romanos. Trata-se de uma relação jurídica que o Estado regula, tanto no conteúdo quanto na forma, por meio de legislação expressa.

As leis de regência material do crédito rural são a de nº 4.829/1965, e a de nº 8.172/91. E o art. 3º, da Lei nº 4.829/65 foi o dispositivo legal que primeiramente especificou para que este instrumento de política agrícola se destinava, definindo o seu alcance. Este dispositivo foi ampliado pelo art. 48, da Lei nº 8.171/91, nos seguintes termos:

Art. 48 – O crédito rural, instrumento de financiamento da atividade rural, será suprido por todos os agentes financeiros sem discriminação entre eles, mediante aplicação compulsória, recursos próprios livres, dotações das operações oficiais de crédito, fundos e quaisquer outros recursos, com os seguintes objetivos:

I – estimular os investimentos rurais para produção, extrativismo não predatório, armazenagem, beneficiamento e instalação de agroindústria, sendo esta, quando realizada por produtor rural ou suas formas associativas;

II – favorecer o custeio oportuno e adequado da produção, do extrativismo não predatório e da comercialização de produtos agropecuários;

III – incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à melhoria do padrão de vida das populações rurais e à adequada conservação do solo e preservação do meio ambiente;

IV – vetado

V – propiciar, através de modalidade de crédito fundiário, a aquisição e regularização de terras pelos pequenos produtores, posseiros e arrendatários e trabalhadores rurais;

VI – desenvolver atividades florestais e pesqueiras.

Diante de uma simples leitura do dispositivo legal fica claro que, quando o produtor rural toma dinheiro em um banco para custear sua lavoura ou para investir na melhoria de seu maquinário sob a rubrica de crédito rural, essa operação não é de simples empréstimo bancário em que o banco tem a liberdade de estabelecer o preço desse dinheiro. Neste diapasão, vale ressaltar que a lei não estabeleceu que, se não forem pagos estes empréstimos, poderiam se transformar em meras dívidas civis.

Nessa perspectiva, não podem os bancos e instituições financeiras, em um primeiro momento, afirmar que os valores devidos pelos executados são milionários, e, em seguida, alienar seus créditos para um terceiro investidor, por uma ninharia, sem franquear a mesma oportunidade ao devedor primitivo e principal interessado na liquidação do passivo como fazem nos casos em que os títulos executivos não são oriundos dos créditos rurais.

3 A VALIDADE DE CESSÕES DE CRÉDITOS RURAIS

A cessão de crédito é o negócio jurídico no qual uma das partes (cedente) transfere a terceiro (cessionário) seus direitos. O beneficiário poderá ceder total ou parcialmente seus créditos em precatórios a terceiros, o que pode ser feito independentemente da concordância do devedor. Vale destacar que ainda que a cessão seja de suma importância para o mercado financeiro, pois ajuda na circulação de dinheiro através de compra de dívida, é uma operação que demanda atenção para validade, pois se não respeitada a forma prescrita em lei o novo credor não poderá exigir o cumprimento da obrigação em face do devedor.

As instituições financeiras que optarem pelo prosseguimento das execuções judiciais de créditos rurais, devem respeitar os princípios da boa-fé, da cooperação mútua e da não surpresa, previstos nos artigos 5, 6 e 10 do Código de Processo Civil, franqueando a oportunidade dos produtores rurais, liquidarem suas dívidas com os mesmos descontos concedidos aos terceiros investidores.

Em face disso, cabe estudar a possibilidade de anulação de algumas das cessões de crédito rurais, sobretudo, quando restar comprovado que o produtor rural, sendo réu em demanda executória, tenha solicitado desconto para liquidação de sua dívida e, tendo seu pedido recusado, constatar posterior cessão de seu crédito para terceiro, por valor igual ou até mesmo abaixo de sua oferta, sem opção de remissão da dívida em igualdade de condições.

O Código de Processo Civil de 2015 dispõe que o cessionário pode promover a execução forçada ou nela prosseguir independente de consentimento do executado e na mesma perspectiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em relação a esse ponto: "(...) 2. Nos termos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, é possível o prosseguimento da execução pelo cessionário, sendo desnecessária a anuência do adversário para o seu ingresso no processo. (...)." (AgInt no AREsp 924.928/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 13/09/2016).

Todavia, observo que a questão em foco é totalmente diversa, pois não se trata de discussão a respeito da necessidade ou não de concordância do executado a respeito da cessão de crédito, mas sim da forma como a cessão ocorreu, vale dizer, a validade deste ato jurídico.

Neste sentido, é possível afirmar que há princípios e normas que autorizam a anulação destas cessões de crédito rurais. Na análise da validade de cessões de créditos rurais que estejam sendo executados judicialmente, é possível ainda invocar o artigo 422 do Código Civil trata sobre a proibição de comportamento contraditório (*Nemo potest venire contra factum proprium*), que traduz modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva.

Segundo Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. (Direito Civil, 5ª edição, pág. 483)

Ressalte-se que a prática de comportamento contraditório configura abuso de direito e, portanto, ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nessa perspectiva, não podem as instituições financeira, em um primeiro momento, afirmar que os valores devidos pelos executados são milionários, e, em seguida, alienar seus créditos para um terceiro investidor, por uma ninharia, sem franquear a mesma oportunidade ao devedor primitivo e principal interessado na liquidação do passivo. Esse comportamento contraditório que culmina em uma absurda

discrepância entre os valores apresentados em juízo pelo Banco e o valor da operação de cessão de crédito está a indicar duas possibilidades.

A primeira possibilidade, no sentido de que os fatos (os cálculos) não foram apresentados conforme a verdade o que contraria o art. 77, I, do CPC de 2015, assim, que pretensão formulada encontra-se destituída de fundamento, ferindo o art. 77, II, do CPC de 2015, que houve alteração da verdade dos fatos (art. 80, II, do CPC de 2015) ou atuação temerária (art. 80, V CPC/2015), o que configura falta aos deveres das partes ou litigância de má-fé, nesse sentido a legislação aponta:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou da apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (.)

II - alterar a verdade dos fatos;

(...)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

A segunda opção seria decorrente da premissa de que os cálculos apresentados nos autos estão corretos, esbarra ainda na teoria da vedação do comportamento contraditório, pois houve falha aos deveres de boa-fé e de cooperação mútua, previstos nos artigos 5 e 6 do CPC/2015, pois o Banco ou instituição financeira em nada cooperou para solução final da lide, ao ofertar o crédito a terceiro alheio ao processo, sem ao menos sinalizar, a mesma possibilidade, ao executado, que há tempos buscava remir a dívida por valores bastante próximos ao que valeu a cessão de crédito. Nesse sentido, a legislação aponta:

Art. 5º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Assim, ao negar a possibilidade de acordo após o produtor rural sinalizar que diante de uma redução de valores seria possível adimplemento da dívida, a instituição financeira impediu desfecho do processo, e acabou por possibilitar o ingresso de terceiro nos autos, o que causou tumulto processual. É possível ainda utilizar a legislação brasileira para sugerir analogia com o direito de remissão do débito previsto no artigo 826

do Código de Processo Civil, bem como, o direito de preferência previsto na Lei n. 8245/91.

Neste sentido, chamo ainda a atenção para outra nulidade que ocorre em casos como os descritos acima, qual seja o de ferimento ao preceito constitucional. A Constituição Federal dispõe no seu art. 22, inciso I, que a competência para legislar sobre direito agrário é privativa da União. Este dispositivo constitucional implica em conclusões importantes. A primeira delas é que ao outorgar competência à União para legislar, sobre esse ramo do direito, o legislador constituinte outorga também a responsabilidade na solução dos conflitos surgidos nas relações jurídicas por eles pautadas.

Sendo o direito agrário um ramo autônomo do direito brasileiro e por isso tendo vida própria, não pode ser tratado da mesma forma que outros ramos do direito. Assim, as relações jurídicas que envolvam direito agrário devem ser pautadas por regras criadas por esse direito, aplicando-se o direito civil apenas nas omissões.

De igual modo, um título de crédito rural não pode ser tratado como um título de crédito qualquer, pois o primeiro é fruto de uma séria política pública de desenvolvimento econômico nacional. Ora, a dívida de crédito rural tem estrutura própria de direito agrário e por isso mesmo possui legislação específica que exige cumprimento absoluto. Portanto, aplicar regras de direito civil para este tipo de dívida representada por títulos de crédito rural com dispositivos legais específicos, transformando-o em mero documento representativo de dívida bancária de cunho civil, é causa de nulidade absoluta que deve ser afastada com veemência.

Para ilustrar o caráter peculiar do direito agrário, tomemos o exemplo da transferência de áreas rurais para atividades de produção agrícola com o pagamento de aluguel. Trata-se de um arrendamento de terreno e as normas vigentes são as do Estatuto da Terra e do Decreto 59.566/66.

Se esta relação jurídica for formalmente estabelecida por meio do contrato de locação tradicional que tem fulcro no Código Civil, esse ato jurídico é absolutamente nulo por violar a autonomia constitucional do direito agrário e a respectiva lei de regência. Este é o caso aqui considerado. As dívidas decorrentes de crédito rural, formalizadas em escrituras de crédito rural e assim constituídas ao amparo da Lei Agrária, como ramo constitucionalmente autônomo do direito brasileiro, somente poderão ser renovadas mediante previsão legal específica.

De forma que particulares não podem se amparar no direito civil e na autonomia da vontade, enquanto princípio contratual, para atropelar as regras cogentes constitucionais. E quando isso ocorre, tais documentos são totalmente nulos e passíveis de invalidação da Constituição por nulidade do ato jurídico, o que configura violação do art. 22, caput, e inciso I, da Constituição Federal.

Sendo assim, em casos que se assemelham ao discutido neste artigo a questão posta é muito mais complexa que a mera concordância ou não do devedor a respeito da cessão de crédito, de modo que, o juízo no qual tramita o processo de execução do crédito rural deve utilizar a possibilidade do *distinguishing*, que é a possibilidade de não aplicar um precedente vinculante por reconhecer que a situação sub judice (aquela que se está julgando imediatamente) não se encarta nos parâmetros de incidência do precedente.

Em poucas palavras, a um só tempo, a cessão de crédito em casos semelhantes a esses não apenas causa danos ao patrimônio público; como configuram, abuso de direito pela prática de comportamento contraditório, nos termos do art. 187 do CC; como também ferem os princípios processuais da boa-fé e da cooperação dispostos nos arts. 5 e 6 do CPC de 2015; além de indicar falha a deveres processuais previstos no art.77 do CPC de 2015.

4 A ANÁLISE DO CASO CONCRETO - PROCESSO Nº 0000567-52.2008.4.01.3503 (Número antigo: 2008.35.03.000566-1)

Apesar da vasta argumentação já apresentada que corrobora a tese de que é possível que seja realizada a anulabilidade de uma cessão de crédito rural, optei por analisar um caso concreto que têm como objeto de discussão um título de crédito rural, o número do processo é 0000567-52.2008.4.01.3503 (Número antigo: 2008.35.03.000566-1). A ação de execução de título extrajudicial teve como parte autora o Banco do Brasil e tramitou na Subseção judiciária de Rio Verde-GO. Vale destacar que a análise será a partir do ano de 2016, que os andamentos dos 25 anos iniciais da tramitação não serão analisados, inclusive porque a cessão do crédito ocorreu em momento posterior.

Assim sendo, após a digitalização do processo em 2016, o juízo proferiu decisão saneadora de fls. 1983/192, determinando que os exequentes e os executados apresentassem novos cálculos do valor da dívida. Os cálculos atualizados da dívida, deveriam se adequar ao parâmetro definido pelo Tribunal Regional Federal da 1º Região, que de forma clara e didática estabeleceu os índices de correção monetária e da taxa de

juros utilizados, periodicidade da capitalização de juros e repactuações. Ainda nesta decisão o juízo chamou a atenção das partes para o princípio da não surpresa (art. 10 do CPC de 2015) e afirmou que não seria condescendente com atos que atentassem contra os princípios processuais, especialmente aqueles previstos no art. 77 do CPC de 2015, ou que impliquem em litigância de má-fé, especialmente pelo fato de o processo tramitar há mais de 26 anos sem qualquer resultado útil.

Chamada a se manifestar, a União, que estava arrolada no polo ativo do litígio, sustentou caber ao Banco do Brasil a realização dos cálculos, por ser o gestor das dívidas securitizadas e cedidas à União por força da Medida Provisória 2.196-3. Intimado a apresentar os cálculos, o Banco do Brasil, requereu que fosse dada nova vista após a manifestação da parte executada (fl.2062). O que não foi possível, visto que a parte executada tem a prerrogativa de contradizer o cálculo do exequente.

Sendo assim, o Banco do Brasil apresentou cálculos, que em suma, aduziu que o valor atualizado da dívida era de R\$ 481.176.922,11 (quatrocentos e oitenta e um milhões, cento e setenta e seis mil reais e onze centavos), todavia, requereu homologação do valor líquido e certo de R\$ 87.895.834,06. Chamado para se manifestar, o executado, de logo, levanta dúvidas sobre os cálculos apresentados, especialmente pela apuração inicial de R\$481.176.922,11, seguida de renúncia não amparada em lei, para cobrar finalmente R\$87.895.834,06.

Sustenta que o cálculo apresentado pelo Banco do Brasil não foi o "demonstrativo de conta vinculada" como a decisão judicial sugeriu, visto que se tratava de mera continuação dos extratos anteriores. Por fim, apresentou o saldo devedor da parcela da União em R\$4.483.809,52 e da parte do Banco do Brasil em R\$10.043.913,34. Os cálculos do assistente técnico foram anexados às fls. 2107/2130, junto com uma proposta de acordo no valor de R\$14.000.000,00. O Banco do Brasil recusou a proposta do executado para extinguir a dívida, sob o argumento de haver recebido proposta superior, no valor de R\$18.000.000,00 (fl. 2095).

Em 01/12/2016, um cessionário requereu sucessão processual do polo ativo por haver adquirido os créditos do Banco do Brasil, pela quantia de R\$17.140.000,00 (fls. 2177 a 2187). Vale destacar que, o Banco do Brasil decidiu alienar seus créditos 6 meses depois de questionar firmemente os cálculos apresentados pelo executado, afirmando que o valor atualizado da dívida era de R\$481.176.922,11, que, no entanto, poderia cobrar apenas RS 87.895.834,06.

Ressalta-se ainda que a alienação dos créditos ocorreu em um valor próximo aos cálculos do executado (o que antes havia sido veementemente rebatido nos autos) e sem que houvesse uma contraproposta de acordo por parte do Banco para que o valor pago fosse o de R\$17.140.000,00. Posteriormente, em 25/10/2017, ocorreu audiência de conciliação, que estava previamente marcada, na oportunidade o executado manifestou interesse em remir a dívida nos mesmos termos conferidos ao cessionário (fl. 2213).

A parte executada, em momento oportuno, demonstrou nos autos que o cessionário respondia perante a justiça federal por ação penal por redução a condição análoga à de escravo e que já havia firmado Termo de Ajuste de Conduta por ter causado dano ambiental no Parque Nacional da Serra da Canastra. Por fim, o executado sustentou a tese de não aceitar a substituição, sob o argumento que a Resolução n° 2836 BACEN, em seu art. 6°, parágrafo 3°, dispõe que a cessão deve ser publicada e incluída no primeiro balanço após a transferência.

Assim, ao analisar os argumentos das partes e após apresentar o relatório, o juízo passou as razões de sua decisão declarando ciência do fato de que o Código de Processo Civil de 2015 dispõe que o cessionário pode promover a execução forçada ou nela prosseguir independente de consentimento do executado, bem como, da existência da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça em relação a esse ponto: "(...) 2. Nos termos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, é possível o prosseguimento da execução pelo cessionário, sendo desnecessária a anuência do adversário para o seu ingresso no processo. (...)." (AgInt no AREsp 924.928/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 13/09/2016).

O magistrado, no entanto, seguiu a fundamentação relatando que observando o caso concreto, notou que a natureza da lide era diversa, que não se tratava de uma mera discussão a respeito da necessidade ou não de concordância do executado a respeito da cessão de crédito, mas sim da forma como a cessão ocorreu, vale dizer, a validade deste ato jurídico. Com fulcro no art. 489, § 1°, do CPC de 2015, o magistrado anunciou que deixaria de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte de maneira fundamentada.

Assim, o juiz de piso, enumerou os fatos ocorridos no processo de forma que restou demonstrado um comportamento totalmente contraditório do Banco do Brasil, visto que num primeiro momento, a instituição dificultou ao máximo qualquer

possibilidade de acordo nos autos, ao dizer que os valores oferecidos pelos executados, cerca de R\$ 14.000.000,00, haviam sido calculados de forma absolutamente equivocada e que o valor correto da dívida seria R\$ 87.895.834,06. Todavia, alienou seus créditos por R\$ 17.140.000,00.

Vale destacar que o juiz alertou que sendo o exequente um banco público, a situação como pode configurar não apenas nulidade da cessão de crédito rural, como também seria possível ser configurado crime financeiro de gestão temerária ou fraudulenta (art.4, da Lei 7.492/186), improbidade administrativa ou infração disciplinar, caso fosse identificado eventual dolo na conduta da parte autora.

Desse modo, o nobre julgador do processo de execução do crédito rural invocou o *distinguishing*, sob o argumento de que a cessão de crédito nesse caso feria os princípios processuais da boa-fé e da cooperação dispostos nos arts. 5 e 6 do CPC de 2015; além de indicar falha a deveres processuais previstos no art.77 do CPC de 2015. Ademais, que o caso representava dano ao patrimônio público; e que poderia configurar, abuso de direito pela prática de comportamento contraditório, nos termos do art. 187 do CC.

Por fim, determinou pela não homologação da cessão de crédito do Banco do Brasil ao cessionário e pela declaração de nulidade da cessão de crédito, nos termos dos art. 166 c/c art. 187, do Código Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crédito é um dos principais mecanismos para o fomento do agronegócio. O crédito rural pode ser classificado como custeio, investimento ou comercialização sendo que a concessão de crédito para a produção ou pecuária desenvolve suas atividades e proporciona o desenvolvimento econômico.

Em síntese, acredita-se que esta pesquisa demonstrou que o crédito rural é o principal instrumento da política agrícola brasileira, sendo o mecanismo mais intenso de atuação do governo em apoio ao agronegócio nacional. Que na prática esse apoio se constitui como um financiamento no qual os recursos financeiros são oferecidos em condições mais favoráveis em relação a juros, prazos para quitar as parcelas e carência, do que a dos concedidos para outras atividades econômicas. Que um dos motivos pelos quais o setor público oferece esse incentivo para os produtores rurais, é visando o fortalecimento das atividades no campo, afinal, elas impactam diretamente na economia do país, além de fomentar a produção agrícola e agropecuária.

Demonstrou ainda que, a cessão de crédito não significa a transferência de uma simples obrigação, mas é apresentada na lei como uma espécie de contrato e, como qualquer contrato, deve ser válido de acordo com os princípios gerais de direito e as regras estabelecidas na lei. Embora a transferência de crédito fundiário seja de primordial importância para o mercado agrícola, pois auxilia na circulação de dinheiro para a compra de dívidas, é uma atividade que requer expertise, pois deve ser assegurada ao devedor condições de igualdade absolutas com investidores terceiros.

Para a realização da pesquisa, utilizamos uma análise bibliográfica que revisou as normas e estudos relacionados ao tema, e além da análise de um caso concreto. A questão abordada neste artigo foi a possibilidade de anulabilidade de algumas cessões de crédito rural, especialmente se for comprovado ainda que o produtor rural, como réu na ação executiva, requereu desconto para saldar sua dívida e, se seu pedido for indeferido; e que em momento posterior o exequente vendeu o crédito no mercado financeiro pelo valor da oferta do executado ou ainda por valor inferior.

Com base em tudo o que foi exposto, conclui-se que é possível que seja declarada a anulabilidade das cessões de crédito rural daquelas instituições financeiras que ferem os princípios processuais da boa-fé e da cooperação dispostos nos arts. 5 e 6 do CPC de 2015; além de indicar falha a deveres processuais previstos no art.77 do CPC de 2015. Ademais, que diante da configuração do abuso de direito pela prática de comportamento contraditório, nos termos do art. 187 do CC, também é possível declarar a anulabilidade da cessão de crédito rural.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2a ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergamann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10a ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18171.htm. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em: 28 jun. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Crédito Rural.** Disponível em:
<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/creditorural>. Acesso em: 29 jun. 2023.

CNA BRASIL. **PIB do Agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020.** Disponível em: <https://cnabrasil.org.br/publicacoes/pib-do-agronegocio-alcanca-participacao-de-26-6-no-pib-brasileiro-em-2020>. Acesso em: 28 jun. 2023.

FEIJÓ, Ricardo. Luis. **Economia Agrícola e Desenvolvimento Rural.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.** 3a ed. 18a tir. Malheiros, 2010.

ROSEVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 5. ed. atual e ampl. São Paulo: 2021. Juspodium.

SUSEP. Superintendência de Seguros Privados. **Seguro rural.** Disponível em:
<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/seguros/seguro-rural>. Acesso em: 02 junho 2023.

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA

Recebido em: 15/08/2023

Aceito em: 06/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10419



Natasha Ohana Manso de Matos ¹
Claudia Luiz Lourenço ²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo relacionar o princípio da presunção de inocência com o fundamento da garantia da ordem pública nas prisões preventivas através de levantamentos bibliográficos, demonstração de casos concretos e análise jurisprudencial. Com o objetivo de demonstrar como a prisão preventiva é abordada hodiernamente quando fundamentada na garantia da ordem pública, serão realizadas considerações acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, posteriormente, serão debatidos conceitos acerca da Prisão Preventiva e seus pressupostos legais assim como a sua relação com o princípio em referência. Por fim, será feito levantamento de dados sobre como o requisito da Garantia da Ordem Pública nas prisões preventivas trazem uma grande insegurança jurídica para a sociedade, ofendendo também o princípio da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva; Garantia da Ordem Pública; Princípio da Presunção de Inocência.

ANALYSIS OF THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE BASIS OF THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER IN PREVENTIVE PRISON

ABSTRACT: The present work aims to relate the principle of the presumption of innocence with the guarantee of public order in preventive prisons through bibliographical surveys, demonstration of concrete cases and jurisprudential analysis. With the aim of demonstrating how preventive detention is addressed nowadays when based on the guarantee of public order, considerations will be made about the constitutional principle of the presumption of innocence, later, concepts about Pretrial Prison and its legal assumptions will be discussed, as well as its relationship with the principle in reference. Finally, data will be collected on how the requirement of the Guarantee of Public Order in preventive prisons brings great legal uncertainty to society, also offending the principle of the presumption of innocence.

KEYWORDS: Preventive Prison; Guarantee of public order; Principle of the presumption of innocence.

¹ Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

E-mail: tashaohana1@gmail.com

² Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Messina.

E-mail: profaclaudialuizlourenco@gmail.com

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo fazer uma análise da incompatibilidade do requisito da Garantia da Ordem Pública na Prisão Preventiva com Princípio da Presunção de Inocência. A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que pode ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da presunção da inocência segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse sentido, percebe-se que o fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva vai de encontro a esse dispositivo pois é carregado de abstratividade tendo em vista não existir previsão legal que determine o que seja "ordem pública".

Consequentemente, cada vez mais magistrados tem decretado a prisão preventiva decorrendo de abrangentes interpretações ao conceito de ordem pública, ultrapassando os limites da lei. Percebe-se que é muito comum sua utilização com vistas à tranqüilidade coletiva no seio da comunidade, gravidade do crime, preservação das instituições públicas, risco de reiteração delitiva, características ligadas ao sujeito, merecimento e credibilidade da justiça.

Atualmente, a garantia da ordem pública é a fundamentação-padrão das prisões preventivas, o que gera uma grande insegurança jurídica pois, ao invés de a prisão preventiva ter as finalidades processuais penais cabíveis, tem na verdade um viés de segurança pública alheias à situação de cautelaridade processual. Percebe-se também com isto a incapacidade dos órgãos governamentais de promover a segurança pública, pois o Poder Judiciário tem aplicado prisões ilegais com a finalidade de reduzir a criminalidade.

Em virtude de tudo isso, surgem dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa, como exemplo, se a interpretação dada atualmente sobre o conceito da garantia da ordem pública compromete o princípio fundamental da presunção de Inocência. Também, se essa interpretação, está ligada a violência e a sensação de insegurança que assombram a sociedade transformando em um clamor público que pede por posturas punitivistas que acabam por influenciar o Poder Judiciário a cometer séries de arbitrariedades em busca pela pacificação social.

Para tanto, pode-se supor que garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva fere o princípio fundamental do estado de inocência, não sendo este um

fundamento adequado para assegurar a proteção ou tutela do processo pois demonstra que é um conceito vago que pode se aplicar em qualquer caso a critério e subjetividade do juiz.

Serão utilizadas pesquisas teóricas a respeito do assunto, a partir de levantamentos bibliográficos. Após levantamento bibliográfico, a pesquisa contará com a demonstração de casos concretos relacionados ao tema que gera discussão e análise de como a lei é aplicada perante as situações. Além disso, contará com análise de jurisprudência atuais sobre o assunto a fim de aferir o avanço no ordenamento jurídico ao que refere o tema da presente pesquisa.

Ter-se-á por objetivo principal demonstrar como a prisão preventiva é abordada hodiernamente quando fundamentada na garantia da ordem pública.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente, no capítulo I, fazer considerações sobre o princípio da presunção de inocência, no capítulo II, fazer considerações sobre a prisão preventiva e no capítulo III, apresentar a (in)compatibilidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e o princípio constitucional da presunção de inocência, constatando assim o retrocesso no processo penal ao banalizar este fundamento que por vezes é utilizado vagamente, produzindo insegurança jurídica.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e consequentes discussões a respeito, torna-se interessante e conveniente entender que a prisão preventiva deve ser aplicada com a finalidade que possui, em razão da presunção de inocência. A medida deve ser necessária, provisional, provisória, proporcional. Por isso, este trabalho visa mostrar que a garantia da ordem pública não apresenta nenhuma dessas características, sendo utilizada apenas com o fim de ordem social, indo de encontro ao princípio da presunção de inocência.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência está disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual dispõe que "ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Assim, estabeleceu o legislador um limite ao dever de punir do Estado, não sendo meramente um princípio geral do direito e disposição infraconstitucional, ele possui força de norma constitucional.

O princípio foi inserido dentre as Declarações dos Direitos do Homem da Virgínia (WILLIAMSBURG, 1776), disposto no artigo 8º, com o seguinte: “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”.

Sob esse prisma, na declaração de direitos fundamentais da Constituição Americana (ESTADOS UNIDOS, 1791), na Quinta Emenda, está disposto que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”.

Em 1791 foi contemplado na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (FRANÇA, 1789), no seu artigo 6º: “Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado...”, empregando pela primeira vez a expressão presumido inocente.

Aury Lopes Junior (2021, p. 7), em sua obra traz um relato histórico sobre tal princípio. Veja-se:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, tem-se que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação. A presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram, finalmente, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A despeito disso, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo, a ponto de chamá-la de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês.

Após, na Declaração dos Direitos Humanos em 1948 (PARIS, 1948), que narra em seu artigo 11, 1, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

No Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966), está disposto no artigo 14, 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969), em seu artigo 8, 2, afirma: “Toda pessoa

acusada tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No ordenamento jurídico brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o princípio estava implícito como decorrência da cláusula do Devido Processo Legal (BRASIL, 1992).

Com o advento da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), houve a positivação do Princípio da Presunção de Inocência no direito brasileiro. Em 1992, o Brasil recepcionou em seu ordenamento jurídico o Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992) que estabelece em seu artigo 8º, inciso I que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

A doutrina diverge em relação à nomenclatura, parte identifica-se chamar de Princípio da Presunção de Inocência e outros acreditam que o dispositivo constitucional anuncia o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. O nosso sistema adota o Princípio da Presunção de Inocência, pois se apresenta mais abrangente do que o Princípio de Não Culpabilidade, sendo este apenas uma das espécies daquele.

2 PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Natureza e Pressupostos Legais de Aplicação da Prisão Preventiva

A prisão preventiva possui **natureza cautelar**, isto é, é decretada antes da sentença condenatória transitar em julgado, assim, não se confunde com a prisão-pena.

Desse modo, o juiz pode decretá-la a qualquer momento do processo, até do inquérito policial, desde que siga os requisitos necessários. A atuação do Juiz não será de ofício.

No entanto, caso ausentes os requisitos que fundamentam a manutenção da prisão preventiva, o juiz pode, sim, revogá-la de ofício.

De acordo com Tourinho Filho (2017):

Prisão preventiva é espécie do gênero ‘prisão cautelar de natureza processual’. É aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal. (TOURINHO FILHO, 2017, p. 689.)

O juiz só poderá decretar a prisão preventiva se o caso atender aos requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Além disso, é necessário ter **fortes indícios** da existência do crime (**materialidade**) e de sua **autoria**.

Assim, cumpridos os requisitos legais, o juiz pode a decretar, sendo mantida até que os motivos que a fundamentam não existam mais.

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, como garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, sendo os pressupostos: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Nesse viés, há o *Fumus comissi delicti*: prova da existência do crime + indícios suficientes de autoria e o *Periculum libertatis*: perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Ademais, somente será cabível a prisão preventiva, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares e, pode ser substituída pela prisão domiciliar em alguns casos expressamente dispostos no Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato em condições de exclusão de ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Jamais poderá ser decretada com fins de antecipação de cumprimento de pena, pois o cumprimento de pena só vem depois do trânsito em julgado.

2.2 Relação do Princípio da Presunção de Inocência com a Prisão Preventiva

A prisão preventiva, como já visto, não será admitida com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia, nos termos do artigo 313, §2º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A decisão que a decreta deve ser motivada e fundamentada sob receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada, que há relação com o sistema acusatório, em que o juiz decide e fundamenta, de acordo com o artigo 93, inciso IX e artigo 129, inciso I, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Todas as decisões do juiz devem ser motivadas, amparada no princípio do livre convencimento motivado.

Uma vez decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, sob pena de tornar a prisão ilegal, analisando a persistência dos pressupostos/ requisitos que decretaram aquela prisão, sendo necessário o seu relaxamento.

Lopes Junior (2005) entende que o sistema acusatório é uma necessidade que, além de garantir a imparcialidade do juiz, bem como o tratamento do investigado/acusado como sujeito de direitos, garante a tão almejada paz social.

Delmanto Junior (2001) relata a problemática da difícil busca do equilíbrio entre a tutela dos direitos e garantias individuais, mais especificamente o princípio da presunção de inocência, e o dever estatal de punição, que é interesse não só da vítima, mas da coletividade.

Já Fonseca (1999) afirma que há, na verdade, uma convivência entre prisão preventiva e princípio da presunção de inocência, desde que a prisão seja uma exceção e que não perca o seu caráter instrumental.

Nesse sentido, a manutenção da constitucionalidade da prisão preventiva, enquanto medida cautelar será em plena observância aos seus respectivos requisitos e fundamentos, manifestados no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*.

A prisão preventiva deve, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, estar vinculada aos requisitos e fundamentos da cautelaridade como uma forma de adequar-se às normas constitucionais.

Desse modo, esta prisão enquanto uma medida acautelatória é perfeitamente possível desde que o juiz faça adequadamente a análise do caso concreto e demonstre de

forma fundamentada que os atos praticados pelo acusado coloquem em risco o andamento processual ou a futura execução penal.

Portanto, o princípio da presunção de inocência deve ser a regra e a prisão preventiva a exceção. Não existindo qualquer dos requisitos e fundamentos que determinem a aplicação da medida, o acusado deve permanecer em liberdade.

A permanência da prisão preventiva em face do princípio da presunção de inocência não só é possível, como necessário, se for uma medida de extrema necessidade e que atenda aos requisitos e fundamentos da cautelaridade.

Contudo, quando se trata de Prisão Preventiva com fundamento na Garantia da Ordem Pública, verifica-se a abstratividade desse dispositivo, tendo em vista não existir previsão legal que determine o que seja “ordem pública”.

3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

3.1 Conceito e Caracterização da Ordem Pública

A Garantia da Ordem Pública trata-se de um conceito jurídico indeterminado. José Cretella Júnior (1981, p. 274) entende que a noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla.

Com a inovação legislativa por meio da Lei 12.403/2011, do artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), pode-se extrair a ideia de que garantir a ordem pública significa evitar a prática de infrações penais.

O mencionado artigo dispõe que as medidas cautelares deverão ser adotadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, evitar a prática de infrações penais.

Nesse viés, ao invés de mencionar a garantia da ordem pública, o legislador usou a expressão evitar a prática de infrações penais, no mesmo sentido, Basileu Garcia (1945, p. 169) ensina que

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência.

Todavia, a decisão fundamentada para evitar a prática de infrações penais estará na verdade se fazendo uma conjectura a respeito do futuro, um juízo indutivo acerca de uma conduta futura, dizendo que provavelmente o delinquente praticará novos crimes.

Adriano Bretas (2017, p. 75-76) critica a leitura que se faz da ‘ordem pública’, por se tratar de um exercício de futurologia.

Noutro giro, alguns autores fazem a relação da mencionada medida cautelar para garantia da ordem pública, ao impacto social do delito e à credibilidade da Justiça. Nessa perspectiva, Fernando Capez (2016, p. 279) adverte que a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.

De outro modo, Aury Lopes Jr. (2011, p. 93) entende que a prisão decretada para a garantia da ordem pública seria inconstitucional. De acordo com o autor, este fundamento

não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam artem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.

Ademais, o autor supracitado (2013, p. 42-43) adverte ainda que

O art. 312 mantém – infelizmente – os mesmos quatro fundamentos da prisão cautelar (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, da instrução e da aplicação da lei penal), e não consagra o “risco de reiteração” ao qual faz referência o art. 282. A expressão “para evitar a prática de infrações penais” é o chamado risco de reiteração, fundamento recepcionado em outros sistemas processuais [...], mas desconhecido pelo nosso (pois não aceitamos a manipulação discursiva feita em torno da prisão para garantia da ordem pública, com vistas a abranger uma causa [reiteração] que ali não pode estar.

Assim sendo, o autor nega a utilização da prisão preventiva com base neste fundamento, pois, estaria sendo utilizada como uma forma de retribuição ao mal causado, o que significa uma pena antecipada.

Por todo o exposto, vê-se alguns descompassos presentes na doutrina e na jurisprudência, em que não há conceito delineado e firmado do que seja Garantia da Ordem Pública, entendendo alguns autores, com base nas expressões utilizadas pelo

legislador, que seria esse fundamento para evitar a prática de infrações penais. Outros autores entendem que seria uma medida para atender o clamor público e outros entendem pela sua inconstitucionalidade.

De maneira análoga ao autor Aury Lopes Jr, entende-se que não é razoável e proporcional, prevalecer o direito de todos à segurança em sacrifício do estado de inocência do indiciado/acusado e o seu direito de liberdade. A medida cautelar, de modo geral, funciona como um instrumento indispensável ao normal funcionamento da justiça.

Dessa forma, a falta de determinação jurídica do fundamento em estudo leva à permissão e uso desmedido da prisão preventiva com o amparo do requisito da ‘ordem pública’, com a finalidade única de fazer justiça.

3.2 Banalização da Ordem Pública como Fundamento para Decretação da Prisão Preventiva

Hodiernamente, a forma que a ordem pública é dada, enquanto um fundamento, degenera a finalidade da medida. Observa-se que a medida processual transformou-se em uma atividade típica de polícia, uma medida de segurança pública.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 839) deixa evidenciado que “as prisões preventivas para a garantia da ordem pública [...] não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais”.

A ‘Ordem pública’ quanto à necessidade da sua garantia a partir da gravidade do crime, por mais que as decisões tentem fazer uma distinção entre “gravidade concreta” e “gravidade abstrata”, fundamentando que o abstrato seria fundamento ilegal para a prisão e o concreto motivação idônea, foge da finalidade do instrumento cautelar pois irá restringir a liberdade não para assegurar o andamento do processo, mas para se antecipar a pena (TAPOROSKY FILHO, 2019).

À respeito, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012, p. 75-76) narram que “nenhuma prisão pode ser decretada com base no argumento da gravidade do crime, se a motivação vier desacompanhada de outro fundamento jurídico (art. 312 do CPP)”.

Em relação a ‘Ordem pública’ fundamentada a partir da periculosidade do agente, o problema está no que tornaria possível dizer ser o delinquent perigoso. Observa-se que as decisões costumam apontar os antecedentes criminais do indivíduo como um fator que demonstraria a sua periculosidade e, o seu o *modus operandi*.

Observa-se assim, a subjetividade do julgador no seu uso enquanto argumento para decretar a prisão.

Outro impasse, está a ‘Ordem pública’ utilizada como fundamento para evitar a reiteração delituosa, aqui encontra-se uma conjectura a respeito do futuro. Depois na análise da vida pregressa do indivíduo, procede-se um juízo indutivo acerca de sua conduta futura, utilizando o instrumento para outra finalidade que não a de proteger o processo.

Conforme Rosimeire Ventura Leite leciona (2018, p. 131) “a ideia de ordem pública possibilita a inclusão de análises subjetivas sobre a vida pregressa do réu, sua personalidade ou possibilidade de voltar a delinquir, o que não se relaciona propriamente com o fato que está sendo apreciado”.

Outra fundamentação utilizada também atualmente é, a ‘Ordem pública’ como sinônimo de clamor público, ou seja, o delito cometido abala a comunidade, causando comoção, assim, usa-se a indignação e sensação de impunidade. O que leva-se a concluir que a prisão do indivíduo restauraria a paz social ao fazer cessar a intranquilidade do meio social gerada pelo crime.

Este fundamento está bastante presente em casos midiáticos, contudo, a prisão preventiva não se presta para tal fim.

No mesmo sentido, a fundamentação da ‘Ordem pública’ com finalidade para restauração da credibilidade do Judiciário, buscando reafirmar a credibilidade das instituições, como se prendendo o agente, essa tal credibilidade seria restaurada. Todavia, a medida cautelar não se presta para fins de gerar crédito para a justiça.

Fica evidente que, a partir da Garantia da Ordem Pública, qualquer argumento (restauração da credibilidade da justiça, necessidade de acautelamento do meio social, clamor público, gravidade do crime e afins), segundo Gabriel Bertin de Almeida (2003, p. 71-85), “têm nitidamente funções de prevenção geral, o que não se pode admitir”, gerando uma grande banalização como fundamento.

3.3 Análise Jurisprudencial e de Casos Concretos

Ao buscar o que o Judiciário diz a respeito do fundamento da Garantia da Ordem Pública, percebeu-se algo muito amplo, fazendo assim um recorte das decisões mais recentes de alguns dos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação.

Assim, a finalidade foi analisar a fundamentação dos juízes, na 1ª instância, acerca das prisões preventivas e, posteriormente, o entendimento da 2ª instância.

Para se realizar a pesquisa consultiva às decisões, utilizou-se da ferramenta de pesquisa de jurisprudência que o próprio site de cada Tribunal disponibiliza, sendo utilizadas no campo de busca palavras como “prisão preventiva”, “garantia da ordem pública”, “clamor social”, “reiteração delitiva”, “gravidade concreta”, “periculosidade”, “credibilidade da justiça”. Assim tendo sido feito, estes foram os resultados a seguir narrados.

Antes contudo, importante ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020), o qual reiteradamente tem decidido que "a segregação preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP)".

Ainda, entende no seguinte sentido "A gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão preventiva, não constituindo a repercussão social do fato e o clamor público fundamentos idôneos para autorizar, por si sós, a segregação cautelar".

O **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá**, ao julgar um *Habeas Corpus*, impetrado com o fundamento que a Paciente se encontrava presa preventivamente sob a acusação da prática do crime de integrar organização criminosa na forma majorada e aduzindo que passados mais de 20 (vinte) meses, ainda não tinha sido designada audiência de instrução e julgamento, denegou a ordem.

O relator entendeu que “o pressuposto da garantia da ordem pública ainda se mostrava evidente, pois a organização criminosa denominada “FAMÍLIA TERROR DO AMAPÁ - FTA”, de que a Paciente é acusada de integrar, é dada à prática de inúmeros crimes, impondo-se manter **a prisão preventiva justificada na garantia da ordem pública ainda persistente pelo clamor social decorrente da elevadíssima gravidade da conduta criminosa**” (BRASIL, 2021).

O **Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas**, ao julgar um *habeas corpus*, verificou que a decisão do Juízo *a quo* foi devidamente fundamentada na “**garantia da ordem pública, uma vez que a conduta imputada ao Paciente provoca grande impacto na sociedade e ganha repercussão negativa e causa clamor público**” (BRASIL, 2023).

O **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, ao julgar *habeas corpus* (BRASIL, 2022), ressaltou que a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão preventiva, não constituindo a repercussão social do fato e o clamor público fundamentos idôneos para autorizar, por si sós, a segregação cautelar.

No presente caso, o juiz *a quo* decretou prisão para a garantia da ordem pública de forma genérica. O relator narrou que não se sustentam decisões escoradas em remissões genéricas às normas, e que, na decisão impugnada a prisão preventiva foi decretada com o objetivo exclusivo de garantir a ordem pública, sendo os fundamentos invocados para justificar a custódia cautelar nitidamente inidôneos, uma vez que se baseiam exclusivamente em fatores decorrentes da gravidade abstrata dos delitos e em argumentos de ordem subjetiva destituídos completamente de caráter instrumental.

Narrou que, ainda que, “a gravidade concreta do delito justificasse a custódia cautelar, sobretudo quando o *modus operandi* for revelador de periculosidade exacerbada, certamente não é o caso dos autos, visto que a conduta do paciente está estritamente relacionada e circunscrita àquela naturalmente decorrente dos próprios tipos penais” (BRASIL, 2022).

Também, ressaltou que “**não se revela legítimo valer-se do cárcere antecipado para aplacar eventual clamor público ou repercussão midiática que o fato tenha gerado. Afinal, a prisão preventiva não se destina a fazer justiça, mas tão somente a garantir a sua eficácia**” (BRASIL, 2022).

O **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, ao julgar *habeas corpus* (BRASIL, 2023), entendeu que a prisão preventiva do paciente foi decretada devidamente, para garantia da ordem pública, em razão da “gravidade concreta do delito, praticado em concurso de agente e mediante grave ameaça exercida por meio de arma de fogo, evidenciando, portanto, sua **periculosidade social, bem como pelo risco de reiteração delitiva, uma vez que o paciente responde por outras ações penais**, e, ainda, ostenta duas condenações criminais pela prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento e associação criminosa” (BRASIL, 2023).

O **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, ao julgar recurso em sentido estrito (BRASIL, 2021) interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de prisão preventiva em face dos réus, alegou que o entendimento do Magistrado *a quo* merecia ser mantido, ressaltou que o conceito de ordem pública deve ser interpretado como

instrumento de manutenção ou de restabelecimento da tranquilidade do meio social que sofreu desordem decorrente da periculosidade do agente, sobretudo pelo fundado receio de reiteração da prática criminosa, bem como pela gravidade concreta da conduta imputada a ele. Assim, entendeu os denunciados ostentam antecedentes penais e características pessoais favoráveis, sendo o fato um caso isolado na vida dos réus.

O próprio Ministério Público alegou que **“a soltura dos acusados teve ampla repercussão negativa na comunidade de Planaltina e do DF e que o clamor público somado à periculosidade dos agentes constituem fundamento válido para respaldar a prisão preventiva, pois a intranquilidade social provocada pelo crime, e mais ainda, pela soltura dos acusados, intensificou a sensação de impunidade, o que pode constituir um fator de estímulo para a prática de novos delitos”** (BRASIL, 2021).

Outras decisões:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

[..] No caso, a despeito de apresentar prova da existência do delito e indícios suficientes de autoria, **o decreto preventivo não apontou elementos concretos quanto ao perigo gerado pelo estado de liberdade do paciente à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, carecendo, assim, de fundamento apto a legitimar a prisão.** 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já proclamou que as **invocações relativas à gravidade do delito, ao clamor público e à garantia da credibilidade da Justiça não são motivos idôneos da prisão preventiva, a não ser que estejam apoiadas em fatos concretos.** [..]. 5. Ordem concedida, com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. (SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL Sessão virtual de 24 de fevereiro a 03 de março de 2022. Nº único: 0800819-79.2022.8.10.0000. Habeas Corpus)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E “CLAMOR PÚBLICO” [...] **A prisão preventiva, visando resguardar a garantia da ordem pública, somente se revela cabível quando motivada em substrato fático concreto que autorize a sua decretação, não bastando a motivação genérica da gravidade abstrata do delito e do “clamor público”.** (N.U 1003006-15.2023.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 07/03/2023, Publicado no DJE 12/03/2023)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PRISÃO CAUTELAR ALICERÇADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA – RISCO À ORDEM PÚBLICA, À APLICAÇÃO DA LEI PENAL E À INSTRUÇÃO PROCESSUAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – REPERCUSSÃO SOCIAL E CLAMOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS PARA A SEGREGAÇÃO DO PACIENTE – ORDEM CONCEDIDA. A gravidade abstrata da conduta e o alegado clamor público, segundo reiterados precedentes das Cortes Superiores, não são fundamento idôneo para a decretação ou manutenção da prisão

preventiva, que somente se justifica em razão da existência de elementos concretos que sirvam de amparo à configuração dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 0028774-50.2011.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 19/10/2011, p: 24/10/2011)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - PECULATO - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA - GRAVIDADE CONCRETA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - ELEVADO DANO AO ERÁRIO - MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA. [...] Após a entrada em vigência da Lei n.º 12.403/11, a prisão preventiva, modalidade de medida cautelar, passou a ser exceção na sistemática processual penal, sendo certo que a **mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social não é suficiente para fundamentar a constrição cautelar**. Precedentes. O afastamento cautelar do agente de seu mandato político é medida suficiente e adequada para evitar a reiteração de crimes contra a Administração Pública. Ademais, após o encerramento da instrução processual, não há que se falar em risco à mesma. Assim, inexistindo motivos para a subsistência da constrição cautelar, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP), deve ser ela imediatamente revogada [...] (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.20.553477-9/000, Relator(a): Des.(a) Henrique Abi-Ackel Torres, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Márcia Milanez, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/11/2020, publicação da súmula em 19/11/2020)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. [...] O decreto prisional, lançado pelo e. magistrado, atuante na comarca de origem, está devidamente fundamentado. De acordo com a decisão hostilizada, a forma de execução, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias **podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública**. Inviável, assim, a expedição de alvará de soltura, ou a aplicação das cautelares diversas (art. 319 do CPP), pois medidas insuficientes e inadequadas ao caso. Os elementos contidos nos autos autorizam a manutenção da segregação. Da conversão ex officio da **prisão em flagrante em preventiva**. O procedimento adotado pela autoridade judiciária não viola o procedimento inserido pela Lei n.º 13.964/2019. Precedentes jurisprudências. [...] ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70084652890, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 25-11-2020)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA

SENTIDO ESTRITO – INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE – INEXISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO [...] 1. O douto Juiz a quo, na audiência de custódia, a qual ocorreu 01 (um) dia após os fatos, entendendo não haver elementos para a decretação da prisão preventiva do recorrido, ocasião em que concedeu liberdade provisória ao recorrido, tendo aplicado medidas cautelares diversas da prisão; [...] 4. Da mesma forma, **não restou comprovado nos autos que a soltura do recorrido represente risco à prática de novos delitos ou traga intranqüilidade para a comunidade local**, ou que ameace testemunhas/vítima, ou que mesmo desta surja um clamor público a exigir o encarceramento do recorrido; 5. Ademais, observo ser o recorrido primário e portador de bons antecedentes; 6. Dessa forma estando o paciente, no presente momento processual, cumprindo as medidas cautelares e ausentes os requisitos

do art. 312, do CPP, não há razão para se decretar a prisão preventiva, não sendo, in casu, a gravidade do crime suficiente para a aplicação da medida extrema.

(TJRR – RSE 0814278-97.2018.8.23.0010, Rel. Des. LEONARDO CUPELLO, Câmara Criminal, julg.: 27/10/2020, public.: 28/10/2020)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

Recurso em Sentido Estrito – Tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei nº 11.343/06) – Decisão que revogou prisão preventiva – Recurso do Ministério Público – Alegação de necessidade da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública - Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP – Gravidade abstrata do delito, acautelamento do meio social e credibilidade da justiça, isoladamente, não são argumentos suficientes para a decretação da medida Decisão mantida. I - Ausentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, impõe-se a revogação da medida de exceção; II – **Inadmissível a manutenção da prisão preventiva quando estiver calcada na preservação da ordem pública com base apenas em “juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito e o clamor ou comoção social não constituem, por si sós, fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva”** (v.g. HC n.º 44.833/MT, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 19/09/2005). Precedentes do STJ. III - Em que pese não sejam garantidoras, por si sós, da liberdade, as condições subjetivas favoráveis do Recorrido pesam em seu favor quando se constata a ausência de motivos para a decretação de sua prisão preventiva; IV - Recurso conhecido e desprovido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 201400321507 Nº único: 0013995-25.2014.8.25.0000 - CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Iolanda Santos Guimarães - Julgado em 20/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. "FUMUS COMISSI DELICTI" E "PERICULUM LIBERTATIS" COMPROVADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO. [...]

10. No caso em tela, embora a defesa tivesse afirmado que o paciente é genitor de seis filhos, dentre eles quatro menores de idade, não juntou qualquer cópia das certidões de nascimento dos filhos para comprovar a paternidade, tampouco juntou documentos que comprovassem ser ele, o paciente, o único responsável pelos cuidados dos filhos menores (aliás, a própria impetração aponta que o paciente possui esposa, que "é simples e não trabalha", a qual poderia, sem sombra de dúvidas, cuidar dos filhos menores). Além disso, **o paciente foi denunciado por crimes gravíssimos, tráfico de drogas, associação para o narcotráfico e integrar organização criminosa (aqui, o "PCC"), de modo que a sua colocação em liberdade (regime de prisão domiciliar) não impediria que ele voltasse à prática dos crimes pelos quais foi denunciado, deixando, portanto, de cuidar dos seus filhos menores e, inclusive, podendo prejudicá-los diretamente, colocando em risco as integridades física e mental da sua prole, pelas consequências inerentes à referida atividade** (manuseio das drogas, de petrechos correlatos, as vezes de armas, o local dos fatos com a presença de outros integrantes de organizações criminosas e de potencialmente participar de represálias e disputas por ponto de drogas, dentre outros). Ausência de flagrante ilegalidade. 11. Ordem denegada (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2045936-14.2023.8.26.0000; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jacupiranga - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/03/2023; Data de Registro: 23/03/2023)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

HABEAS CORPUS Nº 5765368-96.2022.8.09.0011 2ª CÂMARA CRIMINAL COMARCA: SANTO ANTÔNIO DO DESCOBERTO IMPETRANTE: WAGTON RODRIGUES DE OLIVEIRA PACIENTE: VITOR MANOEL MACHADO RODRIGUES RELATORA: DES. CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA E-mail: mlcotolentino@tjgo.jus.br EMENTA: HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FEMINICÍDIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...] PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. Impõe-se referendar a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva quando satisfatoriamente alicerçada em fundamentos concretos dos autos a respeito da **existência de materialidade dos crimes e de indícios suficientes de autoria, fulcrada, de maneira firme, na necessidade de garantia da ordem pública e para impedir a reiteração criminosa.** ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Medidas Garantidoras -> Habeas Corpus Criminal 5765368-96.2022.8.09.0011, Rel. Des(a). DESEMBARGADORA CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, 2ª Câmara Criminal, julgado em 03/02/2023, DJe de 03/02/2023)

EMENTA:HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. TENTATIVA. CORRUPÇÃO DE MENOR. NEGATIVA DE AUTORIA. TIPIFICAÇÃO DELITIVA. NÃO CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. PREDICADOS PESSOAIS. [...] II - **Não é contaminado de ilegalidade o pronunciamento judicial que decreta o regime de custódia antecipada, amparado em condições autorizativas do artigo 312 do Código de Processo Penal, com base na garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do crime e para assegurar a aplicação da lei penal, não havendo que se falar em aplicação de medidas cautelares ou em ofensa a postulados constitucionais.** [...]. Ordem Conhecida em parte, e nessa extensão, Denegada. (TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Medidas Garantidoras -> Habeas Corpus Criminal 5022325-52.2023.8.09.0000, Rel. Des(a). Aureliano Albuquerque Amorim, 3ª Câmara Criminal, julgado em 07/02/2023, DJe de 07/02/2023)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. 1) AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA CONSTATADOS. Impõe-se a manutenção das decisões que decretou a prisão preventiva e indeferiu o pleito de revogação do ergástulo quando satisfatoriamente alicerçada em fundamentos concretos dos autos a respeito da existência de materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, fulcrada, especialmente, na necessidade de garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, **tendo em vista a gravidade concreta do delito (expressada pelas circunstâncias do fato, em tese, perpetrado no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, e dinâmica da ação, reveladora de extrema violência), o reflexo social negativo da conduta (clamor público) e, ainda, a periculosidade do paciente (revelada pelas notícias de que esse fato não seria o primeiro episódio de violência doméstica perpetrado em desfavor da vítima, bem como a informação de nova ameaça à integridade física da ofendida).** [...] ORDEM DENEGADA. (TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Medidas Garantidoras -> Habeas Corpus Criminal 5057441-90.2021.8.09.0000, Rel. Des(a). CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, 2ª Câmara Criminal, julgado em 08/04/2021, DJe de 08/04/2021)

Por todo o exposto, verifica-se que o caminho trilhado até então, pela jurisprudência acerca da ‘ordem pública’, é preocupante. Vê-se que juízes *a quo* fundamentam prisões preventivas por vezes em restauração da credibilidade da justiça,

necessidade de acautelamento do meio social, clamor público, gravidade do crime e risco de reiteração delitiva.

Em algumas decisões, o fundamento seria com base em gravidade concreta, mas em 2ª instância houve reconhecimento de situações de gravidade abstrata. Em alguns casos, reconheceu-se o clamor público como fundamento idôneo, mas 2ª instância, alguns tribunais repudiaram o fundamento, outros concordaram.

Observa-se que o juízo *ad quem*, por vezes concorda com as decisões, na maioria dos casos, outros tribunais repudiam, mas, a falha se faz presente, uma vez que há confusão sobre a função das cautelares processuais penais.

Nesse sentido, é necessária mudança sobre o entendimento do tema, contudo, a permanência da ‘ordem pública’ enquanto fundamento para a prisão preventiva, segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 79), “é conveniente para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, no viés punitivista [...], através de uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento da Garantia da Ordem Pública não é legítimo para se prender alguém cautelarmente, pois não se sustenta sob a égide constitucional atual.

Não há significado determinado ao termo que possibilite o seu uso como fundamento para restringir a liberdade de alguém, sendo um conceito vazio e ambíguo dando grande margem à insegurança jurídica.

A prisão para a ‘garantia da ordem pública’ tem a simples finalidade de dar à sociedade sensação de resolução do problema, passando uma falsa imagem que o Estado estaria cumprindo o seu papel de proteger a sociedade e combater a criminalidade. Contudo, o discurso vai contra as bases democráticas de um processo penal justo, igualitário e substancialmente constitucional.

Dessa forma, em respeito à ordem constitucional, para a aplicação do fundamento em estudo, deverá ser conceituado e delimitado, concretamente, as hipóteses de aplicação do requisito da ‘ordem pública’ como fundamento para a prisão preventiva. Caso contrário, deve ser reconhecida a inaplicabilidade do termo ‘ordem pública’ presente no artigo 312 do Código de Processo Penal, por clara afronta ao Princípio da Presunção da Inocência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 44/2003. jul-set/2003. p. 71-85.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 132.040/MS**, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 8/9/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.605.539/PA**, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 16/6/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 mar.2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Institui o Código de Processo Penal.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 15 março 2023.

BRASIL. **LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989**. Dispõe sobre prisão temporária.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Decreta o **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 67707-0/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário de Justiça. Brasília, 14 ago. 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70424>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BRETAS, Adriano. **Apontamentos de Processo Penal 1ª Ed.** Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 56, Saraiva 1981.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA, 1776. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A0-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bompovo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 9 mar. 2023.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO AMERICANA, 1791. J Henry Phillips. BRAZILIAN TRANSLATED. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em: 11 nov. 2022.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A0-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>. Acesso em: 12 mar. 2023.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 1945

JORNAL DO BRASIL. **A Assembléia das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 11 dez. 1948, p. 7. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=030015_06&PagFis=57033. Acesso em: 3 nov. 2022.

LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil** – Volume II. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018.

JÚNIOR, Aury L. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR; Aury L. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 3ª ed. 2005.

JÚNIOR. Aury L. **Novo regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JÚNIOR, Aury L; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática Forense Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 271.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **As prisões e o problema da ordem pública**. Curitiba, 2019. Disponível em:
<https://repositorio.uninter.com/bitstream/handle/1/557/PAULO%20SILAS%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20PAULO%20SILAS%20%20VERS%C3%83O%20FINAL%20%28COM%20FICHA%20CATALOGR%C3%81FICA%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mar. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.689.