

INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS

VOL. 2

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

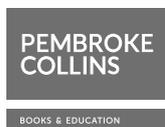
CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (Juscibernética, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

CLARISSA BOTTEGA, FABIANO OLIVEIRA, MARIANA GOMES DE OLIVEIRA,
MAURÍCIO PIRES GUEDES

INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS

VOL. 2



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2022

Copyright © 2022 | Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira, Mariana Gomes de Oliveira,
Maurício Pires Guedes (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

159

Instituições e políticas públicas / Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira,
Mariana Gomes de Oliveira e Maurício Pires Guedes (organizadores).
– Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 2; 492 p.

ISBN 978-65-89891-61-1

1. Ciência política. 2. Políticas públicas. 3. Direito. 4. Deveres
institucionais. I. Bottega, Clarissa (org.). II. Oliveira, Fabiano (org.).
III. Oliveira, Mariana Gomes de (org.). IV. Guedes, Maurício Pires
(org.).

CDD 320

SUMÁRIO

ARTIGOS – DIREITO PENAL.....	15
LEI Nº 11.343/2006: A TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA E O ENCARCERAMENTO EM MASSA.....	17
<i>Samara dos Santos França</i>	
OS TRANSTORNOS MENTAIS E SUAS REVERBERAÇÕES NA ESFERA DO DIREITO PENAL: A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO TRATAMENTO DOS INIMPUTÁVEIS.....	36
<i>Brenda Lopes de Menezes</i> <i>Luana Neves da Fonseca</i> <i>Maria Clara Rojas Cabral</i> <i>Alice Arlinda Santos Sobral</i>	
DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	55
<i>Iury Borges Benites</i>	
PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CRITÉRIO DA FIXAÇÃO DA PENA: DISCUTINDO LIMITES E POSSIBILIDADES.....	67
<i>Thaysa Bianca Velloso da Fonseca</i> <i>Lívia de Souza Nunes</i> <i>Alice Arlinda Santos Sobral</i> <i>Rui Mateus Joaquim</i>	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES MILITARES: UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E OS IMPACTOS SOCIOJURÍDICOS NO ESPECTRO JURISDICIONAL MILITAR.....	87
<i>Danilo Alexandre Mori Azolini</i>	

JULGAMENTO DE ESTUPROS COMO CRIMES INTERNACIONAIS: ANÁLISE DOS CASOS FURUNDŽIJA E AKAYESU (ICTY E ICTR).....	104
<i>Isabelle Dianne Gibson Pereira</i>	
OS CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA COMETIDOS EM REDES SOCIAIS E AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ	122
<i>Angelica Bez</i>	
A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DA VIDA EM FACE DO HOMICÍDIO POR EUTANÁSIA PASSIVA.....	140
<i>João Henrique de Melo Elias</i>	
ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS DO ARTIGO 181 DO CP COMO OPORTUNIDADE PARA A IMPUNIDADE.....	153
<i>Maria Neurilane Viana Nogueira</i>	
<i>Juliana Wayss Sugahara</i>	
<i>Gabrielly de Sousa Alves</i>	
<i>Vinícius Dias de Moura</i>	
MÉTODO APAC: POTENCIALIDADES E DESAFIOS DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS.....	171
<i>Arthur Vieira de Alcântara Silva</i>	
<i>Marisalvo da Silva</i>	
BREVES ANÁLISES E REFLEXÕES DA "OPERAÇÃO LAVA JATO" NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL.....	191
<i>Péricles Queiroz Araújo</i>	
<i>Poliana Freitas Vieira Araújo</i>	
VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES TEÓRICAS ACERCA DA LEI Nº 14.188/2021.....	205
<i>Arthur Tomaz da Silva</i>	
<i>Christianne Pereira de Lucena Silva</i>	
<i>Danilo dos Santos Guimarães</i>	
<i>Yara Gabriela Filgueira Monteiro</i>	
A REMIÇÃO DE PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO.....	223
<i>Michael Lemes Monteiro</i>	

ARTIGOS – DIREITO PROCESSUAL.....243

ASPECTOS DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E TECNOLÓGICAS NO BRASIL
DIANTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS IMPLANTADAS PELO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA O ACESSO VIRTUAL AO
PODER JUDICIÁRIO245
Luciane Mara Correa Gomes

OS PRINCIPAIS PROBLEMAS PROCESSUAIS E LEGISLATIVOS
DECORRENTES DA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO COM O COMMON
LAW LEVADA A EFEITO PELO CPC/2015, SOB A ÓTICA DO ACESSO À
JUSTIÇA.....259
Samuel da Silva e Silva

ARTIGOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 277

O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....279
Trícia Bogossian

AVANÇOS LEGISLATIVOS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....297
Trícia Bogossian

SMART CONTRACTS, LGPD E O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
COMPATIBILIDADES E CONFLITOS.....313
Débora Manke Vieira
Fabrizio Bon Vecchio

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PRIVADA SOB A PERSPECTIVA DA
IMPERIOSA (IN)OBSERVÂNCIA DOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DA
AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS.....325
Péricles Queiroz Araújo

ARTIGOS – DIREITOS SOCIAIS.....341

VISÃO SOB A ORIGEM DO CONTRATO SOCIAL – ROUSSEAU343
Maria Angélica Guedes de Santana

REDUÇÃO DE DANOS E SAÚDE MENTAL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA
SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS DOS USUÁRIOS DE DROGAS.....350
Katia Helena Pereira Camargo

ARTIGOS – EMPRESAS.....367

A EMPRESA E AS OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS: A SEGMENTAÇÃO DE MERCADO E A DEFINIÇÃO DE ATRIBUTOS PARA A ELABORAÇÃO DE PROPOSIÇÕES DE VALOR.....369
Adalberto Benevides Magalhães Neto

SOCIEDADES LIMITADAS UNIPESSOAIS E O “FIM” DAS EIRELI: ELEMENTOS PARA O ESTUDO DE PADRÕES DE REFORMA INSTITUCIONAL NO BRASIL.....387
Guilherme Saraiva Grava

ARTIGOS – RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....405

ANÁLISE DA INTEROPERABILIDADE COMO INSTRUMENTO DISSUASÓRIO DE DEFESA INTERNACIONAL.....407
Osmar Rosales Júnior

A REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA DE GRADUAÇÃO ESTRANGEIRO EM CONJUNTO COM O PROGRAMA MAIS MÉDICO E O REVALIDA.....423
Michael Lemes Monteiro

RESUMOS.....437

É POSSÍVEL A CONDENAÇÃO DE BOLSONARO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL POR CRIME DE ECOCÍDIO?.....439
João Henrique de Melo Elias

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A CONVIVÊNCIA FORÇADA COM O AGRESSOR EM TEMPOS DE PANDEMIA443
Izabella Pereira Lima

O TRÁFICO DE ÓRGÃOS, A CONDUTA ILÍCITA DOS MÉDICOS E A VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS448
Aline Thaynara Neves Prado

ERROS JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O ANTAGÔNICO FENÔMENO DAS CONDENAÇÕES DE INOCENTES NO BRASIL.....454
Vitória Karoline da Silva Falconere

O PODER DE AUTOTUTELA E A SUA MANIFESTAÇÃO NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS BRASILEIRAS	459
<i>Gabriela De Oliveira Domingos Tavares</i>	
<i>Ivan Aparecido Ruiz</i>	
LEI DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO: ASPECTOS GERAIS E PRESSUPOSTOS.....	464
<i>Naira Neila Batista de Oliveira Norte</i>	
<i>Maria Clara Rojas Cabral</i>	
A IMPORTÂNCIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	469
<i>Jackeline de Brito Santos</i>	
<i>Naira Neila Batista de Oliveira Norte</i>	
BREVES REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP).....	474
<i>Kerston Marques Silva Benevides</i>	
AS REDES DE PROTEÇÃO COMO ESTRUTURA DE PREVENÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA: UMA VISÃO SOCIAL DA POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ JUNTO A GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS.....	479
<i>Danilo Alexandre Mori Azolini</i>	
ENSINO PÚBLICO, A NECESSIDADE DE EFETIVAR A GESTÃO DEMOCRÁTICA PARA ALCANÇAR O SUCESSO ADMINISTRATIVO	485
<i>Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-Jus

- Adriano Rosa (Universidade Santa Úrsula, Brasil)
- Alexandre Bahia (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
- Alfredo Freitas (Ambra College, Estados Unidos)
- Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
- Arthur Bezerra de Souza Junior (Universidade Nove de Julho, Brasil)
- Bruno Zanotti (PCES, Brasil)
- Claudia Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil)
- Daniel Giotti de Paula (PFN, Brasil)
- Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo (Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
- Denise Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
- Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
- Eduardo Val (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
- Felipe Asensi (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
- Fernando Bentes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)
- Glaucia Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)
- Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)
- João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

- Jose Buzanello (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
- Klever Filpo (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
- Luciana Souza (Faculdade Milton Campos, Brasil)
- Marcello Mello (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
- Maria do Carmo Rebouças dos Santos (Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
- Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)
- Oton Vasconcelos (Universidade de Pernambuco, Brasil)
- Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)
- Pedro Ivo Sousa (Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)
- Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)
- Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
- Saul Tourinho Leal (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)
- Sergio Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
- Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)
- Thiago Pereira (Centro Universitário Lassale, Brasil)
- Tiago Gagliano (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)
- Walkyria Chagas da Silva Santos (Universidade de Brasília, Brasil)

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos e resumos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão digital aos participantes;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor, durante o evento, no site para os participantes;

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2021)**, que ocorreu entre os dias 27 e 29 de outubro de 2021 e contou com 50 Áreas Temáticas e mais de 250 artigos e resumos expandidos de 43 universidades e 22 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS – DIREITO PENAL

LEI Nº 11.343/2006: A TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Samara dos Santos França¹

INTRODUÇÃO

No período colonial, o Brasil previa penas para quem usasse, portasse ou vendesse “material venenoso”. Posteriormente, na República, com o Código de 1890, houve a tipificação de crimes contra a saúde pública, que reiterou a criminalização iniciada na colônia, em seu art. 159 (CARVALHO, 2016; SENADO FEDERAL, 2011). No entanto, é na década de 1930, seguindo o ritmo dos Estados Unidos — que começa a criminalizar o álcool em 1920, fomentando a criação das famosas máfias e tendo Harry Anslinger como o grande incentivador da efetiva guerra às drogas—, que ocorre um impulso brasileiro na luta contra os narcóticos (HARI, 2018).

Caminhando junto à lógica da política internacional, durante a Ditadura Militar, o governo equipara “os traficantes aos inimigos internos do regime” (SENADO FEDERAL, 2011) e, em 1976, temos o início da vigência da Lei 6.368, que diferencia as figuras de usuário e traficante mas continua entregando aos dois pena privativa de liberdade. Atualmente, vigora a Lei nº 11.343/2006, segundo a qual os usuários são entregues a penas alternativas e os crimes de tráfico e tipos afins, por sua vez, tem a pena de prisão aumentada (CAMPOS, 2018).

Desse modo, o presente artigo objetiva investigar qual o bem jurídico penalmente tutelado pela atual Lei de Drogas, concomitantemente com

¹ Graduanda do 5º período de Direito da PUC-Rio.

os resultados adquiridos pelo *modus operandi* da nossa política de luta intensa contra os narcóticos. A partir disso, é interessante citar um trecho do livro *Na fissura: Uma história do fracasso no combate às drogas*, de Johann Hari, com o intuito de iniciar nossa reflexão:

[...] os argumentos que escutamos hoje para acabar com as drogas são de que precisamos proteger os adolescentes e prevenir a dependência em geral. Presumimos que essas deveriam ser as razões para o conflito ter começado, mas não. Eram apenas motivos secundários. A razão principal para banir as drogas — a obsessão dos homens que se lançaram essa guerra — era que essas substâncias estavam sendo usadas por negros, mexicanos e chineses, fazendo-os esquecer qual era seu lugar; ameaçando, assim, a posição dos brancos. [...]"

1. O FUNDAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

1.1 TIPO PENAL

O tráfico de drogas é tipificado penalmente pela Lei nº 11.343/2006, no *caput* do seu art.33, criminalizando as seguintes condutas: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas” (BRASIL, 2006). Além disso, os parágrafos do referido artigo e textos normativos seguintes, do Capítulo II de tal lei, tipificam figuras afins (por exemplo: fabricação, tráfico da matéria-prima, associação de pessoas e assim por diante).

Isso posto, é importante enfatizar que todo o Direito Penal é norteado por princípios limitadores; em especial, três deles devem ser o pontapé da discussão aqui proposta: o princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentaridade e o princípio da lesividade. De início, o princípio da intervenção mínima tem por objetivo fundamental limitar e conduzir o poder incriminador do Estado, perquirindo que tal ramo do Direito seja utilizado como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, visando tutelar somente os bens jurídicos de maior magnitude, quando os outros ramos não conseguirem protegê-los eficientemente (BITENCOURT, 2018). Conforme o doutrinador Bitencourt:

Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social. (BITENCOURT, 2018, p. 73)

O segundo princípio, requerente de especial atenção, é o da fragmentariedade, o qual expressa que nem todo bem jurídico lesionado será protegido penalmente, pois o Direito Penal deve se preocupar apenas com as condutas mais graves atentadoras aos bens de maior importância, de modo que uma ação ou omissão pode ser um ilícito civil ou administrativo e não o ser penalmente. Também apresenta um “caráter fragmentário”, justamente por selecionar as condutas de maior relevância para proteger (BITENCOURT, 2018), ou seja, acumula a tutela penal a bens já protegidos pelos outros ramos. Consoante a interpretação de Regis Prado: “tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dela se ocupa” (PRADO, 2019, p. 104).

Por último, o princípio da lesividade visa estabelecer que o *ius puniendi* do Estado só se manifeste diante do “efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante” (BITENCOURT, 2018, p.85). Ademais, segundo Nilo Batista, há quatro funções principais: a) proibir que cogitações de crimes (atitudes internas) sejam punidas; b) impedir a incriminação de condutas que não ultrapassem o próprio autor (ex.: autolesão, crime impossível, uso de drogas etc); c) vetar incriminações que tentem punir o autor por condições de existência, de seu ser, e d) inibir que condutas, tão somente desaprovadas por um coletivo, sejam puníveis sem afetarem um bem jurídico (BATISTA, 2007).

Tendo em vista os princípios limitadores do Direito Penal, vale lembrar que o *ius puniendi* do Estado dever ser administrado por eles, especialmente quando pensamos em normas incriminadoras que, concomitantemente, imponham pena privativa de liberdade. Logo, com a manutenção do poder de punir temos, simultaneamente, a supressão temporária de direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção — garantida no art. 5º, XV, da CF. Não se pretende com a exposição desse fato remeter a algum tipo de abuso, mas, sim, elucidar o quão grave e agressivo é a retirada, mesmo que momentânea, de um direito e garantia fundamental, posi-

tivada pelo Poder Constituinte Originário como cláusula pétrea pelo que se abstrai do art. 60, § 4º, IV (BRASIL, 1988). É com esse entendimento que se deve defrontar a norma secundária estatuída pelo tipo simples de tráfico de entorpecentes, como já dito, exposto no art.33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a qual prevê reclusão de 5 a 15 anos e 500 a 1.500 dias-multa (BRASIL, 1988).

1.2 O BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO

É preciso investigar qual é o bem jurídico penalmente tutelado pela norma em comento e se há correspondência com a pena. O seu conceito está diretamente ligado à “relação de disponibilidade” do titular com a coisa, quando uma conduta afeta o direito de dispor de certos objetos (ex.: Joaquim mata Marina. Ao fazer isso, Joaquim impede Marina de usufruir de sua própria vida), atinge, assim, a um bem jurídico. A depender de sua importância, é tutelado penalmente através de um tipo constituído por uma norma incriminadora (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010). Outrossim, necessita-se esclarecer as suas funções essenciais: a garantidora adstrita ao princípio republicano (positivado no art. 1º da Constituição), que busca limitar a produção de normas penais pelo legislador; e a teleológico-sistemática que dá sentido ao tipo penal apresentando, o que ele pretende tutelar e o limita ao demonstrar sua finalidade — dito de outro modo, ajuda na interpretação do texto normativo a partir da identificação do objeto que visa proteger, a fim de traduzir uma norma penal ajustada a sua real finalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010).

A partir da interpretação da Lei de Entorpecentes, da literatura doutrinária e jurisprudencial, o bem jurídico por ela tutelado é a saúde pública, como é referido pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, em um dos acórdãos do STJ, ao identificar qual bem é lesionado pelo crime de tráfico de drogas (STJ, 2015). Podemos classificar tal bem como um bem jurídico coletivo, pois visa proteger a coletividade, de modo que um indivíduo não consegue lesá-lo sem fazer o mesmo para um número mais ou menos determinado de pessoas. Logo, a titularidade do bem está com o coletivo não com apenas um indivíduo (PRADO, 2019). Regis Prado ainda vai exemplificar da seguinte forma:

[...] **a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada pessoa**, mas deve-se exigir determinado grau de lesividade individual para que tenha relevância penal, e, por outra parte, **a pro-**

teção penal que merece depende também dessa lesividade individual [...]” (PRADO, 2019, p. 127, grifo nosso).

Por isso, o nosso ponto de reflexão tem que ser o quanto o tráfico de drogas composto por dezoito núcleos do tipo (art. 33, *caput*) lesa a saúde pública a ponto de ser tutelado penalmente.

Com isso, teremos dois entendimentos principais: a) os delitos da Lei de Drogas lesam a coletividade por ter uma capacidade de trazer dependência física e psíquica (SILVA, 2016) e, b) “a criminalização do tráfico de drogas e afins não protege bem jurídico algum”, serve, na verdade, para legitimar a nossa política criminal que se traduz em produção de violência (QUEIROZ, 2009).

2 OS RESULTADOS DA NOSSA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRAS ÀS DROGAS

2.1 O PERFIL DOS INCRIMINADOS POR TRÁFICO DE DROGAS

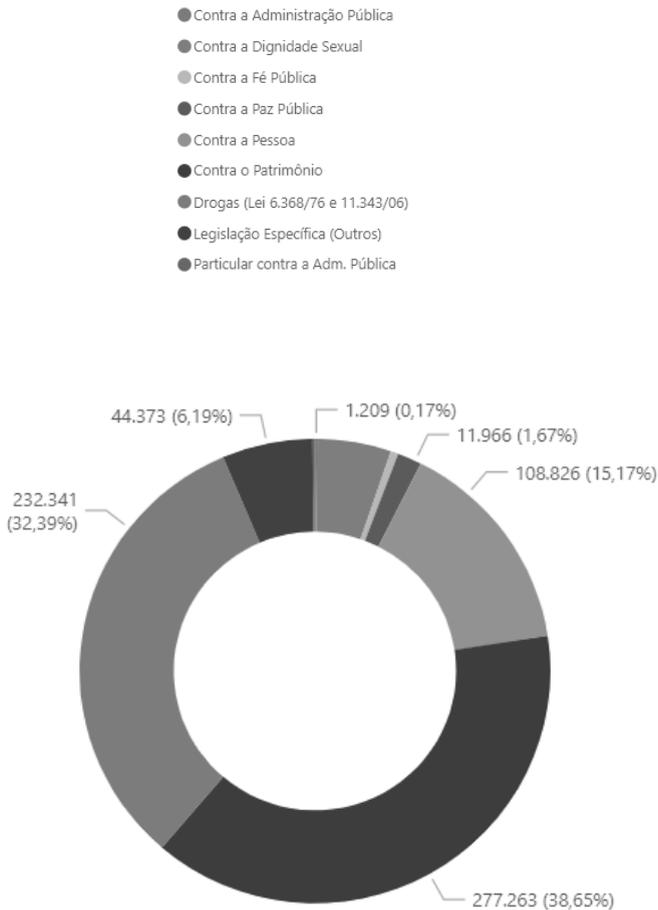
Desde logo, explicitamos, a Lei nº 11.343/2006 impõe um tratamento diferenciado para usuários e traficantes, além de penas mais brandas para os primeiros se comparada com a Lei nº 6.368/1976. Mesmo com as deficiências da atual Lei quanto à firmção de critérios objetivos capazes de diferenciar usuários de traficantes, é de suma importância ressaltarmos o claro fim do legislador em desumanizar o traficante. Com base na pesquisa de Marcelo Campos, publicada pela Revista de Estudos Empíricos em Direito, verifica-se que:

i) usuário de drogas é objeto de discursos estigmatizantes pelos parlamentares que o representam como um ser detentor de “vulnerabilidades sociais e individuais” e, por este motivo, deveriam agora ser objeto de políticas de saúde, já que para os parlamentares são doentes que merecem tratamento médico, embora permaneça a conduta como crime; ii) o traficante foi objeto de discursos parlamentares hierárquicos, porque o definem pela sua negação — o não-humano — que retoma a velha figura estigmatizada que simboliza o “mal” e que fornece o desejo aos “doentes e vulneráveis” [usuário]. (CAMPOS, 2015, p. 170).

A partir de tal pesquisa, identifica-se que o posicionamento dos legisladores é de elencar usuários como doentes e entregar um caráter repressivo aos traficantes. Como já observado, essa qualificação abrange uma série de condutas.

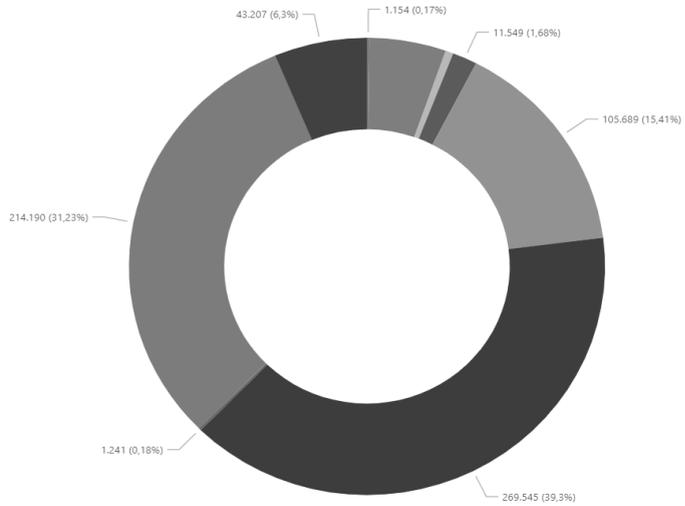
Tendo em vista o caráter proposital repressivo da Lei de Entorpecentes, identificaremos aqueles mais atingidos por ela.

Gráfico 1 — Informações Criminais / Quantidade de incidência por tipo penal



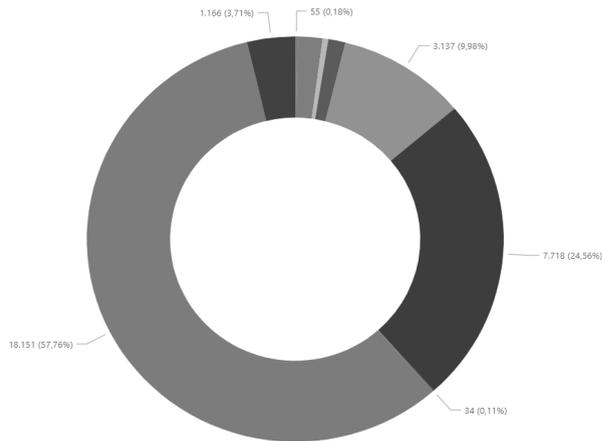
Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2020a).

Gráfico 2 — Quantidade de incidência por tipo penal — Masculino



Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2020a).

Gráfico 3 — Quantidade de incidência por tipo penal – Feminino²



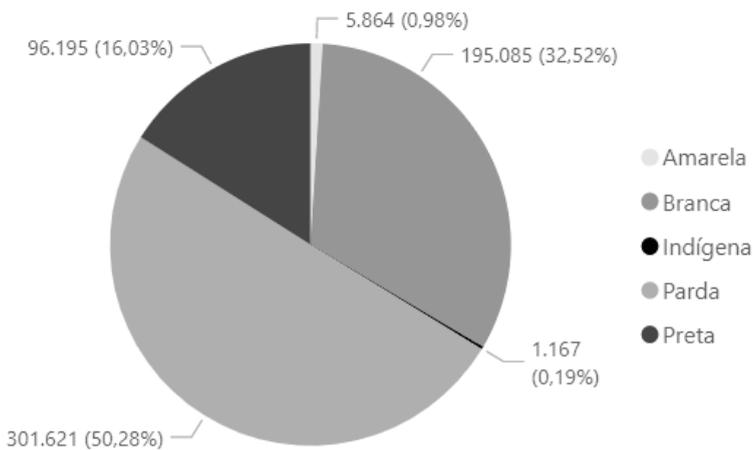
Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2020a).

² Segue a mesma legenda de cores para os três gráficos.

Com a leitura de tais gráficos, percebe-se: a) a Lei de Drogas é a fonte propulsora do segundo maior índice de prisão (32,39% — DEPEN JUNHO/2020), isso sem a diferenciação de gênero; porém, mesmo entre os homens se repete a posição com uma pequena diferença estatística (31,23% — DEPEN JUNHO/2020) e b) o índice de tipificação na referida Lei quase dobra quando observado somente o encarceramento feminino (57,76% — DEPEN JUNHO/2020).

Vale ressaltar que as mulheres muitas vezes são indiciadas por levar drogas para o companheiro preso que, em diversos casos, as obrigam a fazê-lo, pois o controle sobre seus corpos perdura mesmo após o aprisionamento do companheiro (MENDES, 2012, p. 198–199). Além disso, elas raramente ocupam lugar de comando dentro das facções, muito pelo contrário, são destinadas a cargos como mula, ou seja, pessoas que não tiveram passagem na polícia e realizam o transporte do entorpecente (BASTOS, 2010; MENDES, 2012, p. 199). Geralmente são rés-primárias (BORGES, 2019); entretanto, essa condição, que segundo o § 4º, art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é causa de redução de pena — cumprido os demais requisitos do referido artigo —, não parece trazer uma repercussão na prática. Ao se executar a dosimetria da pena, a absoluta maioria das mulheres são condenadas dentre 4 a 8 anos (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020b).

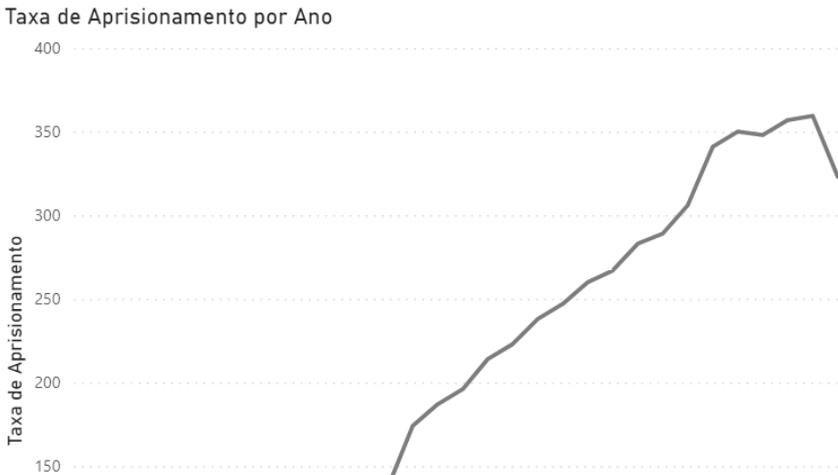
Gráfico 4 — Composição da população por cor/raça no Sistema Prisional



Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2020c).

Compreendendo que negros resultam do somatório de pretos e pardos, o gráfico 4 indica que temos 66,31% de negros encarcerados dentre o total de presos no Brasil. A estudiosa Juliana Borges chama atenção para o potencial da Lei de Entorpecentes de viabilizar o superencarceramento a grupos específicos: quando verificamos o DEPEN 2020/junho, visualizamos tal ponto, com um aumento de 69,10% da população privada de liberdade, entre 2006 e 2020 (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020d) sempre com a predominância de negros presos. Diante desse cenário de aprisionamento de corpos negros, Juliana Borges se posiciona da seguinte maneira: “[...] o sistema criminal é construído e ressignificado historicamente, reconfigurando e mantendo essa opressão que tem na hierarquia racial um dos pilares de sustentação. [...]” (BORGES, 2019, p. 44)

Gráfico 5 — Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2017).

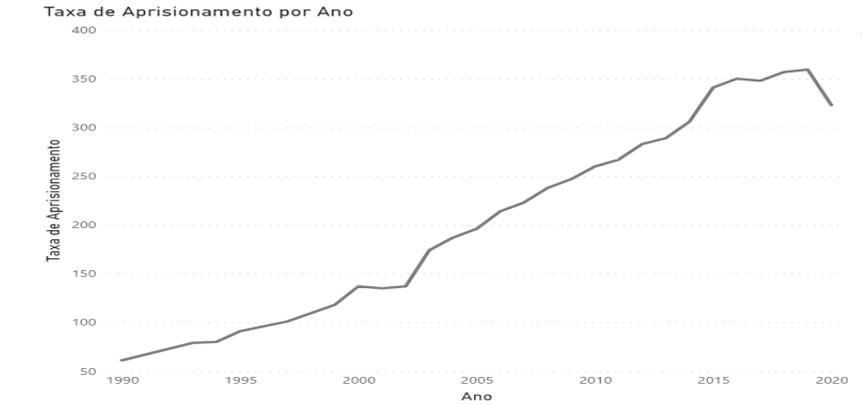
Por último, verificamos que mais de 80% da população carcerária não concluiu o Ensino Médio. Tal dado corrobora diretamente com a pesquisa realizada pela USP, na qual se identifica uma conexão da vulnerabilidade social com pessoas que estão em conflito com a lei

penal. Evidencia-se uma certa distorção a depender da região de mapeamento e repete a relevância do tráfico de drogas, ou criminalização por este, mais facilitado de acordo com a sua localidade de residência (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2021). Com essas exposições, é imperioso questionar se a intersecção apresentada entre criminosos e pessoas inseridas em lugares de vulnerabilidade social e/ou econômica expressam a seletividade de todo o sistema penal. Fica o questionamento, pois, da performance não só do Poder Judiciário com seus agentes julgadores, mas especialmente das forças policiais, visto que, conforme a localidade de atuação dos agentes policiais, há posturas diferenciadas: parece que ao atuar na Zona Sul do Rio de Janeiro o seu posicionamento é de um defensor, com o objetivo de prevenir a violência; já em favelas do mesmo estado, aparenta haver uma postura de busca pelo criminoso. Esse questionamento também é pautado pela análise do gráfico 1, por meio do qual observamos apenas 0,17% de pessoas aprisionadas por crimes contra a administração pública, estes relacionados, por sua vez, à criminalização de condutas de corrupção, tema de efervescência dos ânimos da sociedade nas últimas eleições.

2.2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Correndo o risco de repetição frente aos diversos estudos que reiteram o mesmo ponto, é imprescindível discutir a superlotação possibilitada pela Lei nº 11.343/2006. Observa-se, no gráfico 6, de acordo com os dados do DEPEN/2020, que a taxa de aprisionamento foi de 214% em 2006, ano em que foi promulgada a referida lei; já em 2020, a taxa foi de 323,04%, o que significa que em menos de 10 anos houve um aumento de aproximadamente 50% da taxa anual de aprisionamento.

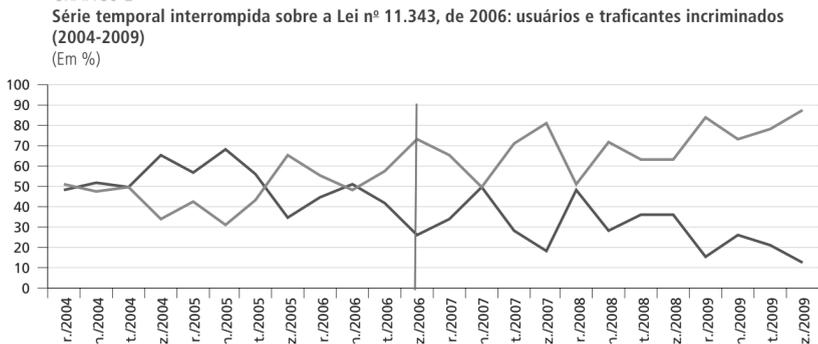
Gráfico 6 — Taxa de Aprisionamento por Ano



Fonte: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2020e).

Com o intuito de averiguar o aumento do encarceramento proporcionado pela Nova Lei de Drogas, replicamos o gráfico 7, confeccionado por Marcelo Campos, com base nos dados do Depen. Com uma leitura simples, verifica-se um aumento vertiginoso de criminalizados por tráfico de drogas, mesmo que a atual regulamentação se autointitule mais moderna.

Figura 7 — Aumento da população carcerária incriminada por tráfico nacional

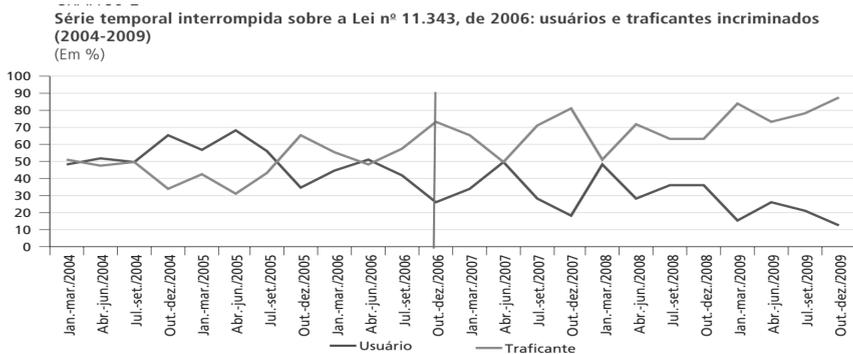


Fonte: CAMPOS (2018).

Estranhamente, ao passo que o número de pessoas que têm suas condutas tipificadas por tráfico de drogas aumentam, o número daqueles que seriam enquadrados como usuários diminuem. O primeiro ponto a se

considerar é a abrangência da norma contida no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas, o qual contém 18 verbos nucleares do tipo penal, ou seja, 18 condutas podem ser classificadas por tráfico de drogas, em sua figura simples, além dos tipos afins, como supracitado, os quais transpassam pelo Capítulo II, da Lei nº 11.343/2006. Ademais, não há uma separação objetiva para identificar usuários, nos termos do art. 28, e traficantes, os quais se diferem, primordialmente, quanto ao elemento subjetivo. Esclarecendo, para o usuário o dolo deve ser de consumo próprio, já quanto ao elemento objetivo do tipo, as condutas se assemelham. Portanto, o ponto nevrálgico de distinção é a detecção do dolo. Segundo, Bittencourt: “[...] o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. [...]” (BITENCOURT, 2018, p. 521). É justamente através deste elemento subjetivo que a Lei de Drogas diferencia as duas figuras. Soma-se a isso as penas díspares cominadas a cada um dos tipos: no primeiro não há pena de prisão, já no segundo a pena do mínimo legal é reclusão de 5 anos.

Gráfico 8 — Série temporal interrompida sobre a Lei no 11.343, de 2006: usuários e traficantes incriminados (2004–2009) na cidade de São Paulo



Fonte: CAMPOS (2018).

Essa situação de imprecisão normativa permite maior discricionariedade do julgador, que dificilmente consegue se prender a exclusividade dos fatos do caso concreto. Segundo Noel Struchiner e seus autores de apoio, há um contexto de descoberta — influência de fatores socioló-

gicos, históricos e psicológicos para se chegar em determinada hipótese — e um de justificação — os fundamentos utilizados para justificar seu posicionamento para a comunidade científica (STRUCHINER, 2018), de modo que quanto maior a possibilidade de manuseio de uma norma que não transmite parâmetros objetivos, ficamos à mercê de fatores psicológicos que podem influenciar as decisões, condenando alguém a uma pena de prisão, quando a atual lei lhe tenta designar o título de dependente químico.

2.3 OPERAÇÕES POLICIAIS

Na manutenção da Guerra às Drogas, as incursões policiais são fundamentais, porque, via de regra, constituem a primeira fase da criminalização. Logo, é primordial apurar em quais locais ocorrem as operações. Segundo o estudo sobre o Rio de Janeiro realizado em parceria entre as instituições Fundação Heinrich Böll — RJ, NECVU/IFCS/UFRJ e GENI/UFF, as operações realizadas pela Polícia Militar, voltadas para a repressão do tráfico de armas e drogas, predominam na Baixada Fluminense (de 13 municípios, predomina a repressão de tráfico de armas e drogas em 10), na cidade do Rio de Janeiro. Os bairros com preponderância das mesmas motivações são: Santa Cruz, Maré, Bangu, Penha e Cidade de Deus (DIRK *et al.*, 2019, p. 12–13). Isso representa que o foco das operações se direciona para lugares de maior vulnerabilidade, onde há predominância de negros e pobres. O perfil das pessoas que compõem tais locais reflete o dos encarcerados brasileiros, tendo em vista os dados do IBGE de 2018, que apresenta que dentre os 10% com menores rendimentos no Brasil, 75,2% são de negros (pretos + pardos) (IBGE, 2019).

No entanto, o fato de ocorrerem mais incursões em lugares de baixa renda não significa que membros da classe média deixem de traficar. Um estudo desenvolvido por Carolina Grillo apresenta uma dinâmica bem sedimentada do tráfico do “asfalto”, no Rio de Janeiro, demonstrando como esse modo de comercializar se distingue tanto por não se utilizar de violência, ser um trabalho mais individualizado, quanto por não lhe ser direcionado a repressão estatal (GRILLO, 2008). Nas palavras da autora:

[...] Os comerciantes de drogas que operam no “asfalto” são beneficiados em relação aos seus equivalentes pobres, por se privilegiarem da possibilidade de não se submeter aos processos da “sujeição criminal” (MISSE, 1999). [...]. Porém, lhes [traficantes do asfalto] é reservada a possibilidade de abandono desse rótulo, oportunidade essa que não se quer sacrificar através da posse de armas e da identificação com práticas violentas que lhes arrancariam da classe dos tão somente “passadores de drogas”. [...](GRILLO, 2008, p. 145–146)

Já os traficantes do morro trabalham em grupos, andam armados e lhes é entregue uma forte repressão, tanto que, entre 2007–2018, 45,1 % das operações da PMRJ foram motivadas pela coibição do tráfico de armas e drogas (DIRK *et al.*, 2019, p. 11). A violência que lhes acompanha junto ao processo de criminalização os leva para fora do “mundo legítimo”, isto é, quando se adentra no “mundo do crime” não há como coexistir na sociedade comum, ou, nos termos do próprio Gabriel Feltran:

[...] A perda de laços com pessoas, instituições e valores considerados legítimos socialmente traduz-se, a partir dessa etapa, na convivência cotidiana com a possibilidade real de morte. A fragilidade dos laços de pertencimento social, pelo ocultamento que a intensidade da vida criminal lança sobre eles nesse momento, **cria uma espécie de inexistência do indivíduo no mundo legítimo.** [...]”(FELTRAN, 2008, p. 110, grifo nosso).

Além do exposto, deve-se apurar os resultados do *modus operandi* da nossa política de segurança pública, especialmente a do Rio de Janeiro, o qual teve a sua polícia considerada a mais letal do país, em 2018, o que corresponde a uma taxa de 23% na escala nacional (CENTRO DE PESQUISAS DO MPRJ, 2019). As mortes são direcionadas: consoante a pesquisa da Rede de Observatórios da Segurança, dentre os cinco estados brasileiros estudados — Bahia, Pernambuco, São Paulo, Rio de Janeiro e Ceará —, independente do índice de pessoas negras no local, a maioria dos vitimados pela força policial são os negros (SILVA, 2020), fato que nos faz retornar ou refletir sobre a fala de Juliana Borges sobre a constituição de um Sistema Penal embasado no racismo estrutural (BORGES, 2019).

Nosso atual modo de agir não só produz mortes daqueles considerados ilegítimos, mas também das próprias forças policiais, sendo os agentes da Baixa Fluminense uns dos mais vitimados do país, na taxa por 100 mil policiais da ativa. Os estados em que ocorrem mais mortes são, respectivamente: Pará, Rio Grande do Norte, Amapá e Rio de Janeiro.

Quando se questiona os custos do investimento estatal na repressão aos entorpecentes, de acordo com o projeto *Drogas: quanto custa proibir*, São Paulo e Rio de Janeiro, juntos, gastaram em um ano R\$ 5,2 bilhões, ou seja, foram despendidos bilhões de verbas públicas direcionadas a política que não consegue trazer nenhum resultado eficaz. Visto que, supostamente, seu objetivo é proteger a saúde pública, tais gastos deveriam proporcionar ao menos uma diminuição do uso de entorpecentes ou do tráfico, não havendo nenhum indício disso — pelo contrário até o momento só identificamos malefícios.

CONCLUSÃO

A Lei de Entorpecentes com a vistas a tutelar a saúde pública se distancia da execução dos princípios limitadores do Direito Penal, como o da intervenção mínima e o da lesividade, que estão intimamente ligados; isso pois a tutela penal deve ser entregue apenas às condutas mais graves, quando outros ramos do Direito não conseguem saná-las e, principalmente, quando notamos a brutalidade da retirada de alguns direitos fundamentais com a prisão, por isso mesmo devendo ser nosso último recurso.

Com a nossa política de drogas, temos uma superlotação do sistema carcerário cada vez maior — o déficit de vagas até junho de 2020 era de 231.768 (duzentos e trinta e um mil e setecentos e sessenta e oito) — e o crescente aprisionamento é direcionado para mulheres, negros e pobres. O resultado é a produção de morte daqueles que são criminalizados e de agentes policiais. Ainda, as operações policiais também são dirigidas a lugares específicos, os de vulnerabilidade social abrangente, e os gastos despendidos a fim de sustentar esse panorama são astronômicos. Com o cálculo realizado pelo projeto *Drogas: quanto custa proibir*, averiguamos que se destinarmos os R\$ 4,2 bilhões usados por São Paulo na guerra às drogas, poderíamos comprar 72 milhões de doses de vacina da Coronavac (CESEC, 2021), situação que traria uma real proteção da saúde pública.

Portanto, urge uma mudança da conduta estatal, com o reconhecimento do seu sistema falho e propulsor de permanência de desigualdades, que o torna incapaz de conseguir tutelar a saúde pública: ele não discrimina objetivamente usuários e traficantes — fazendo com que os primeiros sejam condenados por tráfico quando são dependentes químicos — e, sobretudo, utiliza capital financeiro e humano para uma guerra continuada sem obtenção de resultados satisfatórios.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, P. R. da S. Criminalidade feminina: Estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora (MG)/2009. **Âmbito Jurídico**, 1 out. 2010.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. Volume 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BORGES, J. **Encarceramento em Massa**. Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019.
- BRASIL. Senado Federal. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- CAMPOS, M. da S. Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (no 11.343/2006) no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 2, 30 jul. 2015.
- CAMPOS, M. da S. O Novo Nem Sempre vem: Lei de drogas e encarceramento no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional n. 18 (IPEA)**, dez. 2018.
- CARVALHO, S. de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: [s.n.].

CENTRO DE PESQUISAS DO MPRJ (CENPE/MPRJ). **Letalidade Policial no Rio de Janeiro em 10 pontos**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/centro-de-pesquisas/letalidade-policial>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CESEC. Calculadora da Proibição. **Drogas — Quanto Custa Proibir?** Disponível em: <https://drogasquantocustaproibir.com.br/calculadora-da-proibicao/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização**. Brasília: [S.n.]. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: quantidade de incidência por tipo penal. [S.l: s.n.]. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVlMWRiOWYtNDVkNi00N-2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 jul. 2021a.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: População Prisional por Tempo Total das Penas - Feminino. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVlMWRiOWYtNDVlMWRiOWYtNDVkNi00N-2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 15 jul. 2021b.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Composição da população por cor/raça no Sistema Prisional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzY4NTRjNzYtZDcx-Zi00ZTNkLWI1M2YtZGIzNzk3ODg0OTllIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 15 jul. 2021c.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** População prisional por ano. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDZlNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 15 jul. 2021d.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Taxa de Aprisionamento e Déficit de Vagas por Ano.** Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDZlNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18 jul. 2021e.

DIRK, R. *et al.* **OPERAÇÕES POLICIAIS NO RIO DE JANEIRO.** Fundação Heinrich Böll - Rio de Janeiro - NECVU/IFCS/UFRJ GENI/UFF, 2019.

FELTRAN, G. D. S. O legítimo em disputa: As fronteiras do “mundo do crime” nas periferias de São Paulo. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 1, n. 1, p. 93–126, 2008.

GRILLO, C. C. O “morro” e a “pista”: Um estudo comparado de dinâmicas do comércio ilegal de drogas. **Dilemas: Revista de estudos de conflitos e controle social**, v. 1, n. 1, p. 127–148, 2008.

HARI, J. **Na fissura:** Uma história do fracasso no combate às drogas. 1. ed. [S.l.], Companhia das Letras, 2018.

IBGE. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.** Estudos e Pesquisas. Informações Demográficas e Socioeconômicas, v. 41, p. 1–12, 2019.

MENDES, S. da R. **(Re) pensando a criminologia:** reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. PUC-Rio. Brasília: [S.n.].

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 8. ed. Rio do Janeiro: Forense, 2019.

- QUEIROZ, P. **A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins**, 2009. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-prottegido-no-trafico-de--droga-e-afins/>.
- SILVA, C. D. M. da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. [S.l.] Associação; Público; Paulista do Ministério, 2016.
- SILVA, P. P. da. **A cor da violência policial: a bala não erra o alvo**. Rede de Observatórios da Segurança, 2020.
- STRUCHINER, N. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In*: REIS, Isaac (org.). **Diálogos Sobre Retórica e Argumentação**. Volume 4. Curitiba: Alteridade, 2018.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Encarceramento, políticas públicas e atuação da Justiça em territórios de vulnerabilidade social**. Brasília: [S.n.].
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I — Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OS TRANSTORNOS MENTAIS E SUAS REVERBERAÇÕES NA ESFERA DO DIREITO PENAL: A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO TRATAMENTO DOS INIMPUTÁVEIS

*Brenda Lopes de Menezes*³

*Luana Neves da Fonseca*⁴

*Maria Clara Rojas Cabral*⁵

*Alice Arlinda Santos Sobral*⁶

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro prevê, em seu artigo 26, os casos de inimputabilidade penal por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e determina que a esses casos seria aplicado não uma pena, mas sim uma medida de segurança. A medida de segurança possui

3 Graduanda do 7.º Período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

4 Graduanda do 7.º Período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

5 Graduanda do 7.º Período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

6 Pós-graduada em Neuropsicopedagogia Clínica e Institucional. Psicóloga, Advogada, Mestre e Doutora em Direito. Docente de Direito Penal da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

previsão do artigo 96 ao 99 do Código Penal, e basicamente são duas: I — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta deste, em outro estabelecimento adequado; II — sujeição a tratamento ambulatorial.

Assim sendo, questiona-se: a atual aplicação do direito penal aos inimputáveis e semi-imputáveis por transtornos mentais tem sido realizada de forma a buscar os fundamentos e princípios almejados pelo instituto da Medida de Segurança?

Os objetivos a serem desenvolvidos na presente pesquisa dividem-se em objetivo geral e objetivos específicos. Tem-se como objetivo geral compreender a ineficácia frente às Medidas de Segurança no tocante aos transtornos mentais no âmbito do Direito Penal. Como objetivos específicos, pretende-se identificar os principais pontos de modificação no que tange à aplicação correta e concreta dos cuidados ao doente mental, além de investigar os principais pontos de falha no tocante à aplicação do disposto nos artigos 96 e seguintes do Código Penal.

A forma de abordagem é expositiva-analítica e foi realizada a partir do embasamento teórico na bibliografia apresentada e na legislação brasileira vigente, assim como na análise de julgamentos e casos concretos que discorrem sobre a temática apresentada. Utiliza-se uma metodologia indutiva, ligando fatos e pressupostos teóricos a fim de questionar e analisar a atuação das autoridades governamentais mediante a problemática da ineficácia das penas e medidas de segurança no tratamento dos condenados e das vítimas.

1. TRANSTORNOS MENTAIS E TRATAMENTO JURÍDICO

1.1 ESPÉCIES DE TRANSTORNOS MENTAIS

As doenças mentais podem surgir desde o nascimento do indivíduo, por complicações no parto, falta de vitaminas etc., ou por anomalias mentais que derivam da ansiedade, da rotina corrida, de traumas sofridos, da pressão recebida pela sociedade, entre outros fatores geradores.

Dependendo do grau da doença e através de perícia médica, certas doenças possuem o condão de tornar o indivíduo inimputável ou semi-imputável na esfera do direito penal. A pessoa com transtorno mental

que comete crime, quando constatada a doença mental, não terá condenação, e sim aplicação de medida de segurança.

A primeira delas é a esquizofrenia, que:

é o transtorno mental prototípico. Além de ser a psicose mais comum, ela normalmente envolve anormalidades em todos os cinco domínios de sintomas enfatizados: alucinações, delírios, pensamento (discurso) desorganizado, comportamento motor grosseiramente desorganizado ou anormal (incluindo catatonia) e sintomas negativos. (BARNHILL, 2015, p. 51).

Há também a fobia, conforme explica Simone Cunha “essa doença específica caracterizada pelo medo/aversão extrema e irracional de algo que leva a pessoa a ter ataques de pânico diante de um lugar, objeto, situação ou animal”. Assim, quando a pessoa se encontra no momento da crise de ansiedade ou de fobia, prováveis serão as chances de ela cometer um delito.

Além disso, o TOC (transtorno obsessivo-compulsivo) e outros Transtornos Relacionados:

Conforme enunciado pelo *DSM-5* criou um novo capítulo para o grupo de transtornos que envolvem pensamentos obsessivos e/ou comportamentos compulsivos. Entre eles estão o transtorno obsessivo-compulsivo (TOC), o transtorno dismórfico corporal (TDC), o transtorno de acumulação, a tricotilomania (transtorno de arrancar o cabelo) e o transtorno de escoriação (skin-picking). (BARNHILL, 2015, p. 156).

Tais doenças têm como características obsessões e compulsões que acontecem para diminuir o desconforto causado por certo pensamento.

A depressão, também vista como transtorno mental, é popular e comum entre os indivíduos. Ela costuma causar afastamento do trabalho, cansaço excessivo, falta de concentração, alterações de humor etc. Conforme explicado por John W. Barnhill (2015), seu diagnóstico depende da avaliação da apresentação clínica (cinco de nove sintomas), história (persistência superior a duas semanas) e relevância (sofrimento ou prejuízo significativo).

O TBP ou Transtorno de Personalidade Borderline se resume na instabilidade de emoções que afetam principalmente os relacionamentos sociais. Segundo John W. Barnhill (2015) alguns sintomas são: “a presença de despersonalização, sentimentos de vazio, uso de substância, autoagressão não suicida e preocupação com pensamentos suicidas”.

Em certa semelhança, o Transtorno Afetivo Bipolar também produz grande alteração de humor na pessoa. Segundo Simone Cunha, quem possui essa enfermidade pode experimentar dois momentos: um chamado Fase Maníaca, resumida em sintomas como compulsão alimentar, gastos excessivos, hiperatividade e capacidade de discernimento diminuída; e uma Fase Depressiva que pode ser caracterizada pelo desânimo diário ou tristeza, perda de peso e de apetite, fadiga ou falta de energia, baixa autoestima e pensamentos sobre morte e suicídio.

Em se tratando ainda de emoções, o Transtorno explosivo intermitente é definido por John W. Barnhill (2015) como o comportamento impulsivo e/ou baseado em raiva, sendo associado a sofrimento e/ou prejuízo significativos e se manifestando com agressividade verbal e física de alta frequência com baixa intensidade, ou de baixa frequência e alta intensidade; os sintomas não são mais bem explicados por outros transtornos de comportamento.

1.2 TRATAMENTO JURÍDICO

A **Teoria Tripartite** define os crimes com três elementos básicos: fato típico, ilícito e culpável. O terceiro elemento é subjetivo, é necessário que haja potencial consciência da ilicitude do fato, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. Assim sendo, várias são as causas que afetam a imputabilidade, desde o fator idade até o fator biopsicossocial. Segundo Bitencourt (2020, p. 1.053):

[...] a falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. Podem levar, dizemos, porque a ausência da sanidade mental ou da maturidade mental constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade, que ainda necessita de sua consequência, isto é, do aspecto psicológico, qual seja, a

capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, se aplica a pena ou medida de segurança quando o agente de fato típico e ilícito for inimputável. Não será culpável de modo que será absolvido e terá aplicado a medida de segurança, cuja finalidade difere da pena.

A medida de segurança possui três pressupostos: o primeiro pressuposto é a necessidade da prática de um crime; o segundo pressuposto é de que o agente deve apresentar periculosidade; o último pressuposto é a ausência de imputabilidade plena do agente.

Os artigos 96 a 99 do Código Penal tratam das medidas de segurança destinadas aos semi-imputáveis e aos inimputáveis: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial. Entretanto, é visível a precariedade dos lugares destinados ao tratamento psicológico ou até mesmo a ausência deles em muitas localidades.

A exemplo desta realidade cita-se a cidade de Manaus (AM), no qual fica localizado o Centro Psiquiátrico Eduardo Ribeiro, único hospital Psiquiátrico da cidade que foi fechado para internação e tratamento em novembro de 2020, realocando seus pacientes para hospitais comuns (os casos que necessitam de internação) e tratamento domiciliar, conforme divulgado pela Secretaria Estadual de Saúde (SES): como parte das ações de reestruturação e modernização da Saúde Pública Estadual, previstas no Programa Saúde Amazonas, a Secretaria de Estado de Saúde (SES-AM) montou um plano de ação para atendimento de urgência e emergência a pessoas com sofrimento ou transtorno mental atendidas no Centro Psiquiátrico Eduardo Ribeiro. Os serviços hoje oferecidos no hospital passarão a ser realizados em outras unidades da rede estadual de Saúde.

No Código de Processo Penal é disciplinado como Incidente de Insanidade Mental (artigos 149 a 154 do CPP), e será instaurado somente por ordem do Juiz quando houver dúvida quanto à integridade mental do acusado. Possui como objetivo determinar se no momento da prática do delito o agente tinha compreensão da ilicitude de seus atos, observando a saúde mental do agente e constatando a presença ou não de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Assim, o médico

perito determinará se o agente é inimputável ou semi-imputável ao tempo da prática do crime.

1.3 OS INIMPUTÁVEIS E OS SEMI-IMPUTÁVEIS

Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar fato típico e ilícito ao agente. A exceção são os casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade.

O Código Penal erigiu as hipóteses, que, segundo o critério político-legislativo, conduziram à inimputabilidade do agente, a saber:

I — Inimputabilidade por Doença Mental;

II — Inimputabilidade por Imaturidade Natural.

O Artigo 26 do Código Penal determina que a inimputabilidade pode ser aferida quando da existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado pelo fato de que há absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sendo assim, é possível salientar que este artigo adotou o critério biopsicológico para a aferição da inimputabilidade do agente.

O Critério Biológico reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Contudo, mesmo que comprovado, ainda não será suficiente a fim de conduzir à situação de inimputabilidade. Conforme explica o doutrinador Rogério Greco (2019, p. 513–519): “Será preciso verificar se o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico)”.

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se o critério puramente biológico. A preocupação com a maioria penal levou o legislador constituinte a inserir no Capítulo VII de nossa Constituição Federal um artigo específico para o tema

(art. 228, CF), assim redigido: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.⁷ Tal artigo se assemelha muito ao Artigo 27 do Código Penal, que diz: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.⁸

A prova da menoridade penal deve ser feita por certidão de nascimento expedida pelo registro civil ou documento que lhes substitua a exemplo da carteira de identidade, conforme determina o parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. O Superior Tribunal de Justiça, ao seu turno, consolidou sua posição através da Súmula nº 74, dizendo que para efeitos penais o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Uma vez completados 18 anos, o agente torna-se inimputável, podendo-se atribuir-lhe uma sanção de natureza penal. Assim, no primeiro minuto da data de seu aniversário, independentemente da hora em que nasceu, o agente adquire a maioridade penal com todas as implicações dela decorrentes.

Já acerca dos semi-imputáveis, o parágrafo único do Artigo 26 do Código Penal prevê uma redução de pena de um a dois terços para aquele que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Se o condenado, na hipótese do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, necessitar de especial tratamento curativo, poderá o juiz, com base no artigo 98 do Código Penal, substituir a pena privativa de liberdade pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos, nos termos do artigo 97⁹ e seus parágrafos do Código Penal.

7 BRASIL [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

8 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

9 Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940: Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (Art.26). Se todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o

1.4 PSICOLOGIA FORENSE E OS TRANSTORNOS MENTAIS

Segundo Matthew T. Huss: “a psicologia forense em seu conceito amplo é a área clínica da psicologia aplicada ao sistema legal”. Sendo assim, os profissionais dessa área são os responsáveis por avaliar a pessoa e o comportamento, identificando e mensurando os transtornos mentais para atender aos fins jurídicos de imputação da medida de segurança.

Assim, no campo da relação entre do direito penal e os doentes mentais, cabe à psicologia forense identificar se o acusado preenche os requisitos para aferição da inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Entrando no campo da psicologia forense, destaca-se obra que versa sobre estudo aprofundado das pessoas que cometem crimes e possuem doenças mentais: o livro *A anatomia da Violência*, obra do autor Adrian Raine, versa sobre estudos no campo da neurociência aplicável ao que chama de “assassinos natos”. Conforme o autor explica, implicações na formação neural acabam por se tornar predisposições biológicas para a manifestação de atitude violenta:

[...] destaca mais uma vez a importância do cérebro na predisposição da violência. Mais precisamente, o caso sugere que o déficit estrutural do córtex pré-frontal esquerdo resulta em uma anormalidade funcional do órgão, que, por sua vez, resulta em violência. (RAINE, 2015, p. 190).

juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§1º A internação, ou o tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1(um) a 3 (três) anos.

§2º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§3º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1(um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§4º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

O autor traz diversos dados: “[...] Aqueles com diagnóstico de transtorno da personalidade antissocial — comportamento antissocial persistente ao longo da vida — tiveram uma redução de 11% no volume de substância cinzenta do córtex pré-frontal” (RAINE, 2015, p. 193). Tais dados e pesquisas mostram como é formado, em termos biológicos, predisposições comportamentais voltadas à violência, o que culmina em homicídios e assassinatos bárbaros cometidos por pessoas com transtornos mentais.

2. MEDIDAS RESTRITIVAS NO COMBATE AOS MALEFÍCIOS QUE A NÃO PROTEÇÃO AOS TRANSTORNOS MENTAIS PODE CAUSAR

2.1 HOSPITAIS E CENTROS PSIQUIÁTRICOS

O artigo 96 do Código Penal estabelece as espécies de medida de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (e, em sua falta, em estabelecimento adequado) e tratamento ambulatorial.

No que tange aos Hospitais de Saúde Mental do Brasil, o melhor colocado, segundo pesquisa realizada pela Câmara dos Deputados em 2015, é o Hospital de Saúde Mental Professor Frota Pinto em Messejana (distrito e bairro localizado em Fortaleza). Algumas doenças mentais fazem com que o indivíduo possa vir a ser considerado inimputável ou semi-imputável. Elencar-se-ão algumas: epilepsia, histeria, neurastenia, psicose maníaco-depressiva, melancolia, paranoia, alcoolismo, esquizofrenia, demência, psicose carcerária e senilidade.

Esse rol de doenças não é taxativo, ou seja, são somente exemplos. Cabe salientar que a internação em manicômios é algo desumano e degradante. A medida de segurança descrita no artigo 96 do Código Penal baseia-se na periculosidade, tendo em vista a aplicação aos inimputáveis que não possuem a capacidade de entendimento e determinação, trazendo consigo duas hipóteses de medidas de segurança: a internação em hospital de custódia, que, na falta deste hospital, poderá ser cumprida em um estabelecimento com o mesmo fito; e o tratamento ambulatorial, como medida restritiva.

Algumas jurisprudências referentes aos inimputáveis apresentam questões realizadas após a realização de um exame pericial próprio, o qual responde perguntas advindas do Ministério Público ou do defensor. Com a política antimanicomial maciça, foram fechados muitos hospitais, impossibilitando a humanização do tratamento. Disso decorre a falta de leitos psiquiátricos. Grande parte dos pacientes não se adapta ao convívio com suas famílias e viram moradores de rua.

Conforme parecer do Ministério Público acerca das medidas de segurança (2011), no Brasil funcionam 30 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) — divididos em 19 estados e estando a sua maior parte no Rio de Janeiro — e uma ala de tratamento psiquiátrico (ATP) em penitenciária comum, que acolhem 3.604 pessoas com transtornos mentais ou dependência química em conflito com a lei, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN-MJ) de dezembro de 2010.

Segundo a I Caravana Nacional de Direitos Humanos, realizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, os manicômios apresentavam uma situação de total descaso com os internos, sugerindo mudanças urgentes. Como exemplo mencionou-se a situação em que se encontrava a Clínica Isabela, situada em Goiânia (GO), onde, segundo relatos, um paciente morreu queimado. Alegou-se também que na referida é comum a realização de práticas de eletroconvulsoterapia e neurocirurgias sem o devido acompanhamento e comprovação de resultados por um médico adequado.

No tocante ao lugar em que se encontram os reeducandos das Medidas de Segurança, é importante salientar que o número de doentes mentais que cometem injustos penais é significativamente menor quando comparados àqueles que não sofrem do mesmo transtorno, porém o enfermo que possui doença de cunho mental causa grande temor à sociedade, em decorrência de imprevisibilidade de sua conduta, mais até do que o número de crimes propriamente dito, posto que esses não são expressivos.

2.2 A LUTA ANTIMANICOMIAL

Com o intuito de “proteger e curar” os doentes mentais e estabilizar a sociedade, estes foram submetidos a tratamentos questionáveis em HC-

TPs (Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico). O Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos¹⁰, realizada pela Câmara de Deputados no ano 2000, cujo título era *Uma Amostra da Realidade Manicomial Brasileira*, acabou por afirmar que a Existência dos HCTPs está ligada à Execução Penal.

A constatação da Casa Legislativa é alarmante, pois a realidade manicomial brasileira fere principalmente o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Em Manaus, verificou-se uma ausência total de atendimento psiquiátrico aos internos, que eram depositados em locais inapropriados. Foi constatada a necessidade de uma interdição urgente e intervenção estatal.

O segundo local visitado em Manaus foi o Manicômio Judiciário, onde havia 24 internos na Instituição, um pequeno pavilhão em que está localizada a Cadeia Pública de Manaus. Das cinco celas, três praticamente eram inabitadas, e essas violações à saúde dos internos iam de encontro aos princípios internacionais ratificados no Brasil e na Lei de Execução Penal (LEP), por se tratarem de celas escuras, sem ventilação, com dimensões inferiores a 6 metros quadrados. Isso sem falar na falta de corpo técnico, sendo o diretor da instituição o único psicólogo disponível.

O Manicômio Judiciário do Hospital Psiquiátrico Eduardo Ribeiro era a única instituição a ofertar tratamento e pronto atendimento às pessoas com doenças mentais. No entanto, em novembro de 2020, com o fim de reestruturação do local, que estava em situação de abandono, e em atendimento à Lei de Reforma Psiquiátrica, o Hospital Psiquiátrico foi fechado para internação e tratamento, apenas operando com atendimento emergencial, conforme informado pela SES-AM (Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas), atendendo ao que preconiza a legislação da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001). Com o fim de internações manicomiais, o Centro Psiquiátrico teve os leitos de internação desativados em 2014, com os internos transferidos para o Serviço Residencial Terapêutico (SRT) Lar Rosa Blaya, no bairro Santa Etelvina, zona norte. Hoje, a unidade mantém ativo somente o serviço de pronto atendimento, atendendo

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Uma amostra da realidade manicomial brasileira — relatório. In: I Caravana Nacional de Direitos Humanos, 2000. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caravana.pdf>.

pacientes em crise que necessitem de ajuda médica imediata (urgência e emergência).

Em outros estados, como em Pernambuco, no HCTP de Itamaracá, a realidade não se mostrou diferente: faltava água e colchões, e as instalações eram espúrias. Também nesse caso a Caravana de Direitos Humanos decretou a interdição do Hospital De Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP). O HCTP de Taubaté, em São Paulo, trouxe pontos positivos, como uma sala de terapia ocupacional, ainda que pequena, na qual os indivíduos trabalham com projetos artesanais em meio à falta de planejamento e a má gestão dos HCTPs.

3. TRANSTORNOS MENTAIS À LUZ DA INIMPUTABILIDADE PENAL E À CONSTITUIÇÃO

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais também são assegurados ao portador de transtorno mental, inclusive na condição de condenado, e a sua proteção implica no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe a CF/88 em seu artigo 5º, ao discorrer acerca do princípio da igualdade, da dignidade humana e da vedação à tortura e ao tratamento desumano.

É dever do Estado garantir direitos relativos à proteção do indivíduo com transtornos mentais e a adoção de políticas públicas com o fim da inserção desses indivíduos na sociedade. Para a aplicação das medidas de segurança, deve ser feita a observância dos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade, da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa.

É exigível que o poder público ofereça ao delinquente-doente as mínimas condições de tratamento com salubridade do ambiente institucional, profissionais qualificados e habilitados, progressividade terapêutica, individualização no cumprimento da medida de segurança e outras políticas de reintegração social.

É dever do Estado também assegurar todas as garantias da sanção penal, inclusive a limitação à sua intervenção mínima. Segundo Bitencourt (2020), a Constituição Federal prevê expressamente através de cláusula

pétrea a proibição da prisão perpétua, e o fato de o prazo da medida de segurança ser indeterminado não foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988. Seria aplicado o limite legal de 40 anos disposto no artigo 75 do Código Penal.

Atualmente é defendida a tese de que a medida de segurança se limita à pena máxima do delito, dessa forma se adequando à proibição de prisão perpétua. Assim, findo o tempo de pena, se o agente ainda apresentar doença mental ele não será mais obrigado à internação em hospital psiquiátrico ou a tratamento ambulatorial, passando a ser um problema de saúde pública.

3.2 LEI DE REFORMA PSIQUIÁTRICA

A Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001) dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Nela é definida a forma de tratamento adequada a ser conferida ao doente mental, direcionando um modelo de assistência em saúde mental. Conforme o artigo 4º da Lei 10.216/2001, a internação de doente com transtornos mentais deve ser feita em último caso e apenas quando houver insuficiência de recursos extra-hospitalares. Nos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade a internação deve ser aplicada conforme o caso concreto e como medida de caráter subsidiário. Porém, conforme art. 97 do Código Penal, o que na verdade é feito é a aplicação da medida de internação para infrações puníveis com reclusão, ou tratamento ambulatorial para infrações puníveis com detenção.

Outro ponto assegurado pela legislação sanitária é o direito do tratamento à desinternação progressiva (artigo 5º da Lei 10.216/2001). Essa garantia não é dada pela legislação penal (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal), tais diplomas legais dispõem que o tempo de internação do condenado com transtornos mentais é indeterminado, que apenas cessa com a alta do paciente, condicionando a alta do interno ao cumprimento de tempo mínimo (1 a 3 anos, nos termos do art. 97, § 1º, Código Penal) e à realização de exames periciais anuais, no intuito de aferir a cessação da periculosidade, nos termos dos artigos 175 a 179 da Lei de Execução Penal. Ou seja, o término da internação depende do término ou controle da doença mental.

3.3 ANÁLISE DO TRANSTORNO MENTAL NA JURISPRUDÊNCIA

O pesquisador Roberto Moscatello realizou pesquisa e constatou os seguintes dados: 41% dos internos cometeram somente 1 crime enquanto que 59% cometeram mais de 1 crime. Entre os internos que cometeram apenas 1 crime, a doença mental da esquizofrenia foi apurada em 43%, o retardo mental em 19% e transtornos de personalidades em 17% dos internos. Em menor número aparecem psicoses delirantes, a epilepsia, a dependência de drogas e a demência. Entre estes, as tentativas e os homicídios consumados foram mais frequentes. O autor aponta o diagnóstico mais frequente de esquizofrenia com 55%, transtorno de personalidade com 38%, e retardo mental com 16%; em menor número, a dependência de drogas, o alcoolismo, a epilepsia e a psicose confusional.

Passa-se à análise de alguns julgados a fim de entender a aplicação das medidas de segurança e se há eficácia. Inicialmente cita-se julgado do TJ-SC:

RECURSO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RÉU PORTADOR DE PSICOSE ESQUIZOFRÊNICA. MEDIDA DE SEGURANÇA. “Comprovada, por intermédio de exame de insanidade mental, que o réu, ao tempo do fato, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso e de determina-se de acordo com esse entendimento, queda correto o decisum que o absolve liminarmente e lhe aplica medida de segurança. (Recurso Criminal n. 97.011276-9, de Laguna, rel. Des. Alberto Costa). RECURSO DE OFÍCIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹¹

Nesse caso, no dia 8 de setembro de 1998, por volta das 5:30h o réu, com o uso de um pé de cabra, um machado e uma foice, produziu ferimentos na vítima, os quais ocasionaram a sua morte. O crime foi praticado de forma violenta e o réu não negou a autoria. Foi preso em flagrante.

11 TJ-SC — RCCR:181811 SC 2000.018181-1, Relator: Genésio Nolli, data de julgamento: 10/10/2000, Primeira Câmara Criminal, data de publicação: Recurso Criminal n. 00.01818-1, de Curitibaanos.).

Nesse caso o réu é reincidente, sendo que já havia cometido delito da mesma espécie anteriormente, e a ele foi aplicada medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Desse julgado infere-se a ineficácia da internação e tratamento oferecidos aos condenados, que não só nesse caso concreto, mas em diversos outros, volta a reincidir na prática de delitos, pois sabe-se a realidade dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

O segundo caso a ser citado é o famoso trio conhecido como “os canibais de Garanhuns” — Jorge Beltrão Negromonte da Silveira, Isabel Cristina Pires da Silveira e Bruna Cristina Oliveira da Silva foram julgados pelas mortes de Alexandra da Silva Falcão, 20 anos, e Gisele Helena da Silva, 31 anos, ocorridas em Garanhuns, em 2012 — condenado por assassinar, esquartejar, consumir e vender carne humana dentro de salgados no Agreste de Pernambuco. Em 2014, o trio foi condenado a penas de reclusão de 20 anos para cada. Em 2018, em novo julgamento, conforme a decisão dos jurados, Jorge Beltrão foi condenado a pena de 71 anos de reclusão, Isabel Cristina a 68 anos de reclusão e Bruna Cristina foi condenada a 71 anos e 10 meses de prisão.

No caso de Jorge Beltrão, a defesa apresentou laudos comprobatórios de doença mental (esquizofrenia). No entanto, ao condenado foi dada sanção penal de reclusão. Em estudo de caso realizado por Yasmim Flávia Silva, é explicado que no cometimento do delito Jorge Beltrão atuou como “cabeça” de todas as mortes. O condenado apresenta sinais de patologias psicológicas que foram comprovadas pela defesa, e, inclusive, escreveu livros nos quais faz uma autobiografia, na qual deixou evidente sinais de delírios desde sua infância, ao narrar detalhes de todos os homicídios que cometeu. Jorge Beltrão chegou a alegar que procedeu aos homicídios segundo as recomendações e indicações de “vozes da sua cabeça”, que lhe davam ordem para matar as vítimas e planejar os homicídios.

Não resta dúvida do transtorno mental do condenado. No entanto, a ele foi imputada pena de 71 anos de reclusão. A medida de segurança no Brasil é desvinculada do sistema público de saúde e das diretrizes da legislação sanitária. É inteiramente regulada pela legislação penal e de execução penal, sendo, portanto, uma sanção penal e não um tratamento de saúde.

Questionada é a aplicação de pena análoga, a exemplo da pena domiciliar aplicada ao condenado com comprovada doença mental nos lugares onde há superlotação do hospital psiquiátrico ou mesmo não há hospital psiquiátrico. Com a Legislação sanitária 10.216/2011 ocorreu a extinção da Casa do Albergado e, em seu lugar, o cumprimento de pena em regime aberto. Passa a se admitir o recolhimento domiciliar cumulado com prestação de serviços à comunidade ou outra pena restritiva de direitos. Ocorre que na prática forense observa-se que, conforme assegurado pela legislação sanitária, não é assegurado assistência extra-hospitalar aos condenados em regime domiciliar, em razão de não poderem cumprir tratamento em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial por falta destes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se cada vez mais a quantidade em crescimento de homens e mulheres com alguma patologia mental. Doenças como esquizofrenia, fobia, transtorno de personalidade e transtorno de bipolaridade estão se tornando conhecidas, e o debate acerca da saúde mental está se sobrepondo ao preconceito, antes muito vigente. No âmbito do Direito Penal, os crimes cometidos por essas pessoas são analisados de maneira diferente; ou seja, serão aplicadas a eles as medidas de segurança. De acordo com a teoria tripartite, é necessário que se tenha potencial consciência da ilicitude, da exigibilidade de conduta diversa e de imputabilidade, sendo que os fatores que influem particularmente neste último são a idade até ao fator biopsicossocial.

Dessa forma, aplicando-se os artigos 96 a 99 no tangente às medidas de segurança, entra-se na seara de quem são realmente os inimputáveis, pois a imputabilidade é a regra. A inimputabilidade mental se dá por doença mental e a inimputabilidade por imaturidade natural, de acordo com os critérios biológico e biopsicológico.

No campo dos doentes mentais na esfera do Direito Penal, cabe à psicologia forense identificar se o acusado possui aferição para a inimputabilidade penal.

A luta antimanicomial apresenta a realidade psiquiátrica ainda ruim do Brasil, visto que os doentes mentais muitas vezes são submetidos a

tratamentos questionáveis nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, contrariando o que preconiza o artigo 5º da Carta Magna e o princípio da Dignidade Humana. A Lei da Reforma Psiquiátrica do ano de 2001 frisa que o doente mental possui o direito à desinternação progressiva, cuja legislação, aliada ao Código de Processo Penal e à Execução Penal, faz verificar que o Estado deve se aliar às legislações correlatas e inovar suas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Uma amostra da realidade manicomial brasileira — relatório**. In: **I Caravana Nacional de Direitos Humanos**, 2000. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caravana.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CARMO, Virgínia Paula Rodrigues do. **A doença mental e o Direito Penal**. 2020. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55184/a-doena-mental-e-o-direito-penal>. Acesso em: 20 maio 2021.

CARVALHO, Gustavo Moizes. **Medida de segurança**: a ineficácia dos meios de tratamento. 2018. Disponível em: <https://kuro.jusbrasil.com.br/artigos/611253417/medida-de-seguranca-a-ineficacia-dos-meios-de-tratamento>. Acesso em: 19 maio 2021.

CIA, Michele. **Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: a desinternação progressiva sob uma perspectiva Político Criminal. São Paulo:Unesp, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Simone. OS 10 TRANSTORNOS MENTAIS MAIS COMUNS, SEUS SINAIS E COMO TRATÁ-LOS. **VivaBem UoL**, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noti->

cias/redacao/2020/09/15/os-10-transtornos-mentais-mais-comuns-saiba-identificar-os-seus-sinais.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito**. Parte geral. Ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Volume I, Tomo I. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

JACOBINA, Paulo Vaconcelos. Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica. **Revista de Direito Sanitário**, v. 5, n. 1, mar. 2004. Disponível em: https://app.uff.br/observatorio/uploads/Direito_penal_da_loucura_medida_de_seguran%C3%A7a_e_reforma_psiqui%C3%A1trica1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

MOSCATELLO, Roberto. Recidiva criminal em 100 internos do manicômio judiciário Franco da Rocha. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 23, n. 1, mar. 2001.

MPF (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL); PFDC (PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO). **PARECER SOBRE MEDIDAS DE SEGURANÇA E HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO SOB A PERSPECTIVA DA LEI Nº 10.216/2001**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Parecer-sobre-Medidas-de-Seguran%C3%A7a-e-Hospitais-de-Custodia-e-Tratamento-Psiquiatrico-sob-a-perspectiva-da-Lei-N.-10.216-de-2001.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

RAINE, Adrian. **Anatomia da violência**: as raízes da criminalidade. Porto Alegre: Artmed, 2015.

ROCHA, Rafael. **Doenças que tornam o indivíduo inimputável**. 2018. Disponível em: <https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/536501681/doencas-que-tornam-o-individuo-inimputavel>. Acesso em: 20 maio 2021.

SILVA, Yasmim Flávia. **Análise das implicações jurídicas da psicose: um estudo do caso “Os canibais de Garanhuns”**.

2017. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduo1.com.br/bitstream/123456789/970/1/AN%C3%81LISE%20DAS%20IMPLICA%C3%87%C3%95ES%20JUR%C3%8DDICAS%20DA%20PSICOSE%20-%20%20UM%20ESTUDO%20DO%20CASO%20OS%20CANIBAIS%20DE%20GARANHUNS.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

SILVEIRA, Débora. **Conceito e aplicação das medidas de segurança no Direito Brasileiro**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33878/conceito-e-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 22 jun. 2021.

SIQUEIRA, Gustavo Henrique de Azevedo. **A ilegitimidade do Direito Penal perante o portador de transtorno mental**. 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10515/1/20981292.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **RECURSO CRIMINAL: RCCR 181811 SC 2000.01818-1**. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5005875/recurso-criminal-rCCR-181811-sc-2000018181-1>. Acesso em: 22 jun. 2021.

DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO¹²

Iury Borges Benites¹³

INTRODUÇÃO

Em face da onipresente sensação de insegurança trazida pelo contexto da violência urbana, buscam-se soluções das mais diversas para esta, especialmente na esfera jurídica, e um exemplo das pretensas soluções é o chamado Direito Penal do Inimigo. Tal teoria, embora tenha se tornado popular como uma “solução” para o crime de terrorismo, possui ramificações em outros tipos penais. Dessa forma, com o emprego de pesquisa bibliográfica na doutrina e na lei, busca o presente artigo elucidar em breve síntese no que consiste tal teoria, qual seu “alvo” original e se tal arcabouço teórico é compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

1. CONCEITUAÇÃO

Direito penal do inimigo é uma teoria do direito desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs, criando assim uma aparente justaposição entre o chamado direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

12 *Baseado no Trabalho de Conclusão de Curso do autor, de nome “Aplicação do Direito Penal do Inimigo em crimes de tráfico de drogas no judiciário gaúcho: uma análise jurisprudencial” (não publicado).

13 Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pelotas.

Segundo Jakobs e Meliá (2020, p. 21), “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de *um só mundo*”.

Jakobs apresenta sua teoria como sedimentada com precursores jus-filosóficos, a exemplo de Rousseau, que afirma que “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este” (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 24), embora Jakobs afirme considerar tal posição radical demais. Zaffaroni (2014) destaca também a influência de Jean Bodin, Franz von Liszt, Carl Stooss, além de semelhanças com a teoria de Carl Schmitt. Muito mais próxima encontra-se a teoria de Hobbes, ao guardar tal exclusão de cidadania ao traidor:

Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos. (HOBBS, 1984, p. 237 *et seq.* apud JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 26).

Nesse sentido, o conceito de direito penal do inimigo começa a se esboçar como uma diferenciação entre a maneira de punir e de enxergar tanto o delito quanto o delinquente, assumindo que “existem alguns delinquentes que são ou devem ser tratados como uma não-pessoa ou coisa” (VALENTE, 2020, p. 19). Segundo Zaffaroni (2014), ocorre a negação da condição de pessoa do indivíduo, privando-o de certos direitos individuais. Dessa forma:

Pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 34).

Jakobs enxerga a questão como uma variação do contrato social, de forma que quem se nega a viver por este não poderia dispor das garantias que o mesmo propõe, ao afirmar que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos

benefícios do conceito de pessoa.” (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 35). A conformidade com as normas constitui a medida da cidadania. Em outras palavras:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 47).

Tal mudança de paradigma implica também em um objetivo diferente para o Direito e para o Estado. Para Jakobs e Meliá (2020, p. 55), “o fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para os bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico”. Segundo Rabêlo (2016, p. 54), para Jakobs “a função primordial da pena é a manutenção da norma, colocando a estabilidade do ordenamento como principal objetivo da aplicação do sistema jurídico.” Essa definição se opõe diametralmente à chamada teoria constitucional do bem jurídico, a qual, conforme Godoy (2010), possui duas funções: proteger bens jurídicos por meio de punição às suas violações; e garantir a vida digna e em paz do cidadão.

Entretanto, tratando especificamente do Direito Penal do Inimigo, Jakobs e Meliá (2020), ao comentarem sobre como tratar um terrorista, uma das figuras principais da teoria jakobiana, estabelecem finalidade diversa ao Direito, qual seja, a segurança, não mais a manutenção da norma jurídica. De forma que:

O Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia de vigência do Direito mudam para converter-se em — agora vem o termo anatemizado — Direito Penal do inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 61).

Uma definição precisa do Direito Penal do Inimigo é oferecida por Meliá, listando os três princípios basilares dessa doutrina. São eles: o adiantamento da punibilidade; a desproporção das penas previstas; e a relativização ou supressão de garantias processuais (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

Vendo o Direito Penal do Inimigo como uma inevitabilidade para tratar de alguns criminosos, mostra-se fundamental salientar a defesa de Jakobs de que tal direito seja demarcado. Tal medida seria necessária para impedir a “contaminação” do Direito Penal do Cidadão pelo Direito Penal do Inimigo. Afirma o autor que:

Um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 47).

Estabelecido o conceito, faz-se necessária uma análise do contexto em que Jakobs criou sua teoria, bem como quando ganhou maior aceitação e divulgação. Demonstrar-se-á que tal teoria não surgiu em um vácuo, ou como um simples resgate a teorias anteriores ao conceito de Estado Constitucional de Direito, mas em um momento de expansão do direito penal.

2. CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA A PARTIR DE JAKOBS

Embora já tenha se tratado de alguns referenciais teóricos que embasaram o Direito Penal do Inimigo, uma análise do contexto histórico da teoria em si se faz necessária, para maior compreensão do tema. Conforme Rabêlo (2016), a teoria de Jakobs se encaixa no que Jesus-Maria Silva Sanchez chama de “direito penal de terceira velocidade”, em um contexto de expansão do direito penal. Como afirma:

O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de terceira velocidade, em que se conjugam a

flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade. (MORAES, 2006, p. 12).

Conforme Rabêlo (2016, p. 12), “Desde o século passado o mundo vem passando por transformações, em especial no mundo jurídico, onde visualizamos a expansão da utilização do direito penal”. Nesse contexto, ocorre a flexibilização de garantias, um dos pontos principais da teoria Jakobiana. Zaffaroni (2014) afirma, na mesma linha, que ocorreu uma modificação regressiva na política penal, reduzindo-se o debate tão somente à expansão do poder de punir.

Embora, conforme Valente (2020), “a construção dogmática de um Direito penal do inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade”, tal direito não tomaria a forma atual até 1999, durante uma conferência do Congresso realizado em Berlim (RABÊLO, 2016). Essa doutrina, segundo Rabêlo (2016), tomou um destaque para além das discussões acadêmicas, devido aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, contra as Torres Gêmeas, e no metrô da capital britânica, em 7 de julho de 2005. Mister salientar que tal mudança de paradigma não se deu somente na academia, mas na sociedade como um todo. Desse modo:

Em que pese a sociedade tenha, aparentemente, declarado a sua intolerância à punição excessiva do Estado, lendo-se por excessiva aquela que desconsidera a dignidade humana do cidadão delinquente, a dinâmica real que se observa na sociedade atual — a complexa sociedade de risco — tem desconstituído tal conquista por fatos e narrativas que se apresentam de forma retrógrada, com os quais tem-se deparado cada vez com maior frequência. (ARRAES; CARVALHO, 2015, p. 619).

A influência dos atentados terroristas do início do século no direito criminal foi percebida por outros autores. Zaffaroni (2014) destaca o papel dos atentados terroristas no atual debate no campo penal, embora não os atribua somente a estes. A própria obra de Jakobs e Meliá (2020), em capítulo escrito pelo último, salienta o papel do atentado terrorista de 2001 em Nova York, posto que exemplo de inimigo foi, por muitas vezes, o terrorista. Destarte:

Este câmbio [na práxis político-criminal] cristaliza, de modo especialmente chamativo — como aqui se tentará mostrar — no conceito do Direito Penal do Inimigo, cuja discussão foi recentemente (re)**introduzida por Jakobs**, de modo um tanto macabra avant la lettre (das consequências) de **11 de setembro de 2001**. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 73–74, grifos do autor).

A teoria jakobiana está fortemente entrelaçada com a ideia da “guerra ao terror”. Não só pelo contexto histórico em que foi primeiro proposta, mas também pelo emprego de uma linguagem bélica e, principalmente, para definir o “alvo” de sua teoria. Conforme Jakobs e Meliá (2020, p. 35), terrorista é aquele que “rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”, colocando-o como óbvio exemplo de alguém “em guerra” com o Estado ou com a sociedade.

Os atentados de 11 de setembro serviram de embasamento para o *Patriot Act* americano (VERVAELE, 2014). Tal legislação se assemelha à teoria de Jakob não somente por se dirigir à figura do terrorista, mas pelas diversas relativizações de direitos e, principalmente, por encarar o terrorista não como um criminoso que ameaça um bem jurídico, mas um *inimigo* que ameaça a *segurança nacional*. Segundo Vervaele (2014), o *Patriot Act* suprimiu diversas liberdades civis, como o *habeas corpus*, o afastamento do controle judicial de interceptações telefônicas e vedação à utilização de provas secretas em um processo criminal. Verifica-se também na aplicação prática, nos Estados Unidos, acerca da legislação antiterrorista. Não apenas ocorreu, segundo Vervaele (2014), supressão de direitos civis como o *habeas corpus*, mas até mesmo permitiram a utilização de provas secretas. Assim:

O Governo americano, contudo, transferiu a maior parte dos processos relativos a pessoas suspeitas de delitos de terrorismo da jurisdição penal comum para a militar. Ao declarar os suspeitos inimigos combatentes, estes podem ser mantidos em estado de detenção militar à espera do julgamento ante uma junta militar. (VERVAELE, 2014, p. 59).

Zaffaroni (2014) traça paralelos diretamente entre a guerra do Iraque e o sistema penal americano após o 11 de setembro, embora intercale entre o sentido sociológico e o jurídico de “inimigo”. Destarte:

No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal [americano] encontrou um *inimigo* de certa substância no chamado *terrorismo*. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como *preventiva*. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo. (ZAFFARONI, 2014, p. 65).

Entretanto, o signo de “inimigo” não cabe somente ao terrorista, mas, também, segundo Jakob e Meliá (2020), àquele que reiteradamente desafia o ordenamento jurídico. Nesse sentido:

O inimigo da contemporaneidade é, para Günther Jakobs e discípulos, o terrorista, o traficante de droga, o traficante de armas e de seres humanos, os membros de organizações de crime organizado transnacional; delinquente de elevada perigosidade e ser nefasto à comunidade e, como tal, deve submeter-se à construção jurídico-criminal de *inimigo*. (VALENTE, 2020, p. 33).

Essa definição mais vaga de “inimigo” se encontra na própria obra do autor da teoria. Embora tenha dedicado um artigo inteiro (qual seja, *Terroristen als Personen im Recht?*) ao terrorismo, o autor não restringe esse rótulo a terroristas. Desta forma:

Pretende-se combater [...] a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que **não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um**

tratamento como pessoa. (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 34, grifos do autor).

Evidencia-se então que, muito embora o Direito Penal do Inimigo seja frequentemente associado com o terrorismo, não se limita a este, podendo ser aplicado a diversos crimes, resultando retirada do signo de *pessoa* do acusado. Feita a análise acerca do conceito do Direito Penal do Inimigo e do contexto em que Jakobs o apresentou, mostra-se imprescindível a análise da compatibilidade deste com o ordenamento jurídico pátrio.

3. ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A atual ordem constitucional brasileira, estabelecida em 1988, dispõe, no *caput* de seu art. 5º, que “**todos** são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Ao longo dos incisos desse mesmo artigo, estabelece diversas restrições ao poder de investigação e punição do Estado Brasileiro, como a vedação à tortura e ao tratamento degradante, o sigilo de correspondência — violável somente por ordem judicial —, a vedação a tribunais de exceção, a anterioridade da lei penal mais gravosa e o direito do preso à integridade física e moral, para citar alguns (BRASIL, 1988).

A defesa dos direitos fundamentais na Constituição atual se deve em parte ao contexto em que foi promulgada, logo após um período de ruptura com a ordem democrática. Conforme Mendes e Branco (2017, p. 100), a “Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais.” Assim:

A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã*, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Cons-

tituinte no discurso da promulgação. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 101).

O Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992, dispõe em seu artigo 5º, referente ao direito à integridade pessoal, que:

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (BRASIL, 1992).

Não só afirma isso a letra fria da lei, mas também afirma a doutrina constitucional. Segundo Mendes e Branco (2017, p. 157), “Não resta dúvida de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais”. O próprio conceito doutrinário de “direitos fundamentais” consiste em sua universalidade.

Entretanto, é possível perceber a influência de Jakobs em parte da legislação penal brasileira, em especial na Lei 13.260/16. A referida lei tipifica inequivocamente a realização de atos preparatórios, em seu artigo 5º (BRASIL, 2016). Tal fase, conforme Nucci (2020), encontra-se na fase externa do *iter criminis*, não consistindo ainda na fase de execução. Afirma ele que:

Excepcionalmente, diante da relevância da conduta, o legislador pode criar um tipo especial, prevendo punição para a preparação de certos delitos, embora, **nesses casos, exista autonomia do crime consumado**. (NUCCI, 2020, p. 438, grifos do autor).

O exemplo citado por Nucci (2020), qual seja, a posse de substância explosiva, consiste em novo tipo penal, facilmente constatado o momento da consumação (quando o agente passa a possuir a substância). De forma

diversa, a tipificação dos atos preparatórios para terrorismo não se mostra um tipo autônomo, mas tão somente uma das etapas necessárias à prática terrorista. Dispõe a lei que “Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito” (BRASIL, 2016) consiste em um tipo penal.

Do que se trata esses atos preparatórios? Quando se dá a sua consumação? No que consiste “propósito inequívoco” de consumir a prática de terrorismo? Cala-se a lei sobre o tema, de forma que ocorre a antecipação da punibilidade, por meio da punição antes da execução, sem definir os atos preparatórios com taxatividade suficiente para tornar-se outro tipo penal.

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa. (GRECO, 2017, p. 177).

É evidente, portanto, não se tratar o referido artigo de um tipo penal autônomo, posto que consiste tão somente em atos preparatórios para outro crime, sem que se possa precisar a conduta passível de pena. Destarte, ou trata-se de norma penal em branco ou, como parece ter sido a intenção do legislador, de uma antecipação da pena a uma etapa anterior no *iter criminis*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, evidencia-se a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial em face dos princípios e normas constantes na Constituição Federal. A relativização de direitos do acusado em função do crime que lhe é imputado, bem como a violação de direitos e garantias antes e durante o processo, não é harmonizável com uma ordem constitucional que estabelece a universalidade de direitos fundamentais e limites rígidos para a atuação investigativa e punitiva estatal. A legislação brasileira não admite, portan-

to, visualizar o acusado como um *inimigo*, e, em face disso, negar-lhe a cidadania ou humanidade.

Não obstante, percebe-se que a legislação antiterrorista no Brasil adquiriu contornos jakobianos ao determinar, na legislação antiterrorista, a punibilidade de atos preparatórios sem que tornem estes um tipo penal taxativo. Embora não cheguem aos extremos defendidos por Jakobs — ou presentes no *Patriot Act* americano —, mostra-se diametralmente oposta aos ditames da Constituição Federal. Não se nega *expressamente* a classificação do agente como *humano* ou como *cidadão*, mas lhe restringe direitos, aplicando-lhe um direito penal diverso daquele destinado aos cidadãos.

Dessa forma, conclui-se que, a despeito da incompatibilidade da teoria de Günther Jakobs com o ordenamento brasileiro, legislação alinhada com este arcabouço teórico encontra-se ainda vigente no país. Ainda que de forma comedida, a figura do *inimigo* (e, mais relevante, a aceitação de violações contra este) se torna presente no sistema legal do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARRAES, Rayana Pereira Sotão; CARVALHO, Gleidysson José Brito de. Notas sobre o Direito de Punir: Uma Análise Cíclica da Inquisição à Ideologia Jakobiana do Direito Penal do Inimigo. **Revista Criminologias e política criminal**, Belo Horizonte (MG), v. 1, n. 1, p. 609–624, jan./dez. 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RABÊLO, Júlio César do Nascimento. **O Direito Penal do Inimigo: Uma análise crítica do expansionismo penal na sociedade contemporânea**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito na área de concentração em Direitos Humanos) — Programa de pós-graduação em Direitos Humanos, Universidade Tiradentes, Aracaju, 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”**. 4. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

VERVAELE, John A. E. A Legislação Antiterrorista nos Estados Unidos: um Direito Penal do Inimigo? **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S.l.], v. 2, n. 1, dez. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CRITÉRIO DA FIXAÇÃO DA PENA: DISCUTINDO LIMITES E POSSIBILIDADES

*Thaysa Bianca Velloso da Fonseca*¹⁴

*Livia de Souza Nunes*¹⁵

*Alice Arlinda Santos Sobral*¹⁶

*Rui Mateus Joaquim*¹⁷

INTRODUÇÃO

Em toda ação penal em que figuram o réu (autor do fato delituoso), a vítima (aquela que sofreu diretamente a ação delituosa) e o Estado — como controlador da ordem jurídica, representando a sociedade —, ao

14 Psicóloga, graduada pela Faculdade Martha Falcão; Pós-graduanda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

15 Advogada, graduada pela Universidade do Estado do Amazonas; Pós-graduanda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

16 Advogada, psicóloga e pós-graduanda em Neuropsicopedagogia clínica e institucional. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela UFSC e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino; Professora da Universidade do Estado do Amazonas.

17 Psicólogo, Mestre em Psicologia do Desenvolvimento e Aprendizagem pela Universidade Estadual Paulista, Doutor em Neurociências pela Universidade de São Paulo, Pós-doutorando no INCT em Medicina Molecular pela Universidade Federal de Minas Gerais.

final da fase instrutória, caberá ao juiz criminal prolatar a sentença que, desde que não haja alguma nulidade processual, poderá ser absolutória ou condenatória. Se absolutória, o acusado é inocentado de acordo com a fundamentação do magistrado; se condenatória, a sentença reservará um espaço à dosimetria que, também de forma fundamentada, culminará na sanção penal imposta ao autor do fato. Após a instrução penal, realizadas as diligências, audiências e exposição das teses, o magistrado terá a oportunidade de avaliar o conjunto probatório e apresentar seu juízo de valor, condenando ou absolvendo o suposto autor do fato delituoso. Dentre os critérios que deverão ser considerados pelo magistrado, discute-se, no presente artigo, a *personalidade do agente*, termo controverso e que suscita questionamentos importante, tais como a alteração do termo dentro dos critérios do artigo 59 do Código Penal Brasileiro (CPB) e a necessidade real de uma avaliação técnica e especializada.

Existe uma variedade de definições sobre o termo personalidade, sendo que cada autor irá tratar sobre o tema de forma diferenciada. Para Mazer *et al.* (2017), a personalidade pode ser descrita como as características individuais de uma pessoa, correspondentes a um padrão persistente que envolve as emoções, os pensamentos e os comportamentos. As características encontradas nos traços de personalidade possuem associação com importantes indicadores nos níveis individual, interpessoal e social, como a saúde física e psicológica, a qualidade nas relações familiares, a satisfação profissional e a atividade criminosa.

A personalidade também pode ser vista como um padrão de comportamentos e processos interpessoais, existentes em cada indivíduo. Esses comportamentos abrangem um conjunto de propriedades consideradas estáveis, como os comportamentos, as emoções, os sentimentos, a tomada de decisão e a cultura.

É através desse conjunto que se tem como resultado a construção do indivíduo como ser único, no que tange à sua organização, valendo destacar que esta irá se ajustar para que cada pessoa se adapte ao ambiente, através da maneira como se comporta. Da mesma forma que os processos podem afetar a maneira como um sujeito se adapta ao meio em que vive, a personalidade também pode ser definida pelas causas subjacentes do comportamento; em outras palavras, é através das experiências que uma pessoa vivencia suas interações (PEIXOTO; MENESES, 2018). A questão a ser

discutida aqui revela a grande celeuma sobre a competência do magistrado em avaliar a personalidade de um indivíduo sobre um fato concreto, definindo, assim, toda a sua história de vida e possivelmente seu o futuro.

1 DOS REQUISITOS DA PENA E A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE NA FIXAÇÃO DA PENA

Após a instrução penal, realizadas as diligências, audiências e exposição das teses, o magistrado terá a oportunidade de avaliar o conjunto probatório e apresentar seu juízo de valor, condenando ou absolvendo o suposto autor do fato delituoso. De acordo com o Código Penal, em seu artigo 68, a dosimetria da pena será realizada por meio de um sistema trifásico, sendo a primeira fase a fixação da pena-base, utilizando-se os critérios do artigo 59 do Código Penal. Após essa fase o magistrado deve levar em consideração a existência de circunstâncias atenuantes — contidas no artigo 65 do Código Penal — e agravantes — dos artigos 61 e 62, ambos do Código Penal. Ao final, serão analisadas as eventuais causas de diminuição e de aumento de pena. Ressalte-se que a segunda e terceira fases são de cunho legal, e o magistrado deve se ater estritamente ao que determina a legislação.

Por conta dos limites impostos à presente discussão, dar-se-á maior enfoque à primeira fase da dosimetria, qual seja, a fixação da pena-base, passando então a observar os requisitos elencados no artigo 59 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei nº 2.848/1940).

Dentre as várias análises realizadas pelo juízo até chegar ao montante final da sanção penal, o artigo 59 destaca a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Art. 59 — O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos **antecedentes**, à **conduta social**, à **personalidade do agente**, aos **motivos**, às **circunstâncias** e **consequências** do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parte da doutrina separa tais requisitos em dois elementos distintos: quanto ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do crime) e quanto à infração penal (circunstâncias, conseqüências e comportamento do ofendido) (MASSON, 2020, p. 955).

Essa distinção pode ser entendida como um desdobramento do Princípio da Individualização da Pena, ao qual responde todo e qualquer juízo penal. Vale dizer, nas palavras de Fernando Capez (2020, p. 103–104):

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. O processo de aplicação da pena depende da discricionariedade judicial, embora devidamente fundamentada, permitindo a apreciação dos vários elementos colocados à disposição pela lei ordinária, no intuito de tornar específica e detalhada a individualização da pena.

Antes da chamada Reforma de 1984, o ordenamento penal brasileiro adotava o sistema causalista, ou seja, buscava-se ver o conceito de conduta despido de qualquer valoração, isto é, neutro (ação ou omissão voluntária e consciente que exterioriza movimentos corpóreos). O dolo e a culpa estariam situados na culpabilidade (NUCCI, 2020, p. 221), que se relaciona com a possibilidade de aplicação da pena, mas não com a dosimetria da pena em si.

Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, adotou-se o sistema finalista, que conceitua o delito como uma ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, a mesma perspectiva adotada pelo sistema causalista. Todavia, a diferença entre os dois sistemas está em como cada um abarca a teoria da ação. No sistema finalista, o dolo e a culpa passaram a ser considerados no interior da conduta, integrando a estrutura do fato típico.

Para os fins estabelecidos ao presente trabalho, é essencial entender a estrutura das circunstâncias judiciais e, em especial, a sua relação com o agente.

Antes da Reforma de 1984, os antecedentes abrangiam diversos aspectos da vida do réu, desde a seara penal até seus relacionamentos interpessoais. Atualmente, o art. 59 faz uma distinção entre os antecedentes e a conduta social do agente, de modo que sua abrangência passou a se limitar à folha de antecedentes criminais, ou seja, consistem na vida pregressa do agente unicamente no que tange à matéria penal.

A conduta social, para Nucci (2020, p. 629), é “o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc.” É a análise do indivíduo enquanto membro da sociedade, seja como pai, trabalhador ou cônjuge. Portanto, a conduta social consiste em todos os demais fatores que não estejam circunscritos na seara criminal.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “na dosimetria da pena, os fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser utilizados como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu”¹⁸.

Segundo Masson (2020, p. 963), a personalidade consiste no “perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais”.

O autor pontua advertência feita pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da temática:

Havendo registros criminais já considerados na primeira e na segunda fases da fixação da pena (maus antecedentes e reincidência), essas mesmas condenações não podem ser valoradas para concluir que o agente possui personalidade voltada à criminalidade. A adoção de entendimento contrário caracteriza o indevido *bis in idem*.¹⁹

O STJ defende também que a personalidade só tem cabimento enquanto circunstância judicial (favorável ou desfavorável ao réu) se a motivação não caracterizar elemento do delito, qualificadora, causa de di-

18 HC 189.385/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª Turma, j. 20.02.2014, noticiado no Informativo 535.

19 HC 165.089/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 16.10.2012, noticiado no Informativo 506.

minuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica²⁰. Como exemplo, cita-se o motivo fútil, que pode ser qualificadora ou agravante genérica, a depender do delito: se o magistrado escolher agravar ou qualificar o delito tendo como fundamento o motivo fútil, este não poderá ser considerado circunstância judicial desfavorável, sob o risco de incorrer em *bis in idem*.

É exatamente quanto à personalidade do agente que se discute a competência do Juiz. Como já mencionado, as outras características apontadas no artigo 59 do CPB podem ser avaliadas por meio de documentos ou testemunhos. Mas a personalidade do agente é algo de natureza psíquica, ou seja, é o magistrado competente para avaliar essa característica do réu para decidir seu futuro em sociedade e “rotular” o indivíduo em um perfil psicológico? Assim o fazendo não estaria extrapolando seu dever legal e invadindo a ciência psicológica e incidindo, além de erro judiciário, em *bis in idem*? Variados são os entendimentos.

Nucci (2020, p. 631–632) defende a possibilidade de julgamento da personalidade pelo magistrado, ainda que a formação não compreenda conhecimentos aprofundados na área da psicologia:

Temos defendido, há muito, em particular na obra Individualização da pena, ser perfeitamente compatível a avaliação da personalidade do réu pelo magistrado. E há várias razões para isso: a) o elemento personalidade encontra-se legalmente previsto não somente no art. 59 deste Código, mas em vários outros dispositivos da legislação brasileira, demonstrando o interesse efetivo do legislador nesse quadro do ser humano; b) a análise feita pelo magistrado, na sentença, é vulgar, no sentido de não se equiparar a um laudo feito por perito psicólogo. A decisão judicial não representa um teste de personalidade, para fins de tratamento. O juiz avalia a personalidade do acusado exatamente como está autorizado a verificar o seu elemento subjetivo (dolo ou culpa). [...] c) dizer que a personalidade é um elemento eminentemente técnico significa desconhecer a realidade, pois qualquer pessoa avalia outra, quanto ao seu comportamento — positivo ou negativo; d) outro erro das opiniões contrárias à avaliação da personalidade é afirmar que ela permiti-

20 STJ: REsp 1.243.923/AM, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª Turma, j. 12.08.2014

ria um aumento indevido da pena; ora, a personalidade também é utilizada para reduzir a pena-base, quando positiva. Ilustrando, a personalidade positiva é capaz de ser compensada com os maus antecedentes, e isso é no mais absoluto interesse do réu.

Mesmo respeitando o pensamento de Nucci, a própria teoria levantada não corresponde a um tratamento justo para a análise e aplicação da pena. Se “qualquer pessoa avalia outra, quanto ao seu comportamento”, o magistrado não pode ser considerado qualquer pessoa. O direito penal e processual penal não pode ser interpretado pelo senso comum e isso é disposto pela própria legislação. Não é qualquer pessoa que está julgando um possível autor de crime e sim um magistrado, concursado que tem o poder garantido pelo Estado de retirar a liberdade de um indivíduo e assim decidir sobre o seu futuro. O magistrado está encarregado, diante das regras legais, a avaliar o caso concreto diante dos fatos e provas apresentadas, mas não pode “achar ou opinar” sem conhecimento ou provas sobre o que poderia ou não fazer ou ser o autor do fato delituoso.

Se a função do juiz é avaliar o dolo e a culpa na ação perpetrada pelo acusado, não há que se falar em aferição da personalidade, que é algo especialmente mais complexo. A análise do dolo e culpa pode-se realizar da observação da conduta, da motivação do acusado do conjunto probatório e do próprio resultado.

Noutro giro, Salo de Carvalho (2001, p. 49) assevera a necessidade de se fazer demonstrar a base conceitual e metodológica daquele que aferirá a personalidade, sob pena de não ter condição de estabelecer juízo afirmativo ou negativo dessa circunstância judicial.

Ney Moura Teles, em consonância com o supracitado autor, corrobora ao lecionar que a personalidade não emana de um conceito jurídico, mas sim da psicologia, da psiquiatria, da antropologia, entendendo-se por um conjunto de características intrínsecas, adquiríveis, que influenciam diretamente no comportamento do sujeito (2004, p. 400). Dessa forma, defende que não pode o juiz aferir a personalidade do agente apenas com base no que foi delineado no curso do processo penal, sem o auxílio de especialistas (psicólogos e psiquiatras).

Os tribunais superiores brasileiros possuem amplo arcabouço debatendo a temática, em sua maioria defendendo a possibilidade de julgamen-

to da personalidade pelo magistrado, mas estabelecem diretrizes relacionadas ao caso concreto.

[...] a valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc.²¹

A aferição da personalidade foi perfeitamente realizada, pois constam elementos suficientes e bastantes para levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Com efeito, segundo o **laudo psiquiátrico**, o Agravante é portador de distúrbio denominado antissocial, sendo que 'os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade'.²²

Fato é que a celeuma causada pelo instituto não é infundada, uma vez que na psicologia, área responsável pelo estudo e avaliação da personalidade, ainda subsistem divergências características relacionadas à complexidade humana.

Cirino dos Santos (2005, p. 114) exalta essa dificuldade ao relatar ser a personalidade um produto biopsicossocial em constante devir, produto esse formado pela mescla de diversos fatores derivados do meio e das relações traçadas pelo indivíduo ao longo de sua trajetória.

Por esses motivos, a personalidade enquanto circunstância judicial ainda é tema amplamente debatido no âmbito jurídico, especialmente porque a defesa de sua análise apenas quando é possível diminuir a pena-

21 (AgRg no REsp 1301226/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014).

22 STJ — AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp: 1113688 RS 2009/0065066-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014

-base do agente é uma linha teórica defendida por autores que criticam firmemente o que se conhece como Direito Penal do Autor.

Na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni (2003, p. 131):

Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor — embora haja discordância no que tange ao objeto — esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado Direito Penal de autor.

O Direito Penal do Autor não é considerado compatível com um estado democrático justamente por se tratar de um sistema cuja punição baseia-se em características do agente, julgando um histórico que muitas vezes não se relaciona com o fato típico. Vale dizer, a majoração da pena em virtude da análise da personalidade do agente pressupõe a valoração, não de condutas humanas, mas essencialmente de uma suposta periculosidade social que o réu representa pelo simples fato de ser quem ele é (PASCHOAL, 2014).

Ademais, é necessário reconhecer as deficiências do processo penal brasileiro como um todo, muitas vezes moroso e pouco instruído com instrumentos probatórios que permitam a vigorosa análise do fato-típico, quem dirá de um instituto tão complexo quanto o da personalidade.

Em razão da complexidade atinente ao tema, o próximo tópico dará enfoque ao termo personalidade com enfoque na psicologia baseada em evidência.

2 DA ANÁLISE DO TERMO PERSONALIDADE DO AGENTE

Em um primeiro momento, cabe ressaltar a importância da psicologia baseada em evidências, vez que essa nova vertente busca agregar a prática

clínica ao conhecimento científico, bem como fatores sociopolíticos a respeito da saúde mental e demais demandas oriundas da ciência psicológica.

Na atualidade existe uma demanda mundial por práticas na saúde baseadas em evidências em diversas especialidades envolvidas nos cuidados da saúde e sua promoção. A prática da psicologia baseada em evidências (PPBE) integra a melhor evidência de pesquisa disponível, a expertise clínica, as preferências e características do cliente na tomada de decisão ao nível clínico e também na orientação de políticas públicas na saúde mental. Atualmente ainda existem muitas fontes de incompreensões e mitos acerca da PPBE, as quais constituem fontes de resistência para sua incorporação à prática clínica. Parte-se do princípio que entender os entraves à aceitação da PPBE é crucial não apenas para a construção de contra-argumentos, mas para auxiliar no processo de construção do conhecimento e da difusão de informações científicas que possam orientar o cuidado oferecido aos indivíduos de forma efetiva e ética. (MELNIK, 2014, s.p.).

O estudo da personalidade tem sido conduzido sob diversos enfoques teóricos, nos quais cada pesquisador leva em consideração a escolha da abordagem a ser trabalhada. Contudo, em nível internacional, devido à exigência de que a prática da ciência psicológica seja baseada em evidências empíricas sólidas (APA, 2006), mudanças vêm sendo implementadas no cenário da psicologia forense e da avaliação da personalidade. Uma das mais emblemáticas é o abandono de práticas de avaliação psicológica e de personalidade desalinhadas com as normas da comunidade científica internacional (AREH; VERKAMPT; ALLAN, 2021). A mais expressiva delas talvez seja a crítica que testes projetivos têm recebido (ERICKSON; LILIENFELD; VITACCO, 2007), críticas que muitas vezes se estendem para outros tipos de testes psicológicos e para a profissão de psicólogo de forma geral, devido à insegurança que tais procedimentos podem gerar em termos de validade preditiva, fidedignidade e normatização. Em relação à admissibilidade das provas obtidas por meio de testes de personalidade projetiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia considera que o relatório de um perito só pode ser aceito caso esse se baseie nas normas

da comunidade científica internacional (TJUE, 2018). Nesse sentido os psicólogos europeus têm discutido que instrumentos e critérios são adequados para usos psicológicos. A recomendação tem sido a de que testes como Rorschach — de amplo uso no Brasil — deva ser evitado, mesmo na ausência de proibições judiciais claras, por não atender a padrões propostos (AREH; VERKAMPT; ALLAN, 2021).

3 O MODELO DAS CINCO GRANDES DIMENSÕES

A perspectiva do que é chamado “os cinco grandes fatores” vem se destacando, nos últimos anos, por sua consensualidade. Essa abordagem é compreendida ao analisar a personalidade através de cinco fatores independentes, sendo interpretados como se referindo a contínuos que englobam os seguintes aspectos: i) Extroversão: a maneira como o indivíduo interage com os outros; ii) Abertura: a disposição em conhecer e experimentar circunstâncias novas, a ter curiosidade sobre o desconhecido; iii) Socialização: envolve comportamentos de altruísmo e empatia para com o próximo; iv) Realização: a forma como o sujeito se organiza para cumprir um objetivo ou realizar uma atividade; e v) Neuroticismo: referindo-se à experiência com situações e emoções negativas. Embora existam muitas perspectivas e discussões a respeito do modelo, que vão desde o uso da nomenclatura até sua replicabilidade em outros contextos culturais, chega-se à conclusão de que o modelo dos cinco grandes fatores não abrange todas as peculiaridades da personalidade humana (NATIVIDADE; HUTZ, 2015). Ainda assim, é o modelo considerado mais completo na atualidade.

Uma das vantagens desse modelo consiste em possibilitar uma descrição da personalidade de maneira simples, elegante e econômica, visto que outros modelos fatoriais da personalidade são maiores e possuem maior grau de complexidade. Os avanços científicos têm constatado que um modelo composto por cinco fatores representa um progresso conceitual e empírico em se tratando do âmbito da personalidade, uma vez que, ao se avaliar os principais instrumentos de personalidade, a análise fatorial tem demonstrado soluções compatíveis com o modelo dos cinco grandes fatores, independente da teoria embasada.

É certo que os traços de personalidade podem ser utilizados como uma ficção do comportamento, mas não pode ser presumido como uma

certeza psicológica, tampouco como uma certeza jurídica. Algumas pessoas são mais vulneráveis ou propensas à prática delituosa, mas não se pode afirmar que traços de personalidade vão definir a periculosidade de um indivíduo.

Esses traços representam tendências parcialmente estáveis quanto à maneira de pensar, sentir e agir com a sociedade, embora não devam ser vistas como imutáveis, uma vez que os traços podem sofrer influências nos aspectos motivacionais, afetivos, comportamentais e atitudinais (SILVA; NAKANO, 2011).

Dentre os diversos instrumentos teóricos, o modelo dos Cinco Grandes Fatores (CGF), ou *Big Five*, tem sido destacado por muitos autores como uma referência para o estudo dos traços de personalidade e como uma base fundamental para a compreensão dos fenômenos psicológicos. Para Passos e Laros (2014), o CGF compreende um paradigma de grande predominância nas pesquisas sobre personalidade, em esferas de nível nacional e internacional, visto que este apresenta uma estrutura mais ampla, com um conjunto bastante fundamentado de conceitos básicos, o que permite descrever os traços de personalidade em um nível abstrato e com um arranjo que lhe permite prevalecer em relação a outros modelos.

Quando se fala em personalidade do agente dentro de um processo-crime, o que se busca é avaliar se o perfil da personalidade daquele indivíduo que está sendo julgado o caracteriza como potencialmente ofensivo à ordem jurídica. Isso significa dizer que, na prática, acusação e defesa buscarão provas de fatos da vida pregressa do acusado que validem suas teses, uma demonstrando seu potencial ofensivo e outra demonstrando condutas condizentes com as regras sociais e a lei. É como explica Trindade (2014, p. 72):

Num sentido amplo, a personalidade refere-se as características que marcam a forma de ser de uma pessoa, individualizando-a das demais.

Sob o ponto de vista psicológico, a personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais. Como se pode notar, a personalidade está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e

adquiridas pelo nascimento.

A personalidade está em contínua transformação, mesmo que as mudanças se tornem mais difíceis quanto mais duradouras e patológicas sejam as características.

O Manual Diagnóstico e Estatístico (DSM-5, 2014) da *American Psychiatric Association* — APA refere-se a transtorno de personalidade do indivíduo o tornam inflexível ou desadaptado em diferentes ambientes ou situações.

Por óbvio que o juiz deve fazer um juízo de valor analisando as provas dos autos. Não deve sentenciar o acusado pelo que fez antes ou sequer o que poderá fazer no futuro. O juiz avalia o caso criminal concreto, dessa feita, discute-se seu conhecimento técnico específico para avaliar a personalidade do agente delituoso.

Por analogia, cita-se a questão da inimputabilidade penal. No diz respeito a tal assunto, pode-se perceber que, quando há dúvidas sobre as condições cognitivas do acusado durante o ato praticado, o juiz determina que seja realizada perícia médico-legal, ou seja, trazendo para os dias atuais, vez que a legislação penal e processual penal datam de 1940. O que se pretende dizer é que o acusado seja submetido a exame de saúde mental.

Sobre esse assunto, considera-se o pensamento de Romano (2020, s.p.):

Para Guilherme de Souza Nucci (Código penal comentado, 8^a edição, pág. 275), tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, situação não possível de verificar diretamente pelo juiz.

Mas, é certo, que se diz que o magistrado não fica vinculado ao laudo pericial, valendo-se, inclusive, do artigo 182 do Código de Processo Penal. Já se entendeu que “de se observar que nosso estatuto processual penal adota o sistema liberatório na apreciação dos laudos periciais, deixando ao prudente arbítrio do juiz aceitar ou rejeitar os laudos” (EI 153.332-3/0, 4^a C. relator Cerqueira Leite, 02.11.1995, m.v). Mas é imprescindível mencionar que a rejeição

da avaliação técnica, no cenário da imputabilidade, não pode conduzir à substituição do perito pelo juiz. Caso não creia na conclusão pericial, deve determinar a realização de outro exame, mas não simplesmente substituir-se ao experto, pretendo avaliar a doença mental como se médico fosse.

Para o direito penal, a responsabilidade por um crime deve ocorrer quando o agente tem plena consciência de que seu comportamento se configura como crime, ou seja, “esta condição imbrica na expressão em latim *actus non facit reum nisi mens sit rea*, ou seja, a ação não configura uma pessoa automaticamente culpada se sua mente também não estiver culpada.” (SERAFIM apud HUSS, 2017, p. 89).

Partindo desse pressuposto, em que a avaliação por profissional especializado é *conditio sine qua non* para a certeza do estado psíquico do acusado, e que o juiz deverá, na sentença, levar em consideração tal perícia, por que não se utilizar do mesmo pensamento nas demais ações penais? Ou atualizar a legislação no sentido de retirar do texto legal tal avaliação da responsabilidade do juízo, deixando ao seu arbítrio critérios legais e objetivos que podem ser avaliados pelas variadas provas apresentadas em juízo.

Desde a fase do inquérito, o delegado, representante do Ministério Público ou mesmo o juiz podem determinar avaliação psicológica ou neuropsicológica. Dentre as variadas possibilidades, Serafim (2017, p. 94) destaca: Avaliação de Transtorno Mental; Deficiência Intelectual; Déficits Cognitivos e Transtorno de Personalidade, objeto do presente estudo.

Em outro momento, Serafim menciona em seus escritos caso concreto de um menor infrator que foi avaliado por perito especializado. O ato infracional de estuprar e fugir de casa, por si só, não definem a personalidade do menor. Após a avaliação psicológica do infante, foi verificado que ele havia sofrido agressão e estupro por seu próprio pai e por outro homem, repetidamente, desde tenra idade; verificou-se também que a genitora era traficante e matou a facadas o pai do menor ao saber que o homem estuprava ele e sua irmã (2017, p. 103–104).

Dessa perícia, foi constatado que:

Na avaliação da personalidade suas emoções são empobrecidas, em estado primitivo, com reduzida capacidade de objetivação e incapacidade de diferenciação de si e de outras vontades. Configura-se

um funcionamento instintivo, com uso de poucos recursos simbólicos, sendo assim incapaz de inibir a expressão de comportamentos inadequados. O jovem é impelido por incontroláveis desejos ou impulsos sexuais e não possui suficientes mecanismos de controle para contê-los.

Apesar do jovem infrator ter entendimento do caráter ilícito de sua ação, na perícia realizada, foi identificado o parco controle de seus impulsos, ou seja, em termos de estrutura de personalidade, esta se apresenta substancialmente enfraquecida, uma vez que os mecanismos contensores das descargas impulsivas estão praticamente ausentes. Esta condição está associada com a implicação no código penal referente à incapacidade do sujeito de se autodeterminar.

Inúmeros são os casos concretos em que o Magistrado recorre à psicologia para esclarecer fatos e condições de cenas de crime e de autores de fato delituoso. Urge salientar a importância da avaliação do Magistrado no caso concreto, mas sem que isso interfira diretamente na validade do julgamento do caso e na realização da justiça. Dessa feita, aponta-se algumas propostas para contribuir com a evolução do direito e do resguardo das ciências jurídica e psicológica.

4 A COMPETÊNCIA PARA A AVALIAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE E A RESPECTIVA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

Como observado alhures, o artigo 59 do CPB passa por constantes reinterpretações, seja pela doutrina, seja pelos tribunais superiores. Tal perspectiva permite aos cientistas jurídicos uma parcela de participação no caminhar do Direito Penal através de estudos e pesquisas. Por conta disso, o presente trabalho se propõe a apresentar uma proposta de alteração no Codex Penal, no que se refere à circunstância judicial da personalidade.

Proposta de alteração da redação do artigo 59 do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos **antecedentes**, à **conduta social**, aos **motivos**, às **circunstâncias** e **consequências** do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, esta-

belecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I — as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV — a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Parágrafo único. Quando houver necessidade de se avaliar a personalidade do autor do delito para fins de dosimetria da pena, deverá o magistrado, de ofício ou a pedido de uma das partes ou do Ministério Público, determinar ao perito forense ou, na falta deste, a um profissional especializado, a construção de parecer técnico acerca da personalidade do agente. (grifo dos autores).

Por outro lado, se reconhece a complexidade na alteração de um texto legal, bem como da demora e interesse em sua execução.

De acordo com o art. 61 da Constituição Federal, um projeto de lei pode ser proposto por [...]. A Constituição ainda prevê a iniciativa popular de leis, permitindo aos cidadãos apresentar à Câmara dos Deputados projeto de lei, desde que cumpram as exigências estabelecidas no §2º do art. 61. Outra forma de participação popular que a sociedade dispõe para propor projetos de lei é a apresentação de sugestões legislativas (SUGs) à Comissão de Legislação Participativa (CLP). A CLP trata-se de um fórum por meio do qual a sociedade civil organizada poderá intervir diretamente no sistema de produção das leis, apresentando sugestões para elaboração de novas normas ou para o aperfeiçoamento da legislação já existente.²³

Ou seja, o caminho é longo, mas a causa é justa. A partir do instante em que a sociedade civil organizada, as entidades de classe, OAB, CFP,

23 56ª Legislatura, 3ª Sessão Legislação Ordinária, Palácio do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados.

dentre outras, perceberem a importância dessa alteração para o devido processo legal, estar-se-á fazendo a verdadeira justiça.

Extraíndo pequeno trecho de Campos (2016, p. 46) observa-se a complexidade de uma avaliação da personalidade.

A necessidade de compreensão no processo de avaliação é central. A avaliação psicológica é, segundo McReynolds (1975), um processo que visa a compreensão ou formulação de um juízo acerca de uma pessoa. O processo de avaliação é também único para cada caso. É um processo variável que depende, entre outros factores, dos intervenientes, do tempo disponível, do pedido formulado, do contexto em que ocorre (Simões, 1994) e do objectivo dessa avaliação. Pode dizer-se, de acordo com Pruysser (1979), que a avaliação psicológica é um processo relativamente sistemático de observação de um indivíduo num determinado momento. No curso do processo de avaliação, o psicólogo socorre-se, fundamentalmente, de duas estratégias: recolhe a história do paciente e analisa a sua realidade actual.

Assim, é de substancial importância que a personalidade seja excluída do *caput* do art. 59, para tirar a vinculação do magistrado à análise desse instituto; e, assim, seja então inserido um parágrafo único, cuja redação determine que, somente quando houver a necessidade de se avaliar a personalidade do agente para fins de dosimetria da pena, o magistrado determine ao perito forense — ou, na falta deste, a um profissional especializado —, a construção de parecer técnico acerca da personalidade daquele que sofre a ação penal.

CONCLUSÃO

A pesquisa retratou a realidade do tratamento do indivíduo na esfera do direito penal brasileiro no que tange à aferição de culpa na fixação da pena quando, dentre outras circunstâncias, o texto legal atribui ao magistrado a competência para analisar a personalidade do agente.

A redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro dá ao juiz a responsabilização por uma análise que está fora de sua competência, o que

por vezes prejudica sua interpretação e a caracterização de um julgamento justo.

Algumas teorias foram apresentadas e vislumbrados pensamentos destoantes acerca do tema. Fato é que, inserir a avaliação da personalidade para o arbítrio do magistrado causa polêmica no meio jurídico e da psicologia.

O juiz já dispõe de inúmeras provas para criar seu juízo de convicção e não tem conhecimento técnico para avaliar a personalidade do acusado. Alguns afirmam que qualquer um pode avaliar a personalidade de uma pessoa pelo senso comum. Mas o senso comum não pode ser admitido em uma ação penal quando a liberdade de um indivíduo está em jogo. De outra sorte, deixar de fazer uma avaliação técnica de um acusado que possa apresentar algum transtorno de personalidade seria uma irresponsabilidade pelo poder judiciário. Afinal, ou ele será absolvido e retornará ao convívio social, ou será condenado e poderá praticar mais crimes durante a execução da pena. O juiz não tem o conhecimento necessário para atestar qualquer tipo de transtorno de personalidade, o que fatalmente incorreria em erro de julgamento se assim o fizesse.

Ao final da pesquisa, se propôs a alteração do artigo 59 do CPB, no sentido de ser a personalidade do agente avaliada apenas, se necessário, por profissional capacitado.

REFERÊNCIAS

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA). Evidence-based practice in psychology. **American Psychologist**, v. 61, n. 4, p. 271–285, may/jun. 2006.
- BECK, A. T.; DAVIS, D. D.; FREEDMAN, A. **Terapia Cognitiva dos Transtornos da Personalidade**. Porto Alegre: Artmed, 2017.
- BRASIL. Palácio do Congresso Nacional. **Entenda o processo legislativo**. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/entenda-o-processo-legislativo/>. Acesso em: 17 set. 2021.
- CAMPOS, R. C. Do Processo de Avaliação da Personalidade em Contextos Clínicos ao Diagnóstico Psicodinâmico: Contributos para

uma Avaliação Psicológica Psicodinâmica. **Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación — RIDEP**, v. 2, n. 44, p. 44–56, 2017.

CARVALHO, A. B. de; CARVALHO, S. de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ERICKSON, S. K.; LILIENFELD, S. O.; VITACCO, M. J. (2007). Failing the burden of proof: The science and ethics of projective tests in custody evaluations. **Family Court Review**, v. 45, n. 2, p. 185–192, 2007.

MAZER, A. K.; MACEDO, B. B. D.; JURUENA, M. F. Transtorno da personalidade. **Medicina**, Ribeirão Preto, supl. 1, v. 50, p. 85–97, jan./fev. 2017.

MELNIK, T.; SOUZA, W. F. D.; CARVALHO, M. R. D. A importância da prática da psicologia baseada em evidências: Aspectos conceituais, níveis de evidência, mitos e resistências. **Revista Costarricense de Psicología**, v. 33, n. 2, 2014.

NATIVIDADE, J. C.; HUTZ, C. S. Escala Reduzida de Descritores dos Cinco Grandes Fatores de Personalidade: Prós e Contras. **Revista Psico**, Porto Alegre, v. 46, n. 1, p. 79–89, jan./mar. 2015.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PASCHOAL, L. **A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PEIXOTO, A. C.; MENESES, R. F. Os cinco grandes fatores de personalidade e as habilidades sociais: revisão das relações. **E-Revista de Estudos Interculturais do CEI – ISCAP**, n. 6, maio 2018.

ROMANO, R. T. SEMI-IMPUTABILIDADE E EXAME PERICIAL. **Jus.com.br**, set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85671/semi-imputabilidade-e-exame-pericial>. 2020.

SANTOS, J. C. dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

- SERAFIM, A. de P. *et al.* **Avaliação Neuropsicológica Forense**. São Paulo: Pearson, 2017.
- SILVA, I. B.; NAKANO, T. de C. Modelo dos cinco grandes fatores da personalidade: análise de pesquisas. **Avaliação Psicológica**, v. 10, n. 1, p. 51–62, 2011.
- TELES, N. M. **Direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.
- TJUE. Fv. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal [F v. Hungria]. (2018). TJUE, Processo C-473/416. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198766&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=865294>. Acesso em: 10 set. 2021.
- TRINDADE, J. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Direito Penal brasileiro**. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES MILITARES: UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E OS IMPACTOS SOCIOJURÍDICOS NO ESPECTRO JURISDICIONAL MILITAR

Danilo Alexandre Mori Azolini²⁴

INTRODUÇÃO

Diante de alguma conduta objetivamente tipificada como criminosa ou infracional, o que comumente se depreende é que, frente aos fatos, o Estado-juiz deve estabelecer, imediatamente, uma punição para tal conduta, ainda mais quando se analisa a estruturação de um sistema penal punitivista. Entretanto, como muitos aspectos do direito, é possível que esta regra tenha exceções.

Há uma crítica jurídica e criminológica atribuída à lógica punitivista pura, a qual compreende que a punição deve ser aplicada a todo e qualquer custo em que há distorção entre um fato praticado e a norma prevista,

24 Bacharel em Segurança Pública e Cidadania (UNESPAR); Bacharel em Direito (UNIFIL); Graduando em Sociologia e Filosofia (Estácio de Sá). Pós-graduado em Segurança Pública (UNINA).

para a qual estudiosos consideram não ser, hodiernamente, uma lógica de efetividade na aplicação da lei penal dentro do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Isso porque, quando se fala em efetivar a aplicação das normas punitivas, não necessariamente se fala em condenação e encarceramento. Deve-se pensar também, e do mesmo modo, em medidas garantistas para se aplicar as normas penais frente ao panorama social para que, de fato, estructure-se um estado de respeito consciente à lei.

Medidas de substituição à aplicação de penas privativas de liberdade, em especial na ótica do art. 44 do Código Penal Brasileiro, mostram-se salutares na realidade penal do país. Soma-se a esses institutos a análise aprimorada de comportamentos sociais irrelevantes sob o espectro criminal, os quais não merecem guarida penal e representam uma demanda que não é somente jurídica, mas sim, e sobretudo, uma demanda social.

Por outra senda, há o entendimento de que independente do grau de lesividade a bem juridicamente tutelado, crimes praticados sob determinadas circunstâncias, que firam determinados institutos penais, devem receber a punição prevista em sua integralidade, de modo que não lhe seja passível a aplicação de medidas despenalizadoras ou, quiçá, descriminalizadoras.

Dentro desses aspectos, portanto, o tema deste trabalho é buscar a compreensão, por meio de revisão bibliográfica e de análise jurisprudencial de modo qualitativo, sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância — também chamado de “bagatela” —, em casos nos quais há o denominado crime militar e sua repercussão jurídica no prisma de princípio de política criminal.

Para tanto, é de suma importância primeiramente entender sobre aspectos gerais do crime, suas conceituações e, é claro, sobre tal princípio supracitado que vem acarretando, ao longo de alguns anos, muitos debates e interpretações acerca de variados assuntos jurídicos.

1 DO CRIME

Assim como inúmeros temas dentro do âmbito do direito, a conceituação acerca do crime possui significações diversas, com base em distintos modos de observância.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, o crime constitui todo tipo de conduta que, de certa forma e sob certo parâmetro, acarrete em lesão a bem juridicamente tutelado, devendo o Estado estabelecer a aplicação de pena para sua devida punição (NUCCI, 2014).

[...] na ótica formal (captada a essência pelo legislador, transformar-se em lei), é a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena, devidamente prevista em lei.”, aqui, nesta ótica, para ser considerada, a conduta, efetivamente um crime, tal conduta que lesou bem juridicamente tutelado deve estar previsto em lei, e, não obstante, merecer penalização...O conceito formal desdobra-se no analítico (visão científica do crime, para fins de estudo), para o qual o crime é um fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável. (GOMES, 2007).

1.1 O CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME

Na visão analítica do crime — ou também chamada de teoria “tripartite”, a qual é amplamente aceita pela doutrina —, para que se configure efetivamente um crime a conduta do agente deve ser típica (possuir enquadramento legal), deve possuir grau de ilicitude ou antijuridicidade (conduta reprovável) e ser culpável (alguém que mereça penalização estatal por sua conduta).

O jurista e professor Luiz Flávio Gomes, ao ensinar a respeito da teoria analítica do crime, inclui ainda mais um dispositivo, diferindo de certo modo da teoria analítica mencionada, incluindo a punibilidade junto aos demais requisitos, a qual representa um fator importante para a efetividade da prestação jurisdicional penal (GOMES, 2007).

É possível compreender, tendo por arrimo o conceito analítico geral do crime, que, diante de um caso em concreto, apesar do enquadramento legal de sua tipificação objetiva e formal, caso não se enquadre nos três principais pilares de sua conceituação, deixará de ser considerado crime, isto é: um fato que não seja ao menos típico, antijurídico e culpável, para a dimensão jurídico-penal não se trata de um crime.

1.2 DA TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL

Dentro dessa seara, com o escopo de desenvolver o tema deste trabalho, convém analisar quais as subdivisões do enquadramento conceitual da "conduta típica", com vistas a compreender a tipicidade que possui entrelaçamento com o princípio da insignificância.

Desse modo, com relação à tipicidade da conduta, segundo Luiz Flávio Gomes:

É a relação de adequação (ou de subsunção) entre o fato (da vida real) e o tipo legal ou entre o fato e o tipo penal. Há, portanto, duas modalidades de tipicidade no direito penal: a legal (adequação do fato à letra seca da lei) e a penal (adequação do fato a todas as exigências fundamentadoras de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico) [...] a ideia de tipicidade, de outro lado, pode ser externada com o recurso de uma noção muito simples: se imaginássemos os tipos penais como figuras que ostentam formas distintas (um retângulo, um losango, um quadrado, um círculo etc.), para se saber se um fato é típico ou não basta tentar enquadrá-lo em uma dessas figuras. Quando houver perfeita subsunção, é típico. Do contrário, é atípico). (GOMES, 2007).

Como se observa, ao considerar o fato analisado como passível da aplicação do princípio da insignificância, deixa-se de considerá-lo como materialmente típico, apesar de formalmente ainda permanecer enquadrado nas capitulações penais.

Conforme o renomado jurista, o princípio da insignificância não é algo que está previsto em nosso ordenamento penal, ou seja, não se observa inserido nas amarras do Código Penal comum em citação expressa, sendo, portanto, um postulado de política criminal.

Como comentado acima, quanto ao critério formal da tipicidade da conduta criminosa, é possível interpretá-la, objetivamente, como a subsunção da conduta real praticada pelo agente ao enquadramento da norma legal.

Quanto ao critério material da tipicidade da conduta, pode-se explicá-lo a partir de três juízos de valor, segundo Luiz Flávio Gomes:

(a) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de risco proibido relevantes); (b) juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico ou desvalor do resultado, que significa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) e (c) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado — "nexo de imputação"). (GOMES, 2007).

1.3 DO CRIME DE FURTO

É possível observar, nas decisões jurisprudenciais, assim como nos casos exemplificativos muito bem utilizados pela maioria da doutrina que trata sobre esse tema, a grande frequência de casos e exemplos sobre o crime de furto.

De modo diverso de como ocorre no Código Penal Comum, o Código Penal Militar (CPM) traz, expressamente conceituado no art. 240, parágrafos 1º e 2º, dentro do capítulo dos crimes contra o patrimônio, especificamente no crime de furto, a previsão legal para tal princípio.

Parágrafo 1º: “Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do País”.

Parágrafo 2º: “A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal”.

A partir desse artigo do CPM, pode-se compreender que, somando-se duas premissas necessárias e essenciais dentro do fato tido inicialmente como criminoso, as quais devem obrigatoriamente coexistirem entre si, o magistrado pode optar por aplicar três circunstâncias diversas da pena do delito de furto.

É possível a substituição da pena de reclusão para a de detenção, podendo a pena ser diminuída de um a dois terços ou, ainda, considerar a infração inicialmente penal como infração disciplinar, descriminalizando-a.

O crime de furto tem previsão expressa no CPM com **pena de reclusão de até 6 anos**, pena superior à pena prevista no Código Penal Comum, no qual se observa ter **pena de reclusão de 1 a 4 anos, e multa**.

Enio Luiz Rosseto, no tocante ao segundo requisito para a aplicação da atenuante, enfatiza que:

[...] leva a duas ordens de compreensão. Pela primeira, não há margem para discussão, ou seja, para o reconhecimento da forma atenuada o valor da coisa não pode ultrapassar o limite fixado por lei. A segunda admite que, diante do caso, o juiz possa, sem estar jungido a critérios objetivos, reconhecer o pequeno valor da coisa furtada. Assim, mesmo se o valor exceder de 1/10 do salário mínimo, a atenuante pode ser reconhecida (ROSSETTO, 2015).

Quanto à faculdade ou à obrigatoriedade da aplicação da atenuante no crime de furto, dentro do ordenamento penal militar, entende o Superior Tribunal Militar (STM) que é necessário interpretar tais benefícios como direito subjetivo do réu, sendo desse modo obrigatória a aplicação de uma das três possibilidades atenuantes dentro do caso em concreto. Porém, convém salientar a possibilidade de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, quando visualizadas as duas premissas básicas no caso e quando a considerar a infração como disciplinar.

Observa-se que, inicialmente, na largada da *persecutio criminis*, há uma infração tida como de responsabilidade criminal, respondendo o então agente no âmbito do direito penal militar. Porém, no caso de o magistrado militar considerar a infração penal militar em infração disciplinar, compreende-se que o CPM deixará de ser aplicado ao caso, aplicando-se essencialmente o RDE (Regulamento Disciplinar do Exército), bem como as demais normatizações disciplinares extravagantes.

Conclui-se, de tal maneira, que, no delito de furto, utilizando-se comparativamente a aplicação do princípio da insignificância no âmbito de delitos de responsabilidade penal comum e penal militar, tem-se, nesta última legislação, a previsão de que o crime seja transformado em transgressão disciplinar, o que pode ser interpretado como uma causa prevista na norma legal de **descriminalização da conduta**, e não somente,

como nos demais casos abarcados pela legislação comum, de **exclusão da tipicidade material**.

No caso do parágrafo 2º do art. 240 do CPM, observa-se que a própria lei expande ainda mais o cenário de possibilidades de atenuações quanto aos delitos do crime de furto. Tem-se, nesse parágrafo, casos em que o agente, ainda primário, restitui de livre e espontânea vontade a vítima do furto ou repara o dano superveniente, causado pela prática do ato ilícito.

Nesses casos, o magistrado deve também aplicar a atenuante, optando por uma das três possibilidades que a lei exaure, desde que tal conduta do agente criminoso seja realizada de modo pretérito ao início da ação penal — compreendendo-se aqui, com base no art. 24 do Código de Processo Penal Comum, bem como no art. 29 do Código de Processo Penal Militar, que será iniciada a ação penal quando do recebimento da denúncia/queixa-crime pelo magistrado.

1.4 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Antes de analisar mais especificadamente posicionamentos jurisprudenciais referentes a casos em concreto no tocante à adequação típica de tal princípio, convém explicar de modo conceitual e doutrinário o que pode ser entendido como princípio da insignificância.

De acordo com André Estefam e Victor Gonçalves, a origem do conceito, frente à concepção moderna do denominado princípio da insignificância ou da bagatela, recai sobre Claus Roxin, que o definiu como uma forma de aperfeiçoar a tese de Hans Welzel, segundo a qual lesões insignificantes deveriam ser excluídas da seara do Direito Penal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2013). Tendo por azimute esse pensamento, aos casos em que houvesse de fato alguma lesão a um bem juridicamente tutelado, mas sem necessidade de reverberação penal, caberia considerá-los irrelevantes ou penalmente insignificantes.

Ainda de acordo com os autores, tal entendimento deve sempre caminhar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, dentro da dimensão garantista, pois, segundo eles, o direito penal não constitui instrumento de submissão cega ao poder estatal, mas sim:

Um meio para a salvaguarda dos valores constitucionais expressos ou implícitos, não deve criminalizar comportamentos que produzam lesões insignificantes aos bens juridicamente tutelados...que condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente) atípicas. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2013).

Em condutas inicialmente observadas como criminosas, por exemplo um caso em que o agente "furta" uma caneta ou outro bem de diminuto valor, verifica-se ser tal conduta tão inexpressiva e tão irrelevante sob o ponto de vista jurídico penal que a lei torna tal ação materialmente atípica, deixando de considerar aquela conduta como um efetivo crime.

Seu significado central, portanto, consiste no seguinte: não podem ser penalmente típicas ações que, ainda que no princípio se encaixem formalmente em uma descrição típica e contenham algum desvalor jurídico, ou seja, que não estejam justificadas e não sejam plenamente lícitas, no entanto no caso em concreto se grau de injuto seja mínimo, insignificante: pois conforme seu caráter fragmentário as condutas penalmente típicas só devem estar constituídas por ações gravemente antijurídicas, não por fatos cuja gravidade seja insignificante. O critério de insignificância significa, pois, uma restrição dos tipos penais. (GOMES, 2013).

Segundo Luiz Flávio Gomes, ao se aplicar uma pena a determinado fato que, pelas suas características e peculiaridades, não necessite receber uma pena, acaba sendo gerada uma medida considerada desproporcional e, portanto, não merecedora de intervenção penal (GOMES, 2007).

2 A LEI 13.491/2017 E A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Com o advento da Lei nº 13.491/2017, promulgada na data de 13 de outubro de 2017, ampliou-se significativamente a competência da justiça militar para processo e julgamento dos crimes denominados “militares” em tempos de paz.

A nova redação do art. 9º, II do Código Penal Militar (CPM), dispõe que, a partir da novel lei, compete à Justiça Militar apreciar os “crimes previstos neste código **e os previstos na legislação penal**”, ampliando a abrangência disposta.

Vale indicar que o referido dispositivo se trata de norma heterotópica, pois, apesar de estar no CPM, refere-se à matéria puramente processual, haja vista o conteúdo relacionado à competência. Assim, é regida pela regra do *tempus regit actum*, ou seja, a aplicação processual é imediata a todos os processos em curso.

Com tal modificação legislativa, passam a ser considerados sujeitos à Justiça Militar não só os crimes previstos no Código Penal Militar, mas também os demais crimes previstos nas legislações penais, de modo que todos os tipos penais, sejam militares ou não, mas cometidos por militar nas circunstâncias que a lei determina no art. 9º do CPM, submetem-se ao princípio da insignificância também.

2.1 DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desse modo, com o escopo de dirimir arestas doutrinárias referentes à efetiva aplicação principiológica, o Supremo Tribunal Federal (STF), em um de seus entendimentos, firmou alguns vetores que, caso se enquadrassem frente a uma ocorrência em concreto, seria possível a aplicação do princípio da insignificância.

Conforme entendimento da Suprema Corte:

EMENTA: habeas corpus. Constitucional. Infração do art. 240, Caput, do Código Penal Militar. Pretensão de aplicação do princípio da insignificância. Improcedência. 1. A restituição do bem furtado à vítima não leva à aplicação do princípio da insignificância e à atipicidade material da conduta imputada, mas está prevista como atenuante da pena a ser imposta pelo juiz quando proferir a sentença, nos termos do art. 240, caput, § § 1º e 2º, do Código Penal Militar. Precedentes. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente

tutelado pela norma penal. 3. **Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.** 4. Impossibilidade de incidência, na espécie vertente, do princípio da insignificância. Bem furtado dentro das instalações de instituição militar e de valor quase três vezes e meia o valor do salário mínimo da data dos fatos. 5. Ordem denegada. (HC 112224, Primeira Turma, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12-06-2012, grifo nosso).

Analisando tal posicionamento, que figura em um caso em que não houve aplicabilidade do princípio da insignificância na ação — que tratava de um furto por um militar cometido dentro das instalações militares —, pode-se pinçar complemento jurisprudencial acerca dos aspectos alusivos aos enquadramentos da tipicidade.

Estes, como grifado, para incidirem, devem ser levados em conta, entre outros fatores, **a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.**

Nesse caso em específico, de relatoria da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia, a Corte considerou a relevância do valor do bem furtado, bem como o crime ter sido cometido dentro de instituição militar ocupante de um grau de reprovabilidade o qual não abarcou a aplicação da insignificância.

Frisa-se, no entendimento supracitado, que a lesividade da conduta se deu por mais de uma motivação, que não somente o valor do bem propriamente dito, reforçando um posicionamento de que outros fatores podem ser levados em consideração na lapidação jurisprudencial para decidir acerca do caso.

Em outro caso, em que o paciente também era militar, porém não com relação a crime contra o patrimônio, mas numa situação em que o militar foi preso em flagrante por estar sob a posse de uma pequena

quantidade de substância entorpecente dentro de sede militar, fato típico enquadrado primeiramente no artigo 290 do Código Penal Militar, crime punido com reclusão de até 5 anos, é possível identificar no voto do Exmo. Sr. Ministro Eros Grau:

A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma porque estão presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a dois, como demonstrado no parecer ministerial, em razão da dignidade da pessoa humana, arrolada na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º). (DJe de 22-02-2008; julgamento do HC 92961).

Nesse caso, além de o STF citar o enquadramento do caso em concreto frente às imputações objetivas caracterizadoras do crime, comentadas no entendimento anterior, o Supremo reforçou-as e adicionou junto a isso também o princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em questão, a Suprema Corte entendeu que, além de ser um fato atípico materialmente, o que exclui o crime, considerou também que a injeção de punição criminal fere, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana do paciente, dada a irrelevância penal do fato.

É possível demonstrar também a aplicação do princípio da insignificância em um caso que chegou à Suprema Corte de um militar que, em serviço, num estabelecimento comercial, furtou uma caixa de bombons e a escondeu dentro de seu colete.

O Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, relator deste *Habeas Corpus* (HC 108373, DJe de 07-03-2012), juntamente com o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski inclinaram no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância.

Tais ministros entenderam que o fato, acima de tudo, colocaria um risco a credibilidade da instituição militar, citando os princípios de hierarquia, disciplina e moralidade administrativa, chegando à conclusão de que tal conduta seria de um grau de reprovabilidade acentuado, o que não caberia enquadramento na atipicidade material do fato em questão.

Por outro lado, nesse mesmo caso, os Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto entenderam de modo contrário. Seus entendimentos se deram no tocante à evolução das dimensões principiológicas frente aos

avanços societários, de modo que, por mais basilares que sejam alguns princípios do militarismo, por evolução gradual e acentuada da sociedade, caberia nesse caso em questão a aplicabilidade do princípio da insignificância. O Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes explicitou do seguinte modo em seu voto:

Reconheço que estamos num processo de experimentalismo institucional, mas a própria ideia de insignificância, na verdade, é a concretização da ideia de proporcionalidade, e aqui ela se materializou de forma ainda mais radical. Talvez, pelo tipo de conduta, isso merecesse outro tratamento — indica algum desvio. Contudo, o próprio dolo, quer dizer, a intenção de cometer um crime de índole, de atingir o patrimônio de alguém, parece aqui longe de se concretizar. Nesses termos, tenho que — a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal) — **não incide, no caso, a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada ao paciente.** (Grifo nosso).

Faz-se necessário observar, no voto em análise, o termo utilizado de "experimentalismo institucional", isto é, representando um conceito sociojurídico de processo de evolução da própria instituição militar, a qual deve se adequar aos atuais avanços da sociedade como um todo, de acordo com seu entendimento.

Tal experimentalismo seria justamente casos como este em questão, que alcançou a apreciação do STF e introduz uma visão progressista no entendimento jurídico-penal atinente ao âmbito de jurisdição militar. No referido caso, como houve empate nos votos dos ministros, foi deferido o *Habeas Corpus* em favor do paciente.

Por outra senda, em outros casos que foram levados ao conhecimento do STF — o qual dirimiu entendimento —, em que os pacientes também eram militares, devido às características inerentes ao caso em concreto, tal entendimento não abarcou a aplicação do princípio da insignificância, baseando-se em alguns casos, no tocante à base de hierarquia e disciplina

militar e no poder de reflexão de condutas ilícitas praticadas por integrantes de uma instituição que possui, em sua essência, princípios éticos e morais, baseados na legalidade de suas condutas.

Pode-se estudar outro julgamento (ARE 728.826-AgR, DJe de 21-05-2013), em que o entendimento do caso em concreto não foi favorável quanto à aplicação do princípio da insignificância. Nesse caso em questão, um militar subtraiu bens de outros militares, bens estes somados no valor de R\$ 165,00 reais, em que tal crime ocorreu dentro de localidade sujeita à administração militar.

O Ministro relator, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, junto aos demais integrantes da Segunda turma do STF, entenderam que, por mais que fosse levado em consideração o valor dos bens subtraídos, a conduta do militar possuiu alto grau de reprovabilidade, de modo que foi cometido dentro de aquartelamento e contra colegas de farda, desrespeitando de modo acentuado, dessa forma, as leis e as instituições militares do país como um todo.

Em mais um caso, que também chegou ao conhecimento do Supremo, ocorreu novamente inaplicabilidade do princípio da insignificância no caso em concreto:

EMENTA Habeas corpus. Penal militar. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Crime de furto (art. 240 do Código Penal Militar) praticado dentro da caserna. Reprovabilidade da conduta. Precedentes. Ordem denegada. 1. A aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de furto foi afastada na espécie, uma vez que **não se pode falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, a qual foi praticada pelo paciente dentro da caserna e contra um colega de farda.** 2. Conforme já assentou o Supremo Tribunal, “é relevante e reprovável a conduta de um militar que, no interior do aquartelamento, furta bens de dois colegas de farda, demonstrando total desrespeito às leis e às instituições castrenses de seu País” (ARE nº 728.826/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 21/5/13). 3. Ordem denegada (HC 117215, Primeira Turma, relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14-10-2013, grifo nosso).

Nesse entendimento, da Primeira Turma do STF em setembro de 2013, o caso em questão ocorreu dentro de local subordinado à jurisdição militar, referente a um furto, cometido por militar, de um celular avaliado em R\$ 85,00 reais e um *chip* avaliado em R\$ 10,00 reais, os quais pertenciam a outro militar.

O relator do caso, Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, entendeu o não enquadramento do princípio da insignificância devido ao fato em questão ter ocorrido dentro de local de jurisdição militar e por razão de a vítima também ter sido militar, apesar do valor pequeno dos bens furtados.

Portanto, entendeu o Ministro que tal conduta não poderia ser considerada irrelevante ou insignificante devido à incompatibilidade de tal conduta com as bases do militarismo, isto é, a hierarquia e a disciplina, aludindo novamente em decisão o elevado grau de reprovabilidade, o que não permitiria atipicidade material da conduta praticada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou realizar um apanhado jurisprudencial, bem como compreender junto às doutrinações, às legislações penais comuns e penais militares o atual entendimento do STF no tocante à aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes militares.

Estudou-se sobre a construção analítica-conceitual do crime, especificando quanto à tipicidade formal e material, o que levou, desse modo, à compreensão quanto à desconstrução da tipicidade material nos casos em que incidiu o princípio da insignificância; o que, não obstante, como num processo lógico-dedutivo, refletiu o conhecimento acerca das possibilidades e impossibilidades normativas de aplicação de tal princípio tão relevante à nova e dinâmica interpretação das práticas delituosas.

Foi possível compreender, no que diz respeito à Suprema Corte (STF), que é estritamente necessário observar, antes de tudo, o caso em concreto.

Houve casos em que o princípio da insignificância foi aplicado, extinguindo a ação penal e tornando a conduta, até então criminosa, uma conduta atípica materialmente, bem como em outros casos, não muito diversos quanto ao mérito, em não houve tal aplicação e a conduta seguiu

sendo considerada como criminosa e, por isso, exigível a sanção do Estado-juiz.

Alguns parâmetros conceituais foram delineados pelos ministros da Suprema Corte, estipulando alguns critérios, os quais, se observados no caso concreto, absorvem a possibilidade jurídica da aplicação principiológica. A exemplo, cita-se o HC nº 112224, em que a relatora, a Exma. Sra. Ministra Carmen Lúcia, junto aos demais ministros do STF, parametrizaram a aplicação. Observa-se:

[...] para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada [...].

Entretanto, de modo análogo a inúmeros outros conceitos do ordenamento jurídico pátrio, é possível observar, ainda que de plano, conceitos subjetivos para a caracterização da atipicidade material.

Salvo melhor juízo, em alguns casos pode haver o desenvolvimento dentro da *persecutio criminis*, de modo que essa “carência” quanto à subjetividade interpretativo-normativa possa acarretar um ônus ao réu da ação penal e sua doughta defesa. Algo que, dentro de um raciocínio dimensional, em tempo e espaço, pode gerar certo intumescimento das fileiras do judiciário brasileiro, tornando morosa a fase de ação penal.

Entretanto, resguardada a liberdade de convicção, nos casos de crimes propriamente militares, ou seja, aqueles previstos na legislação penal militar e não na legislação penal comum, mencionando-se os julgados anteriores a 2017, observa-se o sentido jurisprudencial de que não seja conveniente a aplicação do princípio da insignificância, haja vista considerar uma infração penal militar cuja ofensividade não se adequa ao caráter mínimo para o estabelecimento da insignificância, tampouco a reprovabilidade da conduta do agente criminoso, a qual possui um relevante grau nesses casos, como se deu em julgados do crime militar de furto, em que a Suprema Corte não aplicou tal afastamento de tipicidade material da conduta, condenando o réu à pena devida.

Não obstante, quando o caso em análise se tratar de crime impropriamente militar, analisando-se também os julgados anteriores a 2017, considera-se possível a aplicação da insignificância, por considerar, a depender das especificidades e peculiaridades do caso em concreto, que a conduta e as circunstâncias da infração penal não lesam a Administração Pública Militar como um todo, tampouco indiretamente, mas sim e tão somente dizem respeito à pessoa do infrator e às suas características pessoais.

No tocante aos processos posteriores ao advento da Lei Federal nº 13.491/2017, ainda se mostra escasso o apanhado jurisprudencial que culminou com a apreciação do STF, em especial pela respectiva lei ser relativamente nova, necessitando-se de uma nova análise nos anos ainda vindouros para analisar o entendimento da Suprema Corte nos julgamentos que ainda serão estabelecidos.

Conclui-se, desse modo, que é intrinsecamente necessária uma amplificação conceitual-normativa para que, desde a análise judicante em primeira instância, seja possível conhecer a aplicabilidade principiológica, evitando postergar um processo que, de modo prático, somente acarreta ônus à administração judiciária e à sociedade como um todo, bem como ampliar os arrimos acadêmicos a respeito do tema, abarcando a análise de mais casos em concreto e permitindo, com isso, uma interpretação mais justa, correta e equânime tanto sob a ótica penal como também, e principalmente, social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO Nº 4.346, DE 26 DE AGOSTO DE 2002.

Brasília, 26 de agosto de 2002.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. Brasília, 21 de outubro de 1969.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. Brasília, 21 de outubro de 1969.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Brasília, 3 de outubro de 1941.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 728.826-AgR, DJe de 21-05-2013. Brasília, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 728.826/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 21/5/13. Brasília, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe de 22-02-2008; julgamento do HC nº 92961. Brasília, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 108373, DJe de 07-03-2012. Brasília, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 112224, Primeira Turma, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12-06-2012. Brasília, 2012.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Parte geral. Volume 2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. Volume 2, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Militar Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- ROSSETTO, Enio Luiz. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JULGAMENTO DE ESTUPROS COMO CRIMES INTERNACIONAIS: ANÁLISE DOS CASOS FURUNDŽIJA E AKAYESU (ICTY E ICTR)

*Isabelle Dianne Gibson Pereira*²⁵

INTRODUÇÃO

O crime de estupro passou a ter um tratamento jurídico efetivo no direito penal internacional a partir da década de 90, com o estabelecimento dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda. O presente trabalho pretende realizar um estudo sobre o conceito legal do estupro como crime internacional no direito penal internacional, a partir das definições adotadas nos casos Furundžija (ICTY) e Akayesu (ICTR).

Para alcançar tal finalidade, inicialmente será abordada a jurisdição penal internacional: a criação e os fundamentos jurídicos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio; dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, para Ruanda e para Serra Leoa e do Tribunal Penal Internacional. Após, serão explicitados os crimes internacionais: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. O tópico seguinte versará sobre a utilização de violência sexual generalizada

25 Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica — PUC-Rio. Advogada Criminalista.

no contexto de crimes internacionais, tratando do estupro como tática/arma, especialmente nos casos sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e Ruanda. O último tópico versará sobre os precedentes Furundžija (ICTY) e Akayesu (ICTR): as acusações feitas pela promotoria em face de Anto Furundžija e Jean-Paul Akayesu, os crimes nos quais os acusados foram condenados e a pena imposta, bem como a definição legal de estupro pelas Câmaras de Julgamento nos dois casos. Ao final, considera-se que o conceito de estupro estabelecido no Caso Akayesu é inovador, sendo mais adequado que a definição posteriormente adotada no Caso Furundžija.

1. JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

A consolidação do Direito Penal Internacional como ciência autônoma ocorreu somente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e os julgamentos de Nuremberg e Tóquio (1945 e 1946). Isso porque, a partir dos citados tribunais *ad hoc*, houve a possibilidade de um estudo sistemático da matéria (JAPIASSÚ, 2004, p. 16).

O século XX foi repleto de conflitos armados e violações gravíssimas de direitos humanos. Sendo assim, as atrocidades do nazismo e a brutalidade da agressão japonesa na China impulsionaram a criação dos supra-mencionados tribunais:

O regime totalitário que se estabeleceu na Alemanha, inicialmente, com o incêndio do *Reichstag*, inicia-se a perseguição aos comunistas e judeus. Em 1935, após uma grande jornada do Partido Nazista em Nuremberg, são proclamadas as leis raciais e, em 1938, ocorre a “*Kristallnacht* ou Noite dos Cristais, em que 7500 vitrines de lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas foram incendiadas e 20 mil judeus foram levados para campos de concentração”. Este incidente deu a exata noção da capacidade de destruição e perseguição dos nazistas em relação ao povo judeu. [...] Com o final da Guerra e com a derrocada do nazismo, [...] as quatro potências vencedoras — os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a França — celebraram acordo destinado a estabelecer as regras que deveriam orientar o processo e julgamento dos gran-

des criminosos de guerra das potências europeias do Eixo. Este acordo ficou conhecido como a Carta do Tribunal Internacional Militar, que acabou por ser conhecido como o “Tribunal de Nuremberg” (JAPIASSÚ, 2004, p. 44–48).

Mais recentemente, outros três tribunais penais internacionais *ad hoc* foram criados: o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (ICTY), que julgou as graves violações a direitos humanos cometidas na região balcânica na década de 90; o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), o qual foi criado para julgar o genocídio ocorrido em Ruanda em 1994; e o Tribunal Especial para a Serra Leoa (SCSL), o qual julgou os crimes cometidos após 1996 durante a guerra civil no país ocorrida entre 1991 e 2002.

O ICTY e o ICTR foram criados, respectivamente, em 1993 e 1994, por Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Já o SCSL foi estabelecido a partir de um tratado entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa em 2002. A criação desses tribunais é considerada uma relevante inovação e o fundamento para o seu estabelecimento é o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o qual versa sobre as ações relativas a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão. Nesse sentido, a Câmara de Apelação do ICTY utilizou como embasamento legal o artigo 39 da Carta, o qual versa sobre a possibilidade de adoção de medidas que visem manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais (SCHABAS, 2006, p. 48–52).

Sobre o estabelecimento do ICTY e do ICTR, Cherif Bassiouni afirma:

Lembre-se, por exemplo, da decisão historicamente sem precedentes do Conselho de estabelecer o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) em 1994, e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) em 1995. Essas instituições, cujo estabelecimento não estava previsto na Carta das Nações Unidas, se desenvolveram por meio de seus respectivos estatutos e jurisprudência, com base nas interpretações do direito internacional consuetudinário no que diz respeito à definição e ao conteúdo dos crimes internacionais, elementos de responsabilidade penal e procedimentos criminais. Essas normas são

presumivelmente a contraparte internacional da "parte especial", "parte geral" e "parte processual" dos sistemas jurídicos nacionais de suas leis criminais. Eles são derivados de "princípios gerais de direito". A Justiça Criminal Internacional é, portanto, a herdeira de certos conceitos e práticas jurídicas nacionais (BAS-SIOUNI, 2009, p. 290).

A criação de uma jurisdição penal internacional a partir de um sistema de repressão aos delitos internacionais tem como pretensão a preservação da paz e da dignidade da pessoa humana. Além disso, a criação de uma estrutura permanente é de suma importância para a garantia do devido processo legal e do princípio da legalidade. Em 1995, a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu comitê preparatório de um anteprojeto do Estatuto para um Tribunal Penal Internacional, que foi levado à consideração em uma conferência diplomática em Roma, ocorrida entre 15 de junho a 17 de julho de 1998. O Estatuto que constituiu o Tribunal Penal Internacional foi aprovado com 120 votos favoráveis, 7 contrários e 21 abstenções. O número mínimo de ratificações pelos Estados (60) foi alcançado em 11 de abril de 2002 e o Estatuto está em vigor desde 1 de julho de 2002 (JAPIASSÚ, 2004, p. 32–35).

2. CRIMES INTERNACIONAIS

O Direito Penal Internacional define os crimes internacionais e comina as respectivas penas. Os crimes internacionais próprios são aqueles que violam bens jurídicos supranacionais e acarretam uma responsabilidade penal individual baseada diretamente no direito internacional. Atualmente, tais delitos são previstos no artigo 5º do Estatuto de Roma, o qual estabelece os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. A violação dos bens jurídicos paz e segurança internacional legitimam a intervenção internacional e a responsabilização dos autores dos crimes (JAPIASSÚ, 2004, p. 26–31).

Em relação aos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia (ICTY) e Ruanda (ICTR), o conceito de genocídio adotado, assim como no Tribunal Penal Internacional (ICC), foi idêntico ao definido

pela Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948:

Artigo II — Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- (a) matar membros do grupo;
- (b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- (c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- (d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Isto é, em relação ao genocídio, é importante ressaltar que os atos mencionados nas alíneas acima somente configuram o crime quando forem praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso (elemento subjetivo específico). De acordo com Kai Ambos, a destruição do grupo é, subjetivamente, o objeto da intenção do perpetrador, embora ela não precise objetivamente ocorrer. Portanto, o crime visa proteger o grupo como uma entidade social (AMBOS, 2004, 236–237).

No tocante aos demais crimes internacionais, é possível notar diferenças entre os Estatutos dos três tribunais mencionados. Um exemplo seria a divergência na definição do que constitui crime contra a humanidade.

Nos termos do Estatuto do ICTY, os seguintes atos são crimes contra a humanidade, desde que sejam cometidos em conflitos armados, de caráter internacional ou interno, e dirigidos contra qualquer população civil: homicídio; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; estupro; perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos e outros atos desumanos.

O Estatuto do ICTR manteve os mesmos atos supramencionados como espécies de crime contra a humanidade, mas inseriu um elemento contextual: crime contra a humanidade é aquele cometido como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos. Segundo Kai Ambos, ataque significa uma múltipla comissão dos referidos atos, os quais devem ser cometidos de forma generalizada (com um grande número de vítimas) ou sistemática (perpetrado conforme política/plano pré-concebido) (AMBOS, 2004, p. 241–242).

Por outro lado, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional ampliou as espécies de atos que constituem crimes contra a humanidade, incluindo os atos de transferência forçada de uma população; outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; desaparecimento forçado de pessoas e crime de *apartheid*. Além disso, houve uma mudança no elemento contextual: os referidos atos só serão crimes contra a humanidade se forem cometidos no quadro de ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Isto é, a redação do Estatuto de Roma dispensou o requisito que esse ataque contra a população civil seja cometido por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos.

Ademais, o Estatuto do ICTY prevê como crimes internacionais as graves violações às Convenções de Genebra de 1949 (artigo 2º) e as violações das leis ou costumes de guerra (artigo 3º). No mesmo sentido, o artigo 4º do Estatuto do ICTR dispõe sobre as violações ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II. Esses eram os crimes de guerra previstos nos Estatutos dos tribunais *ad hoc*. Sobre os referidos crimes, Carlos Eduardo Japiassú elucida que, a partir do século XIX, um movimento de regulamentação convencional da guerra teve início. Nesse sentido, existem 71 documentos relativos ao tema criados entre 1854 e 1998, sendo certo que fazem parte deles as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais (JAPIASSÚ, 2004, p. 245–246).

O autor também explica a diferença entre guerra, a qual depende de uma declaração jurídica da intenção de fazer guerra, e conflitos armados, definidos pelas Convenções de Genebra de 1949:

Para a sua caracterização, no entanto, é preciso que estejam presentes dois elementos, um objetivo, a luta armada entre Estados, e outro subjetivo, a intenção de fazer guerra. Assim, a guerra se diferenciará de atos de força que, por não apresentarem o elemento subjetivo, não fazem surgir o estado de guerra. Esta depende de uma declaração jurídica para sua caracterização, o que gerará efeitos para terceiros, como, por exemplo, a neutralidade. Por isso, a guerra, por depender de um status legal, é muito difícil de ser caracterizada. [...] O conceito de conflitos armados é definido pelas Convenções de Genebra de 1949 e pelos seus Protocolos adicionais de 1977, que fazem referência a guerra de libertação nacional, conflitos armados de caráter internacional e sem caráter internacional (JAPIASSÚ, 2020).

Igualmente, o Estatuto de Roma tipificou os crimes de guerra (artigo 8º), a partir de diversos atos de violações graves às Convenções de Genebra e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais e não internacionais. Além disso, o Estatuto inovou ao definir que o Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar o crime de agressão, embora a disposição específica referente ao crime não tenha sido ainda aprovada, nos termos do artigo 5º, 2 do diploma legal.

3. VIOLÊNCIA SEXUAL E CRIMES INTERNACIONAIS

Em contextos de crimes internacionais, as atrocidades cometidas geralmente compreendem também uma violência sexual generalizada. Portanto, estupros não são casos isolados, mas são atos que causam lesões graves à integridade física e psicológica dos indivíduos, especialmente de mulheres e meninas. Dessa forma, Samantha Moura demonstra a utilização de estupros em níveis assustadores em guerras:

A título exemplificativo: soldados alemães estupraram belgas ao invadir a Bélgica durante a Primeira Guerra Mundial; turcos es-

tupraram armênias durante o genocídio na Armênia em 1915; japoneses assediaram chinesas durante o “Estupro de Nanking” em 1937-1938, violando indiscriminadamente mulheres e crianças e profanando os seus corpos com baionetas e outros objetos; russos celebraram a derrocada da Alemanha nazista em 1944-1945 com estupros em massa contra milhares de mulheres (alemãs, polonesas, russas, judias); norte-americanos estupraram vietnamitas durante a Guerra do Vietnã nos anos 1960; hutus estupraram mulheres tutsis no decorrer do genocídio de Ruanda, nos anos 1990; muçulmanas foram continuamente violadas em campos especificamente montados para tal propósito (rape camps) na Iugoslávia, também nos anos 1990 (MOURA, 2016, p. 54-66).

No Tribunal de Nuremberg, apesar das documentações demonstrarem o uso corriqueiro do estupro como instrumento de terror, nenhum caso foi inserido nos indiciamentos e julgamentos finais. Por outro lado, o Tribunal de Tóquio judicializou alguns casos de estupro, porém de forma limitada e em conjunção com outros delitos. Os indiciamentos mencionavam apenas tratamentos desumanos e o desrespeito à honra e à família (MOURA, 2016, p. 68). Dessa forma, o crime de estupro passou a ter um tratamento jurídico efetivo no direito penal internacional somente a partir da década de 90, com o estabelecimento dos tribunais *ad hoc* (MOURA, 2016, p. 53).

Uma das grandes reviravoltas no entendimento do tema foi a compreensão de que o estupro é uma prática que pode ser usada como tática/arma da guerra, isto é, não é apenas um efeito indissociável da mesma. Os conflitos ocorridos no território da antiga Iugoslávia e em Ruanda demonstram como grupos armados utilizam o estupro como estratégia militar para obter objetivos políticos e uma manobra orientada à destruição não apenas da pessoa vítima, mas também do que se considera inimigo (MOURA, 2016, p. 55).

No conflito ocorrido no território da antiga Iugoslávia, houve a prática de depuração étnica, a qual seria a expulsão de determinado grupo de indivíduos de uma região, por meio de força e intimidação, com o intuito de alcançar uma homogeneidade étnica (JAPIASSÚ, 2020, p. 250). Logo, para atingir esse objetivo, ocorreram múltiplas violações do Direito In-

ternacional Humanitário e do Direito Penal Internacional, inclusive com estupros frequentes nos acampamentos de detidos. Os guardas matavam as mulheres que demonstravam resistência, na presença dos demais prisioneiros. Ademais, foram constatados estupros de meninas de 7 anos a mulheres de 65 anos de idade (MOURA, 2004, p. 94).

Nesse sentido, a partir dos padrões de conduta, da forma com que os atos de violência foram perpetrados, do intervalo de tempo e das localizações geográficas em que ocorreram, constatou-se o caráter sistemático das referidas ações, que foram planejadas e coordenadas com o intuito de remover a população civil do grupo étnico/religioso oposto de certas áreas geográficas. Portanto, o estupro foi um instrumento de terror amplamente utilizado durante os anos do conflito, sendo certo que os bósnios e sérvios foram os maiores responsáveis pela violência sexual, especialmente em face de mulheres muçulmanas. Estima-se que entre 20.000 a 60.000 mulheres foram estupradas na Bósnia, inclusive com a existência de campos de estupro que se destacavam pela brutalidade e suas condições desumanas (MOURA, 2016, p. 73).

Da mesma forma, o cometimento de estupros no genocídio de Ruanda foi generalizado. Há relatos de estupros de meninas, grávidas, idosas, freiras, bem como violência sexual contra mulheres que já tinham morrido. O número de vítimas e as formas de execução adotadas chamam atenção. Segundo Samantha Moura, “o estupro era a regra e sua ausência a exceção. [...] Estima-se que entre 250.000 e 500.000 mulheres tenham sido estupradas durante o genocídio” (MOURA, 2016, p. 85). Constatou-se a ocorrência de estupros grupais, incestuosos (com a imposição a pais e filhos de manterem relações sexuais com filhas e mães), envolvendo humilhação, exposição ao público e atos sádicos. Destaca-se que os estupros foram sistemáticos e utilizados como arma, com a intenção de destruir o grupo étnico tutsi. A violência sexual era incentivada por líderes políticos, militares e administrativos para implementar seu projeto de aniquilação dos tutsis enquanto grupo (MOURA, 2016, p. 87).

Conseqüentemente, foi a partir dos tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda que se rompeu com a ausência de responsabilização em relação ao estupro, sendo certo que este finalmente passou a figurar como um crime que deve ser julgado pela jurisdição penal internacional. Os motivos para esse reconhecimento envolvem: a presença de mulheres,

principalmente as que eram especializadas em crimes de gênero, atuando nos órgãos dos tribunais; a pressão de organizações não governamentais para o processamento e julgamento desses delitos e a vontade política para processá-los (MOURA, 2016, p. 77-78).

4. ESTUPROS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS AD HOC: ANÁLISE DOS PRECEDENTES FURUNDŽIJA (ICTY) E AKAYESU (ICTR)

Anto Furundžija, cidadão da Bósnia e Herzegovina, nasceu em 08 de julho de 1969. Ele foi indiciado por crimes da jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, isto é, por graves violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991. Em dezembro de 1997, Furundžija afirmou ser inocente de todas as acusações perante o ICTY. Em 10 de dezembro de 1998, a Câmara de Julgamento do ICTY condenou o acusado pela coautoria de tortura como violação das leis/costumes de guerra e pela cumplicidade em ultrajes à dignidade pessoal, incluindo estupro como violação de leis ou costumes de guerra (ICTY, 1998).

Furundžija interpôs Apelação em face da condenação, alegando, em suma, violação do direito a um julgamento justo, falta de provas, desqualificação de um dos juízes e excesso na condenação imposta. Em 21 de julho de 2000, a Câmara de Apelação rejeitou o recurso do Apelante, confirmando em segunda instância a condenação por unanimidade (ICTY, 2000).

Em resumo, a Promotoria alegou que, em 15 de maio de 1993, uma mulher civil muçulmana residente em Vitez foi detida por membros de uma unidade especial das forças armadas, conhecida como Conselho de Defesa Croata. Furundžija era comandante da unidade especial e deu início ao interrogatório da vítima (Vítima A) sobre uma lista de nomes croatas e as atividades de seus filhos. Durante os questionamentos do acusado, um dos soldados forçou a vítima a se despir na frente de 40 soldados e, em seguida, esfregou a faca ao longo de sua coxa e parte inferior do estômago, além de ameaçar enfiar a faca dentro de sua vagina se ela não contasse a verdade. Furundžija continuou a questionar a vítima durante os atos. Um soldado croata (Vítima B) foi trazido para a sala, aparentando ter

sido gravemente espancado. Enquanto o acusado continuou a interrogar as vítimas A e B, o soldado mencionado anteriormente espancou as duas vítimas com bastão. Após, a Vítima A e a Vítima B foram levados para outra sala e a vítima A foi submetida à penetração vaginal, anal e oral forçada com o mesmo soldado, na presença da vítima B. Furundžija nada fez para impedir a ocorrência de tais atos.

Dessa forma, a acusação sustentou que o acusado intencionalmente infligiu sofrimento físico/mental em face da vítima A, uma não-combatente, durante o depoimento com o objetivo de obter informação e com o propósito de intimidação, cometendo tortura. Ademais, durante o seu interrogatório, a vítima A foi mantida num estado de nudez forçada, obrigada a se submeter a diversas agressões sexuais e foi humilhada por ataques à sua integridade, inclusive sexual. Além disso, a vítima foi estuprada e, por todos os motivos expostos, o acusado cometeu violações graves às Convenções de Genebra e às leis/costumes de guerra.

A vítima A permaneceu sob a custódia dos soldados por várias semanas, sendo repetidamente estuprada e submetida a outros tratamentos cruéis e degradantes. Essas violações e tratamentos desumanos não foram objeto das acusações contra Furundžija.

A Câmara de Julgamento destacou que o estupro em tempo de guerra é expressamente proibido pelo Direito Internacional Humanitário, especialmente nas Convenções de Genebra de 1949, e seus Protocolos Adicionais I e II. Ademais, outras agressões sexuais graves são proibidas em diversas disposições das Convenções. Consequentemente, é indiscutível que estupro cometido em conflitos armados implicam em responsabilidade penal dos perpetradores. A decisão elucida que estupro foi previsto explicitamente como forma de crime contra a humanidade e também poderia ser processado como um ato de genocídio, se os elementos específicos desses crimes estiverem presentes.

Na definição do estupro, a Câmara de Julgamento considerou que os elementos objetivos do crime seriam:

- (i) a penetração sexual, por menor que seja:
 - (a) da vagina ou ânus da vítima pelo pênis do perpetrador ou qualquer outro objeto usado pelo perpetrador; ou
 - (b) da boca da vítima pelo pênis do agressor;

(ii) por coerção ou força ou ameaça de força contra a vítima ou uma terceira pessoa.

No precedente, um tema discutido foi se a penetração forçada da boca da vítima pelo pênis do agressor configuraria estupro. Como mencionado, a Câmara de Julgamento afirmou que sexo oral forçado pode ser tão humilhante e traumático para a vítima quanto a penetração vaginal e anal forçada, constituindo um ataque degradante à dignidade humana. A Câmara também elucidou que a proteção da dignidade humana independente de gênero, portanto o sujeito passivo do estupro poderia ser mulher ou homem.

Portanto, no caso *Furundžija*, considerou-se que o estupro estaria configurado caso houvesse penetração forçada: 1) da vagina da vítima pelo pênis do perpetrador ou outro objeto; 2) do ânus da vítima pelo pênis do perpetrador ou outro objeto; 3) da boca da vítima pelo pênis do agressor. Isto é, apesar da inclusão da penetração oral como forma de estupro, a definição do crime ficou restrita a certos atos, desconsiderando outros atos degradantes que poderiam violar a dignidade sexual da vítima. Ao final do julgamento, o acusado foi sentenciado à pena de 18 anos de prisão pelos crimes, bem como, de acordo com o Tribunal, já cumpriu a pena imposta.

Nesse sentido, a primeira sentença proferida pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), no qual Jean-Paul Akayesu foi condenado (ICTR, 1998), oferece outra perspectiva do conceito de estupro. Ademais, o caso foi a primeira condenação de estupro como genocídio e como crime contra a humanidade.

Jean-Paul Akayesu nasceu em 1953 e administrava a comuna de Taba (prefeitura de Gitamara), em Ruanda, no período em que os crimes descritos na denúncia da promotoria foram perpetrados. Isto é, ele era a figura mais poderosa na comuna de Taba. Sua acusação foi submetida pela promotoria em 13 de fevereiro de 1996 e o acusado foi condenado em 02 de setembro de 1998. Na acusação da promotoria, os atos de violência sexual incluíram: penetração sexual forçada da vagina, ânus ou cavidade oral por um pênis ou da vagina ou ânus por outros objetos, além de abuso sexual, como nudez forçada.

Segundo a denúncia, pelo menos 2.000 tutsis foram mortos em Taba entre abril e junho de 1994, enquanto Akayesu estava no poder. Os homicídios em Taba eram amplamente difundidos e o acusado nunca tentou impedir a matança de tutsis na comuna em que administrava ou pediu a assistência de outras autoridades para reprimir a violência. Além disso, centenas de tutsis buscaram refúgio no escritório comunal e, nessas ocasiões, mulheres tutsis foram forçadas a suportar múltiplos atos de violência sexual que, em vários casos, foram cometidos por mais de um agressor. Ademais, os atos de violência sexual foram acompanhados por ameaças ou lesões corporais. A Promotoria alegou que Akayesu sabia da ocorrência dos atos de violência sexual, lesões corporais e homicídios, inclusive estando presente em algumas ocasiões. Akayesu afirmou ser inocente de todas as acusações perante o ICTR, bem como negou que qualquer ato de violência sexual tenha sido cometido no escritório, mesmo quando não estava presente. Por outro lado, testemunhas prestaram depoimento perante o tribunal e afirmaram que foram estupradas, bem como presenciaram o estupro de outras meninas e mulheres. A partir desses depoimentos, restou comprovado que meninas e mulheres tutsis eram submetidas à violência sexual, espancadas e mortas no escritório comunal ou próximo a suas instalações.

Ao definir estupro, a Câmara de Julgamento do ICTR considerou o estupro como forma de agressão na qual seus elementos centrais não podem ser definidos a partir de uma definição mecânica de objetos ou partes do corpo. O estupro, segundo a decisão, pode ser usado com a finalidade de intimidação, degradação, humilhação, discriminação, punição, controle ou destruição de uma pessoa. Além disso, o estupro pode constituir tortura quando perpetrado, instigado ou consentido por um funcionário público ou alguém que tenha função oficial. Portanto, o estupro é “invasão física de natureza sexual, cometido em face de uma pessoa em circunstâncias coercivas. A violência sexual, que inclui estupro, é considerada qualquer ato de natureza sexual cometido por uma pessoa sob circunstâncias que são coercivas”.

Akayesu foi condenado a prisão perpétua e sua condenação foi confirmada pela Câmara de Apelação em 01 de junho de 2001. Atualmente, Akayesu cumpre sua pena em prisão no Mali.

Pelo exposto, a análise dos Casos Furundžija (ICTY) e Akayesu (ICTR) demonstra que o último constituiu um avanço na definição legal do estupro, uma vez que, como a própria decisão elucidou, o estupro não deve ser definido por uma descrição mecânica de objetos ou partes de corpo. No sentido oposto, a definição de estupro no Caso Furundžija é extremamente restrita, apesar de ter considerado que penetração oral configura estupro e que a vítima pode ser mulher ou homem. Contudo, a referida definição do estupro é muito centrada no ato de penetração sexual, desconsiderando outras possibilidades de violações sexuais que poderiam ser consideradas estupros (MOURA, 2016, p. 139).

Além disso, é relevante notar que o precedente do ITCR, em sentido oposto ao do ICTY, não menciona a ausência de consentimento ou o elemento força na construção do que se considera estupro:

O caráter inovador de Akayesu decorre de uma série de elementos incorporados em suas razões de decidir que estão em parte alinhados com certas críticas feministas aventadas em âmbito doméstico. [...] Com isso, o foco reside na intenção do ato (a invasão sexual) e não nas tecnicidades do ato em si (penetração pênis-vagina, por exemplo), permitindo englobar na definição uma diversidade de situações experimentadas pelas vítimas como invasivas - o que, para algumas teóricas, significa uma mudança progressiva que usa a experiência da sobrevivente como ponto de partida para delimitar o crime. [...] Note-se, ainda, que o precedente Akayesu não utiliza o elemento consentimento ou mesmo o elemento força para construir sua definição de estupro. Nada obstante a presença frequente de tais conceitos nas definições tradicionais em diversos contextos domésticos, a proposta trazida pelo TPIR desloca o ônus da prova do consentimento porventura dado pela vítima para o contexto no qual o crime estava envolvido e para as ações específicas do agente criminoso. [...] O estupro pode se perfectibilizar, portanto, por outros meios coercitivos que viciam qualquer assentimento por parte da vítima em razão do contexto de assimetria de poder no qual a interação se desenrola (MOURA, 2016, p. 136).

Catharine Mackinnon afirma que essas definições de estupro e violência sexual contribuíram com o consequente reconhecimento de que, em caso de violência sexual relacionada a contextos violentos e de desigualdade extrema, como os contextos de genocídio, conflito armado e crimes contra a humanidade, a ausência de consentimento não é um elemento a ser provado. Na decisão da Apelação do Caso ICTR 2001-64-A (*Gacumbitsi*), restou consolidado que certos contextos são tão coercitivos que inexistem a possibilidade de consentimento da vítima. Assim, de acordo com o entendimento de Mackinnon, o conceito de estupro utilizado resultou no fato de que, tanto no Caso *Akayesu* como no Caso *Gacumbitsi*, os réus foram considerados culpados por estupro como genocídio (MACKINNON, 2008, p. 103).

A partir desses casos, a autora discute a diferença entre a abordagem do estupro que versa sobre o não consentimento e a abordagem que trata especificamente da coerção nesses contextos:

Todavia, conceitualmente falando, a ênfase no não consentimento como decisivo para o estupro entende o crime fundamentalmente como uma privação da liberdade sexual [...] A ênfase na coerção como decisiva, por outro lado, vê o estupro fundamentalmente como um crime de desigualdade, seja ela física ou de outra força, status ou relação. [...] Assim, as definições de consentimento tornam a prova de estupro do estado mental da vítima e do perpetrador: quem queria o quê, quem sabia o quê e quando. Esse crime ocorre basicamente no espaço psíquico individual. As definições de coerção, por distinção, tornam a prova de atos físicos, do contexto ou da exploração de posição relativa: quem fez o quê a quem e, frequentemente, em algum sentido, por quê. Esse crime ocorre basicamente no plano material (MACKINNON, 2006, p. 238).

Outra elucidação relevante no caso *Akayesu* diz respeito às finalidades de quem pratica estupro no contexto de crimes internacionais: intimidação, degradação, humilhação, discriminação, punição, controle ou destruição de uma pessoa. Soma-se a isso o entendimento de que o estupro pode constituir tortura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em contextos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, estupro são perpetrados de forma generalizada, causando lesões graves à integridade física e psicológica das vítimas, especialmente de mulheres e meninas. No conflito ocorrido no território da antiga Iugoslávia e julgado no Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, o estupro foi utilizado de forma sistemática, como meio de depuração étnica. Igualmente, no genocídio cometido em Ruanda, os estupros eram a regra, sendo utilizados com a intenção de destruir o grupo étnico tutsi.

Os crimes internacionais são aqueles de maior gravidade com alcance internacional, acarretando uma responsabilidade penal individual baseada diretamente no direito internacional. A violência sexual, especialmente o estupro, é um ato de extrema crueldade, violador da dignidade humana das vítimas.

Conseqüentemente, a definição legal de estupro consolidada no Caso Akayesu, no Tribunal Penal Internacional para Ruanda, foi um avanço inegável no tratamento da violência sexual, especialmente por entender o estupro como uma invasão física de natureza sexual, que não pode ser definida por objetos ou partes do corpo. Além disso, o enfoque dessa abordagem está voltado para as circunstâncias coercitivas dos crimes internacionais, no lugar do enfoque na força ou ameaça de força. Dessa forma, o julgamento do Caso Furundžija, proferido pela Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, não seguiu o mesmo caminho trilhado pelo ICTR no caso Akayesu, representando um passo atrás no avanço do entendimento do estupro pela jurisprudência internacional.

REFERÊNCIAS

AMBOS, K. Selected issues regarding the “core crimes” in the international criminal law. **Nouvelles études pénales**, n. 19, Toulouse: Érès, 2004.

BASSIOUNI, M. C. Perspectives on International Criminal Justice. **Virginia Journal of International Law**, v. 50, n. 2, 2009.

BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.** Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 8 nov. 2020.

ICTR. **International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <https://unictr.irmct.org/>.

ICTR. **Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu.** Case No. ICTR-96-4-T. 2 set 1998. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

ICTR. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict-96-4.pdf>.

ICTY. **Appeals Chamber Unanimously Dismisses Furundžija Appeal And Affirms Convictions And Sentences,** 2000. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/000721_Furundzija_summary_en.pdf.

ICTY. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.** Disponível em: <https://www.icty.org/>.

ICTY. **Prosecutor v. Anto Furundžija. Case No: IT-95-17/1-T.** 10 dez. 1998. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

ICTY. **Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.** Disponível em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

JAPIASSÚ, C. E. A. **Direito Penal Internacional.** 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

JAPIASSÚ, C. E. A. **O Tribunal Penal Internacional: A Internalização do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KELSEN, H. Will the judgement in Nuremberg Trial constitute a precedent international law? **The International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, Cambridge: Cambridge University Press, Summer 1947.

- MACKINNON, C. **Are Women Human?: And Other International Dialogues**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2006.
- MACKINNON, C. The ICTR's Legacy on Sexual Violence. **New England Journal of International and Comparative Law**, v. 14, n. 2, 2008.
- MOURA, S. N. C. de. **Estupro de mulheres como crime de guerra sob as perspectivas feministas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- SCHABAS, W. A. **The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SCSL. **Special Court for Sierra Leone**. Disponível em: <http://www.rscsl.org/>.

OS CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA COMETIDOS EM REDES SOCIAIS E AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

*Angelica Bez*²⁶

INTRODUÇÃO

A relação da internet com a prática de crimes virtuais demonstra a evolução tecnológica, principalmente no que se refere a delitos que são cometidos através de roubos de informações, disseminação de imagens e dados privados, bem como ataques a honra do indivíduo, através de comentários ofensivos, compartilhamento de imagens, entre outros, ultrapassando o bom senso e a liberdade de expressão. Por ser um crime considerado de menor potencial ofensivo, o controle se torna brando, dando margem à propagação de informações falsas e a continuidade dos crimes.

Por esse motivo, o objetivo principal deste artigo é apresentar quatro decisões do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), no ano de 2020, referentes aos crimes virtuais contra a honra por meio das redes sociais. Busca-se, com isso, responder a seguinte questão: quais são as decisões do Tribunal de Justiça do Paraná em relação ao cometimento dos crimes contra a honra nas redes sociais?

26 Acadêmica do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP).

O método de abordagem aplicado neste artigo é o dedutivo, sendo os métodos de procedimento o histórico, estatístico e comparativo, com técnica de pesquisa documental e bibliográfica. No que se refere aos julgados, foram pesquisados no site do Tribunal de Justiça do Paraná, com os parâmetros de busca de “crimes contra a honra cometidos em redes sociais” no ano de 2020. Serão utilizados quatro acórdãos resultantes desta pesquisa.

O presente trabalho divide-se em três tópicos: o primeiro abordará o surgimento e a evolução da internet, bem como as redes sociais; o segundo trará as definições de crimes, os crimes contra a honra e a legislação que se refere aos crimes praticados na internet; e o terceiro tópico apresentará as jurisprudências retiradas do site do Tribunal de Justiça do Paraná no ano de 2020 no que tange aos crimes contra a honra e uma breve análise de cada julgado.

A seguir, portanto, tratar-se-á da definição e do surgimento da internet no Brasil, bem como das redes sociais.

1 A INTERNET COMO FERRAMENTA PARA COMETIMENTO DE CRIMES

A evolução no meio digital ocorre todos os dias, facilitando a vida dos usuários de forma que tudo seja alcançado de forma prática e rápida, seja através de aplicativos, *softwares* ou sistemas *web*. Contudo, a praticidade no acesso e divulgações de informações faz com que muitas pessoas tenham acesso a determinados conteúdos, e possam se utilizar da opinião para tecer comentários e debater sobre os assuntos ali encontrados.

A internet chegou no Brasil somente nos anos de 1996, após difundir seu uso e popularização para o mundo. De acordo com Kaminski (2003, p. 28) “a internet vem modificando o comportamento humano, incentivando a paixão pelo conhecimento, educação e cultura, mas não é de graça; vem acompanhada da inseparável companhia criminosa”.

Com o passar dos tempos, tornou-se comum e essencial a utilização da internet, seja para o meio acadêmico, de desenvolvimento e pesquisa, ou para lazer, que é o caso das redes sociais. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE):

[...] a internet chega a oito em cada dez domicílios no Brasil, sendo que a principal finalidade é a troca de mensagens de texto, voz, vídeos e imagens por aplicativos, utilizadas por 95,7% das pessoas, no ano de 2018 (EDUCA IBGE, 2021).

A liberdade de expressão, caracterizada como um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso IX, também ganhou espaço na rede virtual (BRASIL, 1988). No entanto, a linha tênue entre a expressão de forma livre e o cometimento de crimes contra a honra a partir da propagação das informações, tornou-se um grande problema a ser combatido pelo judiciário, que não acompanha a evolução da internet de forma significativa, deixando os abusos e as violências no meio virtual, na maioria das vezes, sem a punibilidade necessária.

No que se refere às redes sociais virtuais, elas possuem como principal objetivo a troca de informações entre usuários, que se conectam em diferentes locais do mundo, com diferentes costumes, idiomas e culturas. A evolução tecnológica permite que pessoas conversem em tempo real, independentemente do local onde estejam, basta ter acesso à internet e a um dispositivo móvel.

Com isso, as ações criminosas na esfera digital também se proliferam com muita velocidade, uma vez que a salvaguarda de dados e informações solicitam constantes inovações tecnológicas. Assim se sucede porque a internet, ao mesmo tempo que populariza a informação para todas as regiões, também cria a expansão da criminalidade, sejam elas na esfera pública ou privada (DONDA, 2020).

Segundo o site Resultados Digitais, as dez redes sociais virtuais mais utilizadas no ano de 2020, pelo Brasil, foram: *Facebook*, *WhatsApp*, *YouTube*, *Instagram*, *Facebook Messenger*, *LinkedIn*, *Pinterest*, *Twitter*, *TikTok* e *Snapchat*, respectivamente, com milhares de acessos diários, curtidas, publicações e compartilhamentos. A média de acessos dessas redes sociais foi de 3 horas e 31 minutos por dia (FARIAS, 2020).

Os principais crimes cometidos em redes sociais virtuais são os crimes contra a honra, os quais serão relatados a seguir, juntamente com quatro decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, no ano de 2020.

2 OS CRIMES VIRTUAIS

O crime pode ser definido como fato típico e ilícito, praticado por agente culpável. Pode ser conceituado por quatro sistemas, porém, dois deles predominam: formal e material. O conceito material refere-se à conduta humana sujeita a uma sanção, que seja imputável à uma pessoa, lesiva ou perigosa, que sejam acompanhadas de determinadas circunstâncias previstas em lei, visando os bens protegidos, ou seja, a violação de um bem que seja protegido pela lei. Já o conceito formal define crime como fato típico e antijurídico (JESUS; ESTEFAM, 2020).

Para que haja crime, não basta o fato ser típico; é necessário que seja antijurídico, que contrarie as leis. Ainda, exige-se que o agente seja culpável. Entende-se por fato típico a conduta humana dolosa ou culposa, que haja um resultado, um nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e que se enquadre o fato material. O antijurídico, refere-se à contrariedade do fato típico e do ordenamento jurídico, também chamada de ilícita. A culpabilidade, por último, é a reprovação do ordenamento jurídico, ato em que o agente age de maneira contrária à ordem jurídica (JESUS; ESTEFAM, 2020).

Os crimes virtuais possuem o diferencial de serem praticados através da internet e são conhecidos como crimes digitais, crimes eletrônicos, cyber crimes, crimes cibernéticos, entre outras nomenclaturas. Referem-se às atividades realizadas através de um computador ou rede, que são utilizados como base para os cometimentos dos crimes ou sua facilitação, podendo ser categorizados de acordo com a forma em que são cometidos. Existem os crimes em que se utilizam do computador como instrumento e aqueles em que o crime é cometido contra o aparelho em si, sendo crimes nos quais o objeto é danificado ou violado de alguma forma (JORGE; WENDT, 2013).

De igual modo, a criminalidade tradicional e o crime digital podem e realmente assumem muitas formas. Aliás, também pode ocorrer quase a qualquer hora ou lugar, sobretudo considerando-se os grandes avanços da internet nos últimos anos. Como qualquer outro criminoso, quem perpetra crime digital usa procedimentos diferentes segundo suas habilidades e seus objetivos (LAPORTA, 2015).

O Decreto-Lei nº 2.284 de 1940 (BRASIL, 1940), também conhecido como Código Penal, tipifica muitos dos crimes existentes na legislação pátria. De acordo com Masson (2018, s.p.) “para combater a imensa e maioria dos crimes eletrônicos, a legislação penal brasileira possui um arsenal, que em torno de 95% dos crimes são abrangidos pela determinada Lei”.

Além disso, os crimes virtuais podem ser classificados em crimes próprios (ou puros), os quais referem-se à ofensa do bem jurídico em si; ou impróprios (ou impuros), que são aqueles que têm relação com a tecnologia da informação como meio utilizado para o cometimento dos bens jurídicos já protegidos pelo Código Penal Brasileiro. A maioria dos crimes impróprios faz referência em algum dos tipos penais ou, ainda, mistos. Existem os crimes virtuais impróprios e os crimes virtuais mistos considerados complexos, no quais, além da proteção do bem jurídico informático, existe outra proteção feita pela legislação, ocorrendo a existência de dois tipos penais distintos. Ademais, existem também os crimes virtuais mediatos ou indiretos, praticados por um delito não considerado de origem virtual, consumado ao final (JESUS; MILAGRE, 2016, p. 52–53).

Como exemplo de crimes próprios, utiliza-se a invasão de computador, com inclusão de dados falsos em um sistema de informação e por consequência a alteração não autorizada de um sistema de informação. Em relação aos crimes impróprios, utiliza-se como exemplo os crimes contra a honra, sejam eles calúnia, difamação e injúria, além de ameaça, furto mediante fraude, estelionato, pornografia infantil, racismo, dentre outros inúmeros crimes (ROSSINI, 2004).

O presente trabalho terá como foco os crimes virtuais impróprios ou impuros, pois relacionam-se com os crimes contra a honra, quais sejam: calúnia, difamação e injúria, previstos no Código Penal de 1940, os quais serão abordados a seguir.

2.1 OS CRIMES CONTRA A HONRA

As ações criminosas na esfera digital se proliferam com uma enorme velocidade porque a salvaguarda de dados e informações nela solicita constantes inovações tecnológicas. Assim se sucede porque a internet, ao mesmo tempo que populariza a informação para todas as regiões,

também cria fronteiras para a expansão da criminalidade, inclusive sobre muitas coisas que as entidades públicas e privadas costumam realizar (DONEDA, 2019).

A palavra honra, do latim *honor* ou *honos*, significa “a própria dignidade de uma pessoa que vive com honestidade, baseando seu modo de vida nos ditames moral” (SILVA, 2014, p. 1.051).

Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, recepcionada pelo ordenamento pátrio com o Decreto nº 678/1992, dispõe em seu artigo 11 que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade” (BRASIL, 1992).

Os crimes contra a honra são apresentados através do Código Penal, no capítulo V. No artigo 138 do código, a calúnia é definida como: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”. Já a difamação, conforme preconiza seu artigo 139, diz respeito a: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”, e a injúria, apresentada no artigo 140, com a definição de: “Injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro” (BRASIL, 1940).

Ainda, nas leis esparsas como o Código Eleitoral, a Lei de Segurança Nacional e o Código Penal Militar podem ser encontrados crimes contra a honra.

Com as redes sociais fazendo parte intrínseca da vida comunitária dos indivíduos, a falsa imputação de crime (calúnia), a imputação de fatos ofensivos à reputação (difamação) e a ofensa à dignidade ou ao decoro (injúria) se tornaram comuns. Com isso, o crescimento da criminalidade cibernética elevou os índices de pessoas vítimas de crimes contra honra, dentre outros delitos (WENDT; JORGE, 2013).

No que se refere à difamação, esta consiste em atribuir a vítima uma má fama, maculando a imagem perante seus pares. Tutela a honra objetiva, ou seja, a reputação e a imagem perante a sociedade. Neste, o fato imputado é genérico, abrangendo todo e qualquer fato ofensivo à reputação. Poderá ser cometida de forma verbal, por gestos, símbolos ou por escrito. Tem como elemento subjetivo o dolo, como todos os crimes contra a honra. Não há necessidade de a imputação ser falsa, como no caso da calúnia, pois a finalidade é que as pessoas não espalhem comentários desairosos sobre a vida alheia, mesmo que sejam de fato verdadeiros (GONÇALVES, 2019, p. 214).

Para que ocorra a difamação, faz-se necessário que o agressor possua o *animus diffamandi*, ou seja, a intenção e a consciência do que irá fazer, e que este possa ofender a honra, restando assim, somente configurado este crime, se houver essa consciência, podendo ainda ter uma causa de aumento de pena em 1/3 se o crime for cometido através da internet, meio que facilita a divulgação (GONÇALVES, 2019).

A calúnia tutela a honra objetiva, ou seja, o que se refere à imagem, ao bom nome e à reputação. Para configurar tal crime, faz-se necessário narrar um fato concreto tipificado, para que assim seja caracterizado calúnia. Com isso, a imputação deste fato ocorre perante terceiros, e não ao próprio ofendido. Só existirá calúnia quando o fato narrado for definido como crime, não podendo ser considerado para tal a contravenção penal. Ainda, este fato definido como crime, deverá ser falso. Com isso, o cometimento desse crime pode ocorrer de forma verbal e por meios simbólicos — sejam eles gestos, desenhos, charges ou ainda através da escrita. Qualquer pessoa pode cometer o crime de calúnia, sendo consumado somente quando terceiros tomam conhecimento do fato (GONÇALVES, 2019, p. 205).

No pertinente à injúria, esta tutela a honra subjetiva, ou seja, a autoestima, os sentimentos. Nesse crime, o delito ocorre através da atribuição de uma qualidade negativa, devendo ser ofensiva à dignidade ou decoro, em proferir um xingamento ou usar uma expressão desairosa ao referir-se à vítima. São consideradas as palavras de baixo calão, com a intenção de atingir a honra subjetiva da vítima, *animus injuriandi vel diffamandi*. Poderá ser cometida de forma verbal, por gestos, desenhos, escrita e de modo explícito, implícito ou reflexo (GONÇALVES, 2019, p. 219).

Com isso, os crimes contra a honra são caracterizados pelo elemento subjetivo, o dolo, ou seja, a intenção de fazer mal à consciência. Todos os crimes mencionados são amparados pelo Código Penal e demais institutos, como será apresentado a seguir, no que se refere à legislação.

2.2 AS LEIS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO REFERENTE AOS CRIMES PRATICADOS NA INTERNET

No que se refere às leis, nada mais oportuno do que citar inicialmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu

artigo 5º, inciso X, traz como direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (BRASIL, 1988). A honra é um direito fundamental, que em seu direito assegurado pode gerar indenizações caso seja violada.

Na seara penal, a proteção referente aos crimes contra a honra está consagrada no capítulo V do Código Penal, nos artigos 138 a 145 (BRASIL, 1940). A pena mínima, para ambos os crimes, é de detenção de um mês, tendo como pena máxima três anos — se não houver agravantes — ou, ainda, podendo ser aplicável multa.

Para estabelecer princípios, garantias e deveres no uso da internet, a Lei 12.965/14 (BRASIL, 2014), conhecida como Marco Civil da Internet, que entrou em vigor no ano de 2014, tem como objetivo proteger os dados dos usuários da internet. Com isso, todo o conteúdo acessado, registrado, recebido ou enviado deverá ser protegido, garantindo aos usuários o direito à privacidade e proteção de seus dados.

No ano de 2012 foi promulgada a Lei 12.735, conhecida como Lei Azeredo, a qual foi debatida por mais de uma década no Congresso Nacional. Essa lei altera o Código Penal, o Código Penal Militar e a Lei 7.716/89 referente aos crimes raciais no que se refere “às condutas realizadas mediante o uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares” (BRASIL, 2012).

Com o aumento de crimes cometidos pela internet, ainda no ano de 2012 outra lei entrou em vigor, sendo a primeira lei que tipificou os crimes cibernéticos. Conhecida como Lei Carolina Dieckman, a Lei nº 12.737/2012 foi uma alteração no Código Penal, incluindo os artigos 154–A e 154–B, dispondo sobre a invasão de dispositivos informáticos alheios para obter ou adulterar dados sem autorização.

No ano de 2019, por sua vez, entrou em vigor a Lei 13.709/19 — conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) —, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, além da livre formação de personalidade (BRASIL, 2019). Nela são estabelecidas regras específicas no tratamento, coleta e armazenamento de dados.

Na esfera criminal, as punições para o cometimento dos crimes contra a honra através de redes sociais ocorrem a partir do oferecimento de Ação Penal Privada, chamada de Queixa-crime, além da

Ação Penal Pública, através de denúncia feita pelo Ministério Público, demonstrando a prática delituosa. A depender de qual crime, seguirá a pena imputada no referido artigo do Código Penal ou leis esparsas (BRASIL, 1940).

A seguir, serão apresentadas algumas decisões do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) acerca do cometimento dos crimes contra a honra nas redes sociais, no ano de 2020.

3 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

As jurisprudências são uma pluralidade de decisões proferidas pelos tribunais que possuem um mesmo sentido, ou seja, são entendimentos majoritários referentes a alguma matéria. O ordenamento jurídico brasileiro deriva do sistema romano-germânico, chamado de *Civil Law*, termo este que compreende que as leis prevalecem dentro do ordenamento jurídico, sendo a principal fonte do direito (THEODORO, 2020).

Com o aumento do número de julgados no tocante aos crimes contra a honra em redes sociais, este tópico visa explanar a atuação do Tribunal de Justiça do Paraná em quatro julgados do ano de 2020, referente aos crimes cometidos contra a honra efetuados através das redes sociais.

As decisões foram coletadas no sítio eletrônico do órgão do Tribunal de Justiça do Paraná, na seção “Pesquisa de Jurisprudência”. Os descritores utilizados para realizar a pesquisa jurisprudencial tiveram como base o objeto central desta pesquisa. Desse modo, optou-se por utilizar termos específicos, a fim de buscar decisões que contemplem os assuntos abordados nesta pesquisa, utilizando as seguintes palavras para realizar a busca: “crimes contra honra”, “redes sociais”, “calúnia”, “injúria” e “difamação”. Observou-se as decisões do ano de 2020, dentre as quais foram escolhidas quatro julgados que serão abordados a seguir.

3.1 JULGADOS SELECIONADOS DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A primeira jurisprudência refere-se ao crime de injúria, disposto no art. 140 c/c art. 141, inc. III do Código Penal (BRASIL, 1940):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIME CONTRA A HONRA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. VÍCIO EVIDENCIADO. QUEIXA CRIME QUE IMPUTOU OS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM QUE RECEBEU A ACUSAÇÃO APENAS DO CRIME DE INJÚRIA. ART. 140 C/C ART. 141, INC. III AMBOS DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL PARA ANÁLISE E JULGAMENTO DA DEMANDA. ACÓRDÃO QUE DECLAROU A INCOMPETÊNCIA DO JECRIM QUE DEVE SER REFORMADO. MÉRITO RECURSAL. [...] MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DA PARTE QUERELADA QUE SE IMPÕE. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE DEVE SER REFORMADO PARA MANTER A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS (BRASIL, 2020a, grifo nosso).

Conforme apresentado, alegou-se o cometimento dos crimes de difamação, calúnia e injúria, porém, fora considerado apenas o crime de injúria na conduta praticada. O fato ocorreu através de publicação em página na rede *Facebook* com texto ofensivo: “Vizinho estressado”. Destaca o Relator que não se justifica intervenção penal para o referido caso, pela prática ser pequena demais. Como resultado, ocorreu a absolvição da parte ré.

Abaixo segue jurisprudência por imputação do crime de difamação:

APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA. ARTIGO 139 e C/C 141, III DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE DIFAMAÇÃO. OFENSA À DIGNIDADE OU AO DECORO. CRIME CONTRA A HONRA COMETIDO ATRAVÉS DE COMENTÁRIO NA REDE SOCIAL FACEBOOK. DIREITO DE OPINIÃO E CRÍTICA. LIVRE MANIFESTAÇÃO GARANTIDA CONSTITUCIONALMENTE. AUSENTE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. SENTENÇA REFORMADA. Recurso conhecido e provido (BRASIL, 2020b, grifo nosso).

Nesse caso, trata-se do crime de difamação cometido através de comentário ofensivo na rede social *Facebook*, conforme texto extraído do referido acórdão:

O vereador tem condenação por improbidade administrativa — usava dinheiro dos bombeiros para pagar a TV a cabo da sua casa — e se acha no direito de tentar impedir o Lula de visitar nossa cidade, bem coisa de milico, que leva para a vida pública a patente que tinha quando era militar. Os eleitores e o tempo se encarregarão de mostrar quem é quem.

Após recurso, o Juiz-Relator entendeu “por ser figura pública, não deve tomar como ofensa pessoal todas as revoltas, críticas, indignações e inconformismos dos cidadãos”, absolvendo, assim, a parte ré do crime de difamação.

Neste caso, a jurisprudência refere-se ao crime de injúria (art. 140 do Código Penal):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. ART. 140 DO CÓDIGO PENAL. INJÚRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL QUE, EM TESE, TERIA OFENDIDO A HONRA DO QUERELANTE. ‘É COM C, SEU BURRO’. AUSÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI. SITUAÇÃO QUE DEMONSTRA APENAS ANIMUS CRITICANDI OU CORRIGENDI. IRONIA DA QUERELANTE REBATIDA COM IRONIA DO QUERELADO. FATO ATÍPICO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EVIDENCIADA. DIREITO PENAL MÍNIMO. AUSÊNCIA DE LESÃO SIGNIFICATIVA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (BRASIL, 2020c, grifo nosso).

Trata-se de imputação de crime de injúria cometido através da rede social *Facebook*, após um comentário ofensivo, retirado do referido Acórdão: “É com C, seu burro”. O acusado foi condenado pelo Juiz de pri-

meiro grau em multa, pelo fato do crime do artigo 140 c/c art. 141, inc. III, do Código Penal (BRASIL, 1940). Reformada a sentença, o Juiz-Relator absolveu a parte ré das sanções, considerando que o Direito Penal é a última *ratio* de proteção ao indivíduo, levando em consideração que os fatos não revelaram grande lesividade e ofensividade.

A Jurisprudência a seguir refere-se aos crimes de calúnia, difamação e injúria:

APELAÇÃO CRIME — QUEIXA-CRIME — ARTIGOS 138, 139 E 140 C/C ARTIGO 141, III, TODOS DO CÓDIGO PENAL — SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO QUERELADO — 1. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA — NÃO CONHECIMENTO — COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO — 2. Prescrição da pretensão punitiva — não acolhimento — 3. **delitos de calúnia, injúria e difamação devidamente configurados — 2. ÁUDIOS OFENSIVOS veiculados pelo querelado/apelante através de aplicativo de celular whatsapp envolvendo os nomes dos querelados/apelados — SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSA O MERO DISSABOR — GRANDE REPERCUSSÃO NO meio acadêmico e profissional da área de agronomia dos quais os Apelados fazem parte, CONFORME PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL — autoria e materialidade devidamente comprovadas — CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO — manutenção do decisum hostilizado — 4. dosimetria — pedido de substituição por reprimendas alternativas — descabimento — INTELIGÊNCIA DO ART. 44, §2º, DO cp — manutenção do decisum — RECURSO desPROVIDO. [...] Na condenação superior a um ano, como no caso dos autos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, §2º, do Código Penal (BRASIL 2020d, grifo nosso).**

Trata-se de queixa-crime referente à imputação dos crimes de calúnia, difamação e injúria, cometidos através da rede social *WhatsApp*, por

meio de áudios que se utilizam de nomes de baixo calão, além de citar a falsificação de diplomas, conforme retirado do referido acórdão:

Bachareladozinho de bosta, ministrou aulas no curso de Agronomia da FAG mediante falsificação de documentos, assinando os diplomas dos alunos no período em que foi coordenador do curso de Agronomia, que a atual coordenadora não possui formação superior na área adequada, a FAG responde mais de 200 ações em razão de falsificação de documentos.

A sentença condenou em primeiro grau, com incurso nas sanções dos artigos 138 e 140 c/c o artigo 141, inciso III, do Código Penal, às penas de detenção e multa, em regime aberto substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária em favor dos ofendidos e pagamento de multa. O Juiz-Relator em segundo grau manteve a decisão já proferida.

Conforme visto neste tópico referente aos crimes praticados, percebe-se que nos julgados apresentados a rede social *Facebook* foi a mais utilizada para tecer comentários ofensivos, além de ser a mais acessada pelos usuários.

Dessa forma, apesar das lacunas existentes que derivam da carência legislativa, visto que os crimes cometidos em redes sociais estão se tornando comuns, o Tribunal de Justiça do Paraná tem mostrado que as decisões para combater esses crimes estão fundadas no Código Penal de 1940.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet surgiu em meio a uma guerra na década de 1960 e se perpetua até hoje, sendo uma das redes de comunicação mais importantes do mundo. É através dela que os acessos ultrapassam as fronteiras dos países, levando as informações de forma rápida e concisa para todo o mundo. No tocante às redes sociais, estas são utilizadas para o relacionamento entre os indivíduos, possibilitando o compartilhamento de notícias, dia a dia, vida pessoal, informações entre outras coisas.

Com a evolução da internet e a possibilidade de expor informações em tempo real, a liberdade de expressão dos indivíduos é posta em prá-

tica por meio de comentários, publicações, compartilhamentos e demais formas de expressar a opinião. Ocorre que, em determinadas vezes, a liberdade ultrapassa os limites do bom senso, ocasionando comentários ofensivos, de baixo calão, que ferem a honra dos indivíduos. É nesse momento que o Direito entra em cena para combater e punir o cometimento desses crimes.

Inúmeros crimes são cometidos no modo virtual, tais como estelionato, racismo, pedofilia e os crimes contra a honra — este último, objeto de estudo deste trabalho —, que são tipificados pelo Código Penal como sendo a calúnia, a difamação e a injúria. Tais crimes ferem a reputação, a imagem, o decoro, o bom nome, a autoestima e os sentimentos, e são cometidos com intenção de fazer e consciência, caracterizando assim o dolo.

O presente trabalho utilizou-se de análise jurisprudencial, tendo como base quatro julgados do Tribunal de Justiça do Paraná no ano de 2020, no que se refere aos crimes cometidos contra a honra através das redes sociais. No que tange à prática desses crimes, constatou-se que, entre os julgados, a página do *Facebook* foi a mais utilizada, através de comentários, compartilhamento de imagens e vídeos, totalizando três dos quatro julgados analisados. Em apenas um deles o crime ocorreu por meio de áudios do *WhatsApp*.

Em relação aos crimes contra a honra, a injúria foi a mais utilizada, com atribuições de qualidades negativas, ofendendo a dignidade e o decoro, através de palavras de baixo calão, xingamentos ou expressões desairosas. O segundo crime mais praticado foi a difamação, atribuindo à vítima a má fama, má reputação e má imagem perante a sociedade. A calúnia, por sua vez, a partir das jurisprudências apresentadas, foi a menos utilizada, sendo definida como a imputação de informações falsas perante terceiros.

Como resultado, o Tribunal de Justiça do Paraná utilizou-se do Código Penal para caracterizar os crimes, aplicando-lhes as penas de acordo com a gravidade do crime. Nota-se que o Código Penal é a única base utilizada para as punições, não sendo utilizada outra lei como referência para os delitos cometidos. E, a depender do caso, muitos são absolvidos, por caracterizarem mero dissabor em simples comentários, não sendo considerados como crime.

Dessa forma, a prática dos crimes contra a honra em redes sociais ocorre em maior número através de comentários ofensivos, maculando

a imagem e propagando falsas informações de um indivíduo. A punição para estes casos ocorre na maioria das vezes de forma branda, com aberturas para que aconteça a reincidência, não atingindo o objetivo de punir o infrator para que não se perpetue novamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (4^a turma recursal). **Embargos de declaração 0009682-71.2018.8.16.0019**. Embargos de declaração. Crime contra a honra. Alegação de existência de omissão. [...] Manutenção da absolvição da parte querelada que se impõe. Embargos conhecidos e acolhidos. Rel.: Juíza Bruna Greggio. Jul. 05 out. 2020. Publ. 08 out. 2020. 2020a. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000013724181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0009682-71.2018.8.16.0019>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. (4^a turma recursal). **Apelação Criminal 0008784-25.2018.8.16.0030**. Apelação Criminal. Ação Penal de Iniciativa Privada. Artigo 139 e c/c 141, III do Código Penal. Crime de difamação. [...]Recurso conhecido e provido. Rel.: Juiz Aldemar Sternadt. Jul. 11 nov. 2020. Pub. 16 nov. 2020. 2020b. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000012188241/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008784-25.2018.8.16.0030#>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. (4^a turma recursal). **Apelação Criminal 0002835-34.2019.8.16.0014**. Apelação Criminal. Crime contra a honra. Art. 140 do Código Penal. Injúria. [...] Recurso conhecido e provido. Rel.: Juíza Bruna Greggio. Jul. 21 set. 2020. Pub. 30 set. 2020. 2020c. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000012253581/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002835-34.2019.8.16.0014>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. (2^a câmara criminal). **Apelação Criminal 0038311-83.2017.8.16.0021**. Apelação Criminal. Queixa-crime. Artigos 138,139 e 140 c/c artigo 141, III, todos do Código Penal. Sentença Condenatória. [...] Recurso desprovi-

do. Rel.: Desembargador Luís Carlos Xavier. Jul. 23 jan. 2020. Pub. 27 jan. 2020. 2020d. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010250281/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0038311-83.2017.8.16.0021>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Código Penal. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica — de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112735.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa

natural. LGPD. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

DONDA, Daniel. **Guia Prático de Implementação da LGPD**. São Paulo: Labrador, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EDUCA IBGE. **Uso da Internet Televisão e Celular no Brasil**, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 6 abr. 2021.

FARIAS, Liliane. Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>. Acesso em: 1 abr. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira; WENDT, Emerson. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

KAMINSKI, Omar. **Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

- LAPORTA, Taís. **Especialistas Ensinam como Prevenir-se de Ataques de Golpistas que Estão à Solta na Internet**. IG: São Paulo, 2015. Disponível em: encurtador.com.br/dlxZ0. Acesso em: 4 abr. 2021.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Parte especial. 11. ed. São Paulo: Método, 2018.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- THEODORO, Leonardo. Você sabe o que é jurisprudência? **Politize**, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/jurisprudencia-o-que-e/>. Acesso em: 6 abr. 2021.
- WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DA VIDA EM FACE DO HOMICÍDIO POR EUTANÁSIA PASSIVA

*João Henrique de Melo Elias*²⁷

PREMISSAS INICIAIS

O Direito Penal vem sendo cada vez mais exigido na sociedade atual devido a sua complexidade, e o Ministério Público vem atuando de forma sistemática para as soluções práticas do problema jurídico da eutanásia, aliado aos princípios da ofensividade e culpabilidade e à função do direito penal. A Constituição passou a guiar a política criminal e a dogmática jurídico-penal, a fim de conduzir o *parquet* para observância dos direitos fundamentais conferidos pela Carta Magna.

Analisaremos alguns dos obstáculos que permeiam o direito penal e a atuação do Ministério Público, bem como os institutos que ajudam no enfretamento da eutanásia passiva ou indireta, isto é, quando a morte é

27 Mestrando em Direitos Humanos pela UNIT; Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP; Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe; Ex-Advogado; Autor do Livro *Direito Pena Simbólico: A Dissimulação da Supressão do Direito Fundamental a Segurança Pública*; Coautor do Livro de Direitos Humanos da CAEDjus 2021; Ex-Monitor das disciplinas de Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Civil pela ASCES. Possui diversos artigos jurídicos científicos publicados em revistas científicas.

produzida quando o indivíduo está em situação terminal de vida para diminuir o seu sofrimento. Dentre os institutos que ajudam nessa seara estão o princípio da ofensividade ou lesividade, pois se verificará o grau de lesão ao bem jurídico — aliado ao instituto da culpabilidade — para verificar o grau da conduta humana para a sua reprovação. Da mesma forma, a análise também se aterá à crítica à função do direito penal — que tem sido alvo de várias discussões jurídicas —, para que, junto aos institutos citados, se possa suprir as divergências na bioética e no biodireito sobre a aplicação da eutanásia em seres humanos devido às suas consequências para a sociedade.

1. EUTANÁSIA

1.1. DEFINIÇÃO

Etimologicamente, a palavra "eutanásia" deriva do grego "eu", que significa "bom", e "thanatos" que significa "morte". Isso quer dizer, principalmente, boa morte, morte aprazível, sem sofrimento. Na verdade, trata-se de uma questão ética que a comunidade jurídica está obrigada a debater para encontrar uma solução justa para tal problema da modernidade, já que envolve o bem jurídico mais importante da humanidade: a vida. Assim, o Ministério Público deve agir de forma eficaz para resguardá-lo, atuando com base na legalidade sem deixar de observar outros ramos do conhecimento humano que podem contribuir para uma solução harmoniosa dos casos concretos que eventualmente surjam. Portanto, no decorrer do estudo, verificaremos se a tipificação da eutanásia como crime amplia o bem jurídico da vida, bem como suas consequências.

1.2. EUTANÁSIA PASSIVA: PROTEÇÃO DA VIDA

A eutanásia passiva é tema controvertido porque envolve várias ciências, principalmente a religião, o direito, a medicina e a filosofia, neste último destacando-se o campo da ética. A eutanásia passiva também é denominada de indireta, e consiste em provocar a morte de alguém que está doente em fase terminal de vida, desde que atestada por médicos especialistas na doença, para diminuir o seu sofrimento e de sua família. Em

geral, a eutanásia é praticada a pedido ou com o consentimento da própria vítima (GRECO, 2009 p. 196–197). Há várias discussões na doutrina acerca da eutanásia em relação à sua tipificação como crime para ampliar o bem jurídico da vida ou não intervenção do direito penal para que a eutanásia fique restrita a outras ciências, a exemplo da bioética. Para uma corrente minoritária, há desnecessidade de tipificar a eutanásia como crime, sob o argumento de que a vida não é um valor irrenunciável absoluto, visto que a Constituição e o Código Penal Militar excepcionam o bem jurídico da vida com a pena de morte. Nesse sentido é o pensamento de Scarlett Marton:

Ora, tomar a vida como bem supremo implica não só proibir categoricamente a eutanásia, impedindo o paciente de pôr termo a sofrimentos insuportáveis, como também aderir à distanásia, impondo a ele sofrimentos ainda maiores causados pelos tratamentos fúteis e pela obstinação terapêutica. (MARTON, 2016, p. 3).

Para essa linha de raciocínio, o crime de homicídio abrange também a proibição da eutanásia numa interpretação extensiva. Alegam também que a chamada “boa morte” tem base no princípio da dignidade do ser humano, tendo em vista que em condições de irreversibilidade a morte digna deve prevalecer; e, por fim, alegam que a eutanásia é socialmente aceitável, devendo ser aplicado o princípio da adequação social.

Para uma segunda corrente majoritária, a tipificação da eutanásia como crime amplia a proteção da vida humana porque restringe ainda mais condutas ofensivas ao bem jurídico da vida. Existe um interesse ético-político do Estado na conservação da vida humana, como condição de vida e desenvolvimento do conglomerado social ou do povo politicamente organizado, ou ainda como condição da sua própria existência (NORONHA, 1976, p. 23). Ao indivíduo, porém, nem a Carta constitucional, nem o código vigente, nem o projeto em estudo conferem, implícita ou explicitamente, o direito de matar (HIRECHE, 2012, p. 1). A natureza colocou em todo o ser vivo a aptidão inata de conservação, para defender seu corpo e sua vida, para evitar o que danifica, para procurar todo o necessário com o que viver, o alimento, o abrigo e outras coisas dessa espécie

(CICERO, 2002, p. 34). Tem esse mesmo entendimento Bruna Galperim e Monique Brandão. Vejamos:

Assim sendo, o Estado tem o dever de preservar, a todo o custo, a vida humana, que é bem jurídico supremo, ou seja, o poder público está obrigado a fomentar o bem-estar dos cidadãos e evitar que sejam mortos ou colocados em situação de risco. (GALPERIM, 2008, p. 1).

É regido pelos princípios constitucionais da inviolabilidade e irrenunciabilidade, ou seja, o direito à vida não pode ser desrespeitado sob pena de responsabilização criminal, nem tampouco pode o indivíduo renunciar a esse direito (GOTTEN, 2002, p. 1). Entendemos que ninguém pode dispor da vida porque é bem indisponível e um direito fundamental — e por isso cláusula pétrea —, portanto, é dever do Estado proteger este bem jurídico. Desse modo podemos usá-la e fruí-la, entretanto, não se pode dispor da vida mesmo com consentimento. Apesar de haver divergência na doutrina, a tipificação da eutanásia como crime amplia o bem jurídico da vida, portanto, caso haja um novo delito proibindo a eutanásia, protegerá ainda mais a vida humana. Já que o crime de homicídio abrange também a morte causada por eutanásia, embora nesse caso haja diminuição de pena, dependendo das circunstâncias em que seja cometido.

Nesse contexto, está a atuação do Ministério Público para analisar de forma sistematizada com observância das normas e com a ajuda das outras ciências sociais, observando a interdisciplinaridade que ajudará a guiar em busca de solução justa diante de um caso concreto. Para isso, como já dito, o *parquet* precisa estar alinhado com o princípio da ofensividade, a fim de se verificar se de fato há lesão ou perigo de lesão na conduta do acusado, pois a análise deve ser tênue, visto que muitas vezes envolve familiares ou pessoa próximas da vítima. Aliado a isso, também deve ser observada a culpabilidade — seja como princípio, seja como reprovação social — para proceder-se à análise de se houve ou não crime de eutanásia, notadamente quando desvirtua da função do direito penal, que é a de proteger os bens mais importantes do ordenamento jurídico.

2. CRIMES POR MEIO DA EUTANÁSIA PASSIVA: FORMAS DE ATUAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O Estado deve intervir somente para punir os delinquentes que violem os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Assim, é necessário verificar o processo histórico até chegar à aquiescência do princípio da ofensividade no direito penal atual. Antes de o princípio da ofensividade ser adotado nos dias atuais, houve resistência devido ao formalismo extremado do direito penal. A justiça penal “legalista” tem sua origem no Estado de Direito liberal, nascido no final do século XVIII e no princípio do século XIX. Ganhou força com a concepção positivista do Direito, que aponta que “Direito é o que está escrito na lei” (GOMES, 2006, p. 5). No nosso entendimento, este período foi importante para o direito penal — apesar de apresentar um pensamento uniforme e ultrapassado —, pois permitiu as premissas para o novo sistema penal adotado atualmente pelo Código Penal.

Posteriormente, nasce, entre 1900 e 1930, o neokantismo com a teoria dos valores baseado no pensamento de Kant. Dessa forma, os fatos e os bens jurídicos passam a ser valorados, ou seja, não cabe ao aplicador do direito somente aplicar a lei sem verificar a realidade social, econômica, cultural, dentre outras. Com o novo direito penal moderno os ideais puramente legalistas são considerados ultrapassados, sobretudo enquanto estivermos atrelados à modernidade, ou ao positivismo normativista. Considerando a pena um castigo, na visão neokantiana não podemos adotar os princípios do direito penal no Estado Democrático de Direito (CAMARGO, 1996, p. 14). A modernidade se caracteriza pela racionalização do homem, tendo na razão o que melhor pode aspirar o espírito humano, “em relação à unidade do saber, à capacidade das ideias, para dizer com Kant,” (CAMARGO, 1996, p. 05). É bom esclarecer que o pensamento legalista não foi eliminado com o neokantismo.

O rompimento desse sistema formalista só viria a acontecer — de modo claro e inequívoco — em 1970, com Roxin. Com a Modernidade surge o Funcionalismo, teoria criada por Roxin, que preconizou que o direito penal tem como objetivo proteger os bens jurídicos mais

relevantes. Para Roxin, o direito penal deve ter intervenção mínima. Por conseguinte, ganham forças os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da insignificância e da ofensividade. Daí a relevância do princípio da ofensividade para a modernidade, ou seja, para haver crime deve haver lesão a bem jurídico relevante, que é um dos fundamentos da teoria da imputação objetiva de Roxin. Concordamos com esse pensamento, porque entendimento diferente pode implicar no direito penal excessivamente intervencionista, em suma, o Estado criminalizaria vários bens jurídicos sem necessidade. Nesse contexto, o princípio da ofensividade ganha grande destaque para ajudar o Ministério Público a solucionar os problemas jurídicos relacionados a Eutanásia, pois serve como uma espécie de dosador de até em que ponto o direito penal deve intervir.

Além disso, para a moderna teoria constitucionalista do delito, o princípio da ofensividade se tornou um dos requisitos da tipicidade material que é juízo de valoração (desaprovação) do resultado jurídico, que consiste na ofensa desvaliosa ao bem jurídico. Resultado jurídico desvalioso (desvalor do resultado) significa: (a) uma ofensa real ou concreta; (b) transcendental; (c) grave; (d) intolerável; (e) objetivamente imputável ao risco criado; e (f) que esteja no âmbito de proteção da norma (GOMES, 2006, p. 9). Todavia, não estamos preparados para a implantação dessa teoria, notadamente na seara penal no tocante à eutanásia, porque existem resquícios do positivismo no ordenamento jurídico, devendo ser realizada primeira uma reforma no código penal para sua implementação.

É de ressaltar que a moderna teoria da tipicidade conglobante, de Zaffaroni, utiliza-se do princípio da ofensividade. Para o autor mencionado, a tipicidade nos crimes dolosos é complexa e divide-se em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva é composta de uma parte sistemática e outra conglobante. Da primeira fazem parte a conduta, o resultado naturalístico (em alguns crimes), o nexó de causalidade e a adequação típica do fato à letra da lei. Integram a segunda (a) a lesividade e (b) a imputação objetiva (GOMES, 2006, p. 15). Já essa teoria faz um filtro importante em relação à conduta praticada pelo agente na prática do crime, no sentido de que não há crime se a conduta for fomentada pelo Estado. Nesse sentido, essa teoria também não é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro em relação à eutanásia, visto que o sistema criminal não fomenta tal prática, já que a Constituição protege a vida.

Segundo o princípio da ofensividade ou lesividade, para que o crime ocorra é necessário que a conduta cause perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Dessa forma, sem dano ao bem jurídico não há violação da lei penal. A primeira vertente do princípio da lesividade pode ser expressa pelo brocardo *Cogitationes Poenan Nemo Patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais (GRECO, 2009, p. 53). A terceira função do princípio da lesividade é a de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é e não pelo que fez; busca-se, assim, que seja erigido um autêntico direito penal do autor (GRECO, 2009, p. 54).

Para a maioria dos doutrinadores, o direito penal moderno deve exigir que o crime seja de perigo concreto, e para essa corrente não cabe mais ao legislador tipificar os crimes como de perigo abstrato. Por outro lado, o Ministério Público deve atuar de forma independente, pois os tribunais superiores entendem que os crimes de perigo abstrato são constitucionais. Nesse ponto, a atuação ministerial deve se pautar em analisar o princípio da ofensividade à luz da Constituição e, quando necessário, aplicá-lo nos casos concretos no tocante à eutanásia passiva para se fazer justiça.

Portanto, o princípio da ofensividade ajudará o Ministério Público como uma espécie de dosador quando o órgão estiver diante do problema de eutanásia, auxiliando-o a decidir qual a melhor solução para determinado caso. Além disso, poderá auxiliar que o membro do *parquet* retire a carga valorativa que possui devido à sua cultura, religião, política, dentre outros valores que influenciam sua vida pessoal para que tenha uma decisão jurídica técnica baseada nos fatos e não de forma subjetiva.

2.2. CULPABILIDADE

Em relação ao tema culpabilidade há divergências entre os doutrinadores acerca das diferenças entre o princípio da culpabilidade e a culpabilidade como terceiro requisito do conceito analítico de crime. Para alguns doutrinadores os conceitos são semelhantes, para outros há distinção. Entretanto, entendemos que a diferença é tênue devido à culpabilidade estar presente em ambos os institutos jurídicos.

2.2.1. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade tem as seguintes características: a responsabilidade é individual, as penas devem ser proporcionais, há correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, limita o poder de punir do Estado, é genérico (aplica-se em qualquer caso), trata-se de política criminal (só deve haver pena para quem violar a norma penal), analisa-se o caso concreto, e é entendido em sentido amplo.

Para a corrente defendida por Rogério Greco (GRECO, 2009, p. 90), o princípio da culpabilidade abrange a culpabilidade como elemento do crime, vez que o princípio da culpabilidade possui três sentidos: 1º) elemento integrante do conceito de crime, 2º) princípio medidor de pena e 3º) princípio impedor da responsabilidade penal objetiva. O princípio da culpabilidade, na atualidade, significa, em suma: (a) que está proibida a responsabilidade penal de quem não podia agir de modo diverso (inimputabilidade, erro de proibição etc.) e (b) que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) (GOMES, 2006, p. 105). Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime (BECCARIA, 2004, p. 49). Encontrar para o crime um castigo que lhe convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito (FOUCAULT, 1997, p. 87).

Para o Ministério Público, tal princípio é imprescindível na sua atuação prática para analisar as condutas criminais envolvendo eutanásia, pois permite que se faça um julgamento justo com análise comente dos fatos praticados pelo réu. Permite, portanto, a análise da culpabilidade com dados concretos presentes nos autos.

O princípio da culpabilidade ajudará o promotor de justiça quando estiver diante de um processo criminal envolvendo eutanásia passiva, pois na tipificação do crime na denúncia e na sua condenação observa-se a proporcionalidade da pena em relação a conduta do réu. Isso pois a justiça deve ser baseada em fatos e provas concretas que estejam presentes nos autos; com isso, tal princípio servirá como um meio de dosagem para que se analise com mais atenção o comportamento do acusado no momento do crime.

2.2.2. CULPABILIDADE: ELEMENTO DO DELITO

A culpabilidade como terceiro elemento do crime diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e lícita praticada pelo agente (GRECO, 2009, p. 89). Para a clássica doutrina penal, que define o crime como fato típico, antijurídico e culpável, a culpabilidade integraria o conceito de crime. É de ressaltar que a doutrina minoritária entende que a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime:

Há uma outra corrente (que seguimos) que pensa de forma contrária e afirma que ela se encontra no rol das mais relevantes categorias do direito penal (norma, tipicidade, antijuridicidade, punibilidade, culpabilidade e pena, mas não faz parte do conceito de delito). (GOMES, 1996, p. 3).

Assim, como elemento do crime tem as seguintes características: é a reprovação da vontade, ocorre quando o agente podia e devia agir de modo diverso; faz parte do conceito analítico de crime; incide sobre o fato; limita o poder de punir do Estado; há juízo de reprovação pelo direito penal (concepção normativa); é entendido em sentido estrito, ou seja, dogmático (deve-se preencher requisitos para atribuir o crime a alguém); a responsabilidade também é pessoal, a pena é aumentada ou diminuída com a maior ou menor culpabilidade do agente; e tem as funções de fundamentar a pena, limitar a pena e gradação da pena. Nesse sentido, a culpabilidade pode ajudar o Ministério Público na análise das condutas criminais de eutanásia, pois será necessário verificar se de fato houve crime ou não. Em caso positivo, tal princípio poderá ser utilizado para saber o grau de reprovabilidade para a aplicação da pena.

Como se vê, a culpabilidade está presente no nosso Código Penal, ora explicitamente, ora implicitamente, cumprindo várias funções (de fundamento da pena, de limite da pena e de graduação da pena) (GOMES, 1996, p. 16). Segundo a teoria de Welzel, todos os elementos da culpabilidade têm natureza normativa, porquanto implicam um juízo de valor (daí o nome Teoria normativa pura da culpabilidade) (ESTEFAM, 2008, p. 71). O resultado lesivo ao direito, oriundo da ação do sujeito ati-

vo, há de ser-lhe atribuído a título de culpa em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa (NORONHA, 1974, p. 97).

Portanto, o Ministério Público deve observar também a culpabilidade como terceiro elemento do crime, no sentido de reprovação que deve ser analisada na aplicação da pena nos casos concretos de eutanásia passiva. Para isso, deve ter amplo conhecimento de suas características para permitir que o promotor de justiça analise de forma adequada os fatos e ajude como fiscal da lei na punição do autor da eutanásia. Isso traz segurança jurídica para as decisões e transparência para a defesa e o *parquet*, que deve se pautar pela justiça.

3. A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E A EUTANÁSIA

O direito penal desempenha o papel de proteção de bens jurídicos. Entretanto, essa função é desvirtuada com o chamado direito penal simbólico, que se manifesta, dentre outras formas, mediante propostas políticas que visam explorar o medo e a sensação de insegurança da população. Daí a importância do Ministério Público para combater eventuais ilegalidades dos desvios pelos integrantes do sistema penal que, porventura, desviem a verdadeira finalidade do direito penal em relação à eutanásia passiva. Notadamente, na punição proporcional dos crimes oriundos da eutanásia, o promotor não pode ser influenciado pela grande mídia — meios de comunicação em massa — para analisar os fatos de acordo com sua convicção jurídica sem alinhamento a subjetivismos ou elementos que não estão no processo.

Portanto, o Ministério Público deve atuar de forma firme para que se cumpra a finalidade do direito penal, zelando pela sua integralidade principalmente no tocante à apuração e tipificação da eutanásia passiva quando da elaboração da denúncia, pois tem como uma de suas funções a guarda da Constituição e a proteção da população do ponto de vista jurídico. Assim, deve-se verificar que a atuação do *parquet* serve para que a função do direito penal seja preservada a fim de que não haja tribunais de exceção com julgamentos injustos e ilegais, devendo-se ajuizar ações cíveis e criminais para combater eventuais ilegalidade cometidas no tocante aos crimes envolvendo eutanásia passiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pós-modernidade surgiram vários problemas para serem enfrentados pelo direito penal, com reflexões na seara do direito cibernético, do direito espacial, do biodireito, do sociologia do direito, da filosofia do direito, dentre outros. A eutanásia passiva não foge dessa regra de temas difíceis para o direito penal. Assim, o princípio da ofensividade ou lesividade tem relevância significativa, pois auxilia o Ministério Público na resolução dos casos concretos. O princípio da ofensividade fornece elementos para que o direito penal seja mais justo na eutanásia passiva, sendo imprescindível que a conduta do criminoso cause perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, para que o direito punitivo estatal possa atuar com legalidade. O princípio da culpabilidade e a culpabilidade como elemento da pena também se tornam aliados do *parquet*, pois ajudam na verificação da reprovação social caso haja crime em relação às condutas de eutanásia passiva, bem como na gradação da punição proporcional. A função do direito penal também deve ser observada pelo Ministério Público na eutanásia passiva, pois deve-se proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade.

A vida é um direito fundamental considerado o mais importante da Constituição e, por isso, deve ser preservada pelo legislador. É de ressaltar que a eutanásia passiva será objeto de discussões jurídicas durante muito tempo, devido ao tema ser complexo por envolver a ética, o direito, a ética, a filosofia, a cultura, a sociologia, a medicina e a religião.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Contradições da modernidade e Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 16, p. 114–126, 1996. Material da 1ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Pós-graduação Lato Sensu Tele Virtual em Ciências Penais — Universidade Anhanguera (Uniderp REDE LFG).

- CICERO, Marcos Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ESTEFAM, André. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História das Violências nas Prisões*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALPERIM, Bruna; BRANDÃO Monique. *Eutanásia: Direito à Vida ou Obrigação Dela?* WebArtigos, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/eutanasia-direito-a-vida-ou-obrigacao-dela/12806/>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DEMOLINA, Antonio. *Direito Penal. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Parte Geral. Volume 1*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Evolução das ideias penais*. Material da 1ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Ciências Penais — Universidade Anhanguera (Uniderp|REDE LFG).
- GOMES, Luiz Flávio. *Tipo, tipicidade, tipicidade material e tipicidade conglobante*. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOTTEN, Glenda Frances Moraes. *Eutanásia x Direito a Vida*. 2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/600/Eutanasia-X-Direito-a-vida>. Acesso em: 3 ago. 2021.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HIRECHE, Gamil Föppel El. Tutela Penal da Vida Humana: Anotações sobre a Eutanásia. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br>. 2012. Acesso em: 14 ago. 2021.

MARTON, Scarlett. Eutanásia: A favor ou Contra? Revista Filosofia, Editora Escala, 2016. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/38/artigo147877-1.asp>. Acesso em: 10 ago. 2021.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal. Volume II. Parte Especial. Dos Crimes Contra a Pessoa e dos Crimes Contra o Patrimônio. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS DO ARTIGO 181 DO CP COMO OPORTUNIDADE PARA A IMPUNIDADE

*Maria Neurilane Viana Nogueira*²⁸

*Juliana Wayss Sugahara*²⁹

*Gabrielly de Sousa Alves*³⁰

*Vinícius Dias de Moura*³¹

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro foi sancionado em 1940. O cenário social dessa época era composto por uma sociedade patriarcal e conservadora, em que a honra familiar possuía alta estima e era decisiva para que as pessoas tivessem boa convivência na comunidade. Diante desses fatos, é notória a influência desse contexto cultural na estruturação do Código Penal (CP), evidenciando leis condizentes com os valores sociais daquela época.

28 Doutora em Educação (UFC-CE), Especialista em Direito Público (Faculdade Cândido Mendes-RJ), graduada em Direito (UNIFOR), Avaliadora do INEP, Docente do Curso de Direito da UNIFAMETRO.

29 Doutora e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente, pela UFC. Docente e Coordenadora do Curso de Direito da UNIFAMETRO. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS e em Gestão Ambiental pela Universidade Metodista de São Paulo.

30 Graduada em Direito pelo Centro Universitário — UNIFAMETRO.

31 Graduando em Direito.

A título de exemplo, temos o art. 181 do CP, objeto deste trabalho. O dispositivo em epígrafe prevê imunidade penal para crimes patrimoniais, cometidos no âmbito familiar, ou seja, envolvendo marido, esposa, filhos, avós e netos. Desde que tais condutas sejam executas sem violência ou grave ameaça à vítima, ocorre a aplicação da imunidade penal, tornando então impossível que o Estado exerça qualquer tipo de punição sobre o agressor. A doutrina nomeia essa imunidade penal como Escusa Absolutória.

A justificativa para essa proteção se dá pelo desejo de preservar a imagem da família na sociedade, pois para os legisladores da época o dano patrimonial era suficientemente doloroso para que ainda houvesse exposição do erro perante a comunidade, o que, diante dos valores da época, causaria a segregação da “família envergonhada”.

Não obstante a previsão do artigo em questão ainda constar no código penal, temos que os valores sociais mudaram. A preservação da imagem da família não possui mais a mesma importância frente a outros valores, como, por exemplo, a proteção patrimonial e a preservação do direito da mulher. Ademais, a prática desses delitos em âmbito familiar tem ocorrido de maneira cada vez mais cruel e recorrente, com a presença da utilização da confiança encontrada no vínculo familiar para o cometimento de crimes.

É adequado ressaltar a importância da família como campo de formação de vidas, como também é necessário ressaltar o esforço despendido para mantê-la, bem como o dever que cada membro possui de promover o seu bem-estar e crescimento saudável. Diante disso, é necessário que a família seja um bem protegido.

Mas protegido de modo diferente do que era no século XX: a proteção não deve estar pautada em julgamentos sociais, mas, sim, na proteção dos membros e da família como instituição que precisa ser protegida de crimes financeiros que promovem graves consequências.

Face ao exposto, surgem alguns questionamentos: o que é o instituto da escusa absolutória e quem são os legitimados? Quais são os conflitos de normas que ocorrem entre a Lei Maria da Penha (LMP) e o Código Penal Brasileiro? Quais são os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da escusa absolutória e a Lei Maria da Penha?

Com base nessas questões norteadoras, elegemos como objetivo geral deste trabalho discutir a (in)adequação do artigo 181 do CP diante da nova necessidade social de punir danos causados por crimes patrimoniais praticados em âmbito familiar.

Nesse passo, elegemos como objetivos específicos: conceituar a Escusa absolutória, contextualizando a realidade social da época em que a imunidade foi criada; discorrer sobre o dano social, emocional e patrimonial que as vítimas dessa conduta sofrem; discutir o possível conflito entre o Código Penal e a Lei Maria da Penha, bem como expor os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, utilizando a metodologia consistente em uma pesquisa dedutiva, analisando a escusa absolutória e suas consequências sociais, fundamentando suas defesas em um estudo bibliográfico de pesquisa aplicada, por meio de doutrinas, artigos científicos, periódicos, trabalhos monográficos e jurisprudência acerca do assunto em estudo.

1 A ESCUSA ABSOLUTÓRIA E O DISPOSTO NO ARTIGO 181 DO CP

A Escusa Absolutória — encontrada no art. 181, no Título II da Parte Especial do Código Penal, intitulado de *Dos Crimes Contra o Patrimônio* — é uma causa de exclusão de pena, nomeada pela doutrina de imunidade penal absoluta, de imunidade material, condições negativas de punibilidade ou causas pessoais de exclusão de pena (MASSON, 2014, p. 572).

A Escusa Absolutória é a imunidade concedida ao autor de um dos crimes do rol Dos Crimes Contra o Patrimônio do Código Penal que forem cometidos sem grave ameaça ou violência à vítima. É determinante para a aplicação da imunidade que o autor e a vítima possuam relação afetiva, conforme detalha o artigo 181, “É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I — do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II — de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.”

Diante de um contexto histórico, o instituto da escusa absolutória surgiu em meio a uma sociedade patriarcal, para a qual a fama familiar era

importante para a boa convivência em sociedade. Portanto, quando um familiar furtava um de seus membros, era preferível sofrer o dano da perda patrimonial do que ter a honra da família sendo exposta ou maculada (NUCCI, 2014).

Portanto, para efeitos de aplicação penal, quando a imunidade é cabível, ocorre a extinção da punibilidade, ou seja, o Estado fica impossibilitado de exercer punição sobre o autor da conduta, ficando impossível a instauração de ação penal e até mesmo do inquérito policial. Assim, a instauração de ação penal seria possível apenas nas causas em que haja dúvidas sobre o parentesco e sobre o vínculo conjugal, ficando viável a instauração do inquérito em paralelo à apuração de provas de confirmação de parentesco. Tendo em vista que a escusa possui caráter pessoal, é necessário que o autor e a vítima sejam familiares, ascendentes ou descendentes, cônjuges ou companheiros.

Ademais, é preciso detalhar quem são os beneficiários da Escusa Absolutória. Desse modo, há aplicação da escusa no vínculo entre cônjuges, na constância do casamento, não importando qual tenha sido o regime de bens, sendo esta instituição em que só há dissolução mediante divórcio ou falecimento de um dos cônjuges. Portanto, os separados de fato ainda são privilegiados pela aplicação da imunidade (CAPEZ, 2012).

Além dos cônjuges, são também beneficiários os companheiros que vivem em união estável, pois desde a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 3º, a união estável passou a ser reconhecida como instituição familiar e de mesmo direito de proteção que há no casamento. É importante destacar que com a ADI 4277 e a ADPF 132 a união estável homoafetiva também foi reconhecida pelo Direito Brasileiro. Assim, consequentemente, os companheiros enquadrados neste tipo de união também são beneficiários da Escusa Absolutória.

Além dos beneficiários conjugais, há também a concessão de imunidade para os ascendentes e descendentes, independente de os ascendentes serem adotivos ou fruto de relação extraconjugal. Portanto, os favorecidos são: filhos, pais, avós, netos, bisavós e bisnetos, parentes em linha reta, não beneficiando os parentes por afinidade (NUCCI, 2014).

A seguir, abordaremos a violência patrimonial e a regulamentação da Lei 11.340/06, bem como as discussões pertinentes ao tema.

1.1 A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL E A LEI 11.340/06

No texto legal da Lei Maria da Penha, mais precisamente no art. 7º, há a descrição de quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo elas: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A análise se limitará a tratar da violência patrimonial que se depara frente ao objeto de estudo deste trabalho, a escusa absolutória.

A violência patrimonial é descrita na referida lei em seu art. 7º, inciso IV, como sendo qualquer conduta que retenha, subtraia, destrua objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos incluindo os destinados a satisfazer as necessidades da mulher. É diante dessa garantia de proteção que observamos a desarmonia entre a Lei Maria da Penha e o Código Penal, com a presença da Escusa Absolutória que uma causa de extinção de pena contra crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça cometidos no âmbito familiar de linha reta.

Assim como as outras formas de violência, a violência patrimonial é danosa pois retira da mulher o direito de subsistência, gerando um abuso econômico que pode impossibilitar a alimentação, a vestimenta, a moradia — direitos fundamentais da vida humana que são relativizados ou desprotegidos em função do princípio da copropriedade familiar (HUNGRIA, 1955), que se contrapõe ao princípio de proteção à propriedade, que garante ao possuidor o direito de usar, gozar e fruir de seu bem (Art. 5º, XXII, CRFB).

A contraposição entre esses dois princípios demonstra dois valores sociais em épocas diferentes. O primeiro, o princípio da copropriedade familiar, é usado como embasamento para manter o valor social da época (Código Penal de 1945), que era a honra da família. Tal honra seria violada ou exposta nas ocorrências de, por exemplo, furto entre os membros, o que tornaria a fama da família maculada, sendo preferível, para a época, o dano econômico à vítima ao desprestígio social da família (HUNGRIA, 1955).

Quanto ao segundo princípio, o da proteção à propriedade, há o fundamento de que o Estado é garantidor da proteção à propriedade privada, em que, no caso de dano, o possuidor poderá demandar/representar contra o agente danoso, sendo familiar ou não. Esse princípio diz respeito

à realidade social atual, em que a sociedade prefere a proteção do bem à honra familiar, surgindo, então, o impasse sobre qual princípio deve se sobrepor na violação da propriedade no âmbito familiar.

Acrescente, ainda, que além do impasse principiológico, há a característica de especialidade da LMP que não acrescenta novo tipo penal, mas especifica condutas de lacunas do CP ou atualiza a aplicação de sanções por meio de majorações ou agravantes de pena (PORTO, 2012, p. 23).

Veras e Araújo (2018) defendem que, se a violência patrimonial à mulher for silenciada pela imunidade penal absoluta, trará sob a LMP um teor de letra morta, gerando um retrocesso aos direitos das mulheres.

Campos de Corrêa (2007) entende que a revogação deveria ter sido feita nos moldes do que foi feito em relação à violência patrimonial cometida ao idoso (art. 183, III, CP). Assim, mantém-se o entendimento de Rogério Sanches e Campos de Corrêa, em que se mantém a aplicação da Escusa Absolutória.

Embora se tenha uma imunidade penal absoluta para aqueles que cometem crimes patrimoniais no âmbito familiar, também há medidas para impedir que a violência patrimonial ocorra ou se perpetue no tempo.

A Lei Maria da Penha tem em si algumas medidas protetivas, dispostas nos artigos 23 e 24, sendo que o primeiro versa sobre medidas para todos os tipos de violência contra a mulher; o segundo, por sua vez, versa especificamente em relação aos casos de violência patrimonial cometidos contra a mulher.

Conforme o art. 23 da LMP, o Juiz poderá encaminhar a vítima e seus dependentes para um programa comunitário de proteção, bem como determinar a mudança de domicílio das vítimas, além de proibir a aproximação do agressor à família e impedir que haja comunicação entre ele e a vítima; além disso, resguarda a agredida de ser impedida de ter a guarda de seus dependentes.

No art. 24 da LMP tem-se as medidas protetivas específicas para os crimes patrimoniais, sendo elas: restituição de bens à vítima; proibição temporária de compra, venda ou locação de bens em comum aos cônjuges; suspensão de procuração concedida pela vítima ao agressor; e garantia de caução para a vítima, da parte do agressor, para possível indenização por perdas e danos.

2 POSSÍVEL CONFLITO DE NORMAS ENTRE O ART. 181 DO CP E A LEI 11.340/06

2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: FAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA ESCUSA

O ordenamento jurídico brasileiro é formado por leis, doutrinas, costumes, jurisprudências, analogias e por tratados internacionais, entendidos como fontes do direito. É nesse cenário que analisaremos o que a lei, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo acerca do conflito de lei entre o art. 181 do CP e o art. 7º da LMP.

O art. 181 do CP é inequívoco ao definir a concessão da imunidade absoluta e no esclarecer de quem são seus legitimados. Por seguinte, o art. 7º da LMP conceitua o que é violência doméstica, sendo uma das modalidades de violência preconizadas a violência patrimonial — que é alvo de isenção de pena pelo art. 181 do CP.

Diante desse conflito, há entendimentos tanto favoráveis quanto contrários na doutrina. Entretanto, a jurisprudência tem sido unânime ao decidir favorável a aplicação da escusa absolutória. Como pode ser observado nos julgados a seguir:

ESTELIONATO — ESCUSA ABSOLUTÓRIA — UNIÃO ESTÁVEL. O legislador, ao estabelecer a benesse do art. 181 do CP — escusa absolutória — preocupou-se com a preservação da família, afastando a possibilidade de aplicação de pena, apesar de reconhecer a existência de delito, àquele que praticou delito patrimonial contra pessoa de seu núcleo familiar. O fato de o Estado reconhecer na união estável a existência de uma entidade familiar, lícita, que estabelece direitos e obrigações praticamente idênticas ao matrimônio, deve ser estendido ao direito penal. (TJ-MG — APR: 10024026999458001 Belo Horizonte, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 10/11/2009, Câmaras Criminais Isoladas / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/02/2010).

Trata-se de um caso no qual o cônjuge tomou posse de dois talonários de cheque de sua companheira e falsificou a assinatura dela.

É importante ressaltar que no ato da denúncia a união estável não foi de conhecimento das autoridades competentes e, por conta disso, prosseguiu com o andamento. Pois, caso fosse de conhecimento da autoridade policial, nem mesmo o inquérito policial seria instaurado, já que a imunidade é absoluta sobre os companheiros, ocasionando extinta a punibilidade sobre o agente.

Portanto, como não foi dado ciência à jurisdição, o cônjuge foi condenado a dois anos e sete meses de reclusão. Porém, com a condenação, foi interposto recurso pleiteando a absolvição mediante declaração do vínculo de união estável entre vítima e agressor, no tempo em que os talonários de cheques foram subtraídos e fraudados.

O colegiado entendeu pela aceitação do recurso baseado no entendimento de extinção de punibilidade para delitos cometidos entre cônjuges, ascendentes ou descendentes, sem grave ameaça ou violência à vítima, presentes no rol dos crimes contra o patrimônio do Código Penal Brasileiro, transcrição do artigo 181 do CP.

É do saber que o conflito ocorreu entre companheiros, viventes em união estável, e por entendimento da Constituição Federal Brasileira a união estável é equiparada ao vínculo do casamento (art. 226, § 3º CRFB), como também o Código Civil, em seu art. 1.723, a reconhece como entidade familiar quando o vínculo afetivo entre o homem e a mulher é configurado na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. Sendo assim, como o casamento, a união estável também é alvo da escusa absolutória do art. 181 do CP.

Portanto, o recurso foi aceito baseado nesse entendimento de que assim como os partícipes do casamento, os da união estável também devem ser protegidos com o intuito de preservar a família.

É com base nesse entendimento de preservação da família que os tribunais têm decidido. O julgado acima foi um exemplo de aplicação da escusa sem muitas discussões doutrinárias, com apenas a aplicação direta e expressa do art. 181 do CP, não sendo posto em pauta o art. 7º da LMP que traz em si o objetivo de garantir o patrimônio feminino de violações por meio dos vínculos conjugais.

Seguindo o mesmo entendimento, porém em situação diferente, temos o julgado a seguir, tratando da atuação da escusa em vínculo conjugal de separação de corpos, em que o cônjuge se apropriou do veículo da

esposa pelo período de dois meses, somente entregando o veículo à proprietária sob presença de oficial de justiça.

PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. INVIABILIDADE. PENA DE UM ANO DE RECLUSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE QUATRO ANOS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO LOGO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUE NÃO CORRE DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO (ART. 89, § 6º, DA LEI 9.099/95). INOCORRÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS DA PRESCRIÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. TERMO DE ACORDO DE SEPARAÇÃO E ALIMENTOS SEM HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. DOCUMENTO INAPTO A PÔR FIM À SOCIEDADE CONJUGAL. **APLICABILIDADE DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA DO ART. 181, INCISO I, DO CÓDIGO** *Apelação Criminal nº 941.634-0* **PENAL. RÉU QUE ERA CÔNJUGE DA VÍTIMA À ÉPOCA DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE (ART. 386, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).** PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA ATUAÇÃO EM GRAU RECURSAL. VERBA HONORÁRIA QUE INCLUI A ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. ADMITIDA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO DE ACORDO COM A TABELA ATUALIZADA DA OAB/PR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar na extinção da punibilidade do apelante ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal — nas modalidades retroativa ou superveniente — se não verificado o decurso do lapso prescricional entre os marcos interruptivos da prescrição. **Tratando-se de delito de apropriação indébita cometido durante a constância da sociedade conjugal, é de rigor a absolvição pela aplicação da escusa absolutória do art. 181, inciso I, do**

Código Penal. Os honorários advocatícios fixados pelo Juízo singular já incluem o trabalho em segundo grau de jurisdição. No entanto, devem ser majorados se estão aquém do valor definido na tabela da OAB/PR. Apelação Criminal nº 941.634-0 (TJPR — 3ª C.Criminal — AC — 941634-0 - Guaíra — Rel.: Juiz Jefferson Alberto Johnsson — Unânime - J. 31.01.2013) (TJ-PR — APL: 9416340 PR 941634-0 (Acórdão), Relator: Juiz Jefferson Alberto Johnsson, Data de Julgamento: 31/01/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1044 22/02/2013).

Ocorre que mesmo com a apropriação de bem alheio, crime disposto no art. 168 do CP, o agente danoso não pôde ser punido, pois está amparado pela imunidade penal absoluta que exclui a possibilidade de que a pena recaía sob ele, mesmo que o casal não esteja mais vivendo uma vida conjunta — visto que em documentos o casamento está vigente e válido, portanto, passível de aplicação da escusa. Vê-se nesse caso a importância dos documentos como meio válido de comprovação, pois influi diretamente na aplicação da lei: como havia o casamento em documento, o agente foi isento, sem discussão de aplicabilidade, devido o art. 181 do CP ser objetivo e direto na legitimação da imunidade para aqueles que são cônjuges (entende-se que os bens são conjuntos).

Outro julgado que demonstra a aplicação direta da escusa sem discussões doutrinárias é o adiante, que ocorre entre ascendente e descendente, que, apesar de não ser a discussão central deste trabalho, demonstra o padrão que o judiciário tem tomado: a aplicação direta do art. 181 do CP.

CRIANÇA E ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 155, II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO A ATIPICIDADE DA CONDUTA ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, **BEM COMO DE CONCESSÃO DE ESCUSA ABSOLUTÓRIA**. IMPOSSIBILIDADE ANTES AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA EDUCATIVA E NÃO PUNITIVA DA MEDIDA PERPETRADA PELO JUIZ A QUO. ADOLESCENTE

INFRATOR EM PROCESSO DE FORMAÇÃO DE CARÁTER. NECESSIDADE DE TOMAR CIÊNCIA DA ILICITUDE DO SEU ATO E DAS CONSEQUÊNCIAS QUE PODERÃO LHE ADVIR SE REINCIDIR. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRA-CIONAL ANÁLOGO A FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CENSURÁVEIS. **ATO COMETIDO CONTRA ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, II, CP). INAPLICABILIDADE.** MEDIDA SEM CARÁTER PENAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRN, 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 009.009839-4. Relator Desembargador Saraiva Sobrinho. Julgado à unanimidade em 08 de janeiro de 2010.) (TJ-RN - AC: 109587 RN 2009.010958-7, Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Data de Julgamento: 11/02/2010, 3ª Câmara Cível).

Sendo assim, observa-se um padrão entre as decisões judiciais, em que as análises dos julgados são feitas com aplicação da escusa absolutória para cônjuges, ascendentes e descendentes nos crimes contra o patrimônio cometido entre si.

A discussão de aplicação da Lei Maria da Penha não chega a ser pauta, pois para quem defende a aplicação direta do art. 181 do CP, entende que a LMP foi omissa ao revogar de modo expresse a aplicação dessa escusa para os crimes cometidos contra o patrimônio da mulher.

2.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: DESFAVORÁVEL À APLICAÇÃO DA ESCUSA

Mesmo com a unanimidade de decisões judiciais pela aplicabilidade da escusa absolutória, há quem discorde. A doutrina tem se dividido entre favorável e desfavorável à concessão da imunidade absoluta e ela tem gerado discussões acerca da alteração do texto legal, por meio de projetos de Lei.

A parte da doutrina que acredita que a escusa não deve ser aplicada respalda seu posicionamento na importância da proteção dos direitos das mulheres, na eficácia da aplicação da Lei Maria da Penha e do cumprimento da Convenção de Belém do Pará, da qual o Brasil é signatário.

Ocorre que o art. 7º da LMP não revoga expressamente a imunidade concedida pelo art. 181 do CP, diferentemente de como procedeu o Estatuto do Idoso. Essa parte da doutrina, mais precisamente Maria Berenice Dias, defende pela não aplicabilidade, entendendo que a revogação do texto legal do art. 181 do CP foi feita tacitamente no momento em que o art. 7º define o que é a violência doméstica e inclui, em seu rol, a violência patrimonial — que, embora não seja uma violência cometida sob grave ameaça ou sob ataque à integridade física, é cometida sob violência de dano no patrimônio e, por muitas vezes, devido ao vínculo afetivo e de lealdade entre cônjuges, ocorrendo então sob violência.

É sob essa perspectiva, de que ocorre uma violência, que para esses estudiosos o art. 181 do CP é revogado tacitamente nos casos em que ocorre contra a mulher, pois o art. 7º da LMP dispõe que o dano gerado ao patrimônio da mulher é um tipo de violência doméstica, portanto, ocorrendo a violência, o art. 183 do CP invalida a concessão de imunidade para os agressores que ferem o patrimônio da mulher; isso pois, embora não haja uma violência física, há a tipificação de violência patrimonial, e, consequentemente, encontra-se presente a violência, fator que impossibilita a escusa absolutória (LIMA, 2015, p. 919).

Para Veras e Araújo (2018), a aplicabilidade dessa imunidade torna a LMP ineficaz, como letra morta, ferindo o princípio da especialidade que define que a lei especial (Lei Maria da Penha) derroga a lei geral (Código Penal), como também fere o princípio da suprallegalidade que coloca os tratados e convenções (Convenção de Belém do Pará) a mesmo nível das leis de direito interno (Código Penal).

Essa parcela da doutrina acredita que a lei poderia ser corrigida da seguinte forma: a possibilidade da vítima de representar contra o algoz, se assim desejar, como ocorre no caso da imunidade relativa do art. 182 do CP; a outra possibilidade é a de revogar o art. 181 do CP, pois as ideias sociais não se estimam mais na proteção excessiva à honra da família ao ponto de impedir a punição para não gerar sua má fama, mola propulsora

em que surgiu tal imunidade absoluta, objetivando resguardar a família e não a propriedade.

A família é uma das mais importantes instituições da sociedade, pois é nela que ocorre a formação de caráter das pessoas: é na convivência, na exortação, no encorajamento e na consolação do seio familiar que as pessoas ficam prontas para lidarem com a sociedade externa ao lar. Portanto, ela não pode ser utilizada como palco para a impunidade por meio da prática de delitos, sem a devida punição corretiva e reparadora.

Ocorre que, com a existência da escusa absolutória que permite a exclusão de pena sobre o agente praticante dos crimes previstos no rol dos crimes contra o patrimônio do CP, possibilita a existência de crimes entre familiares que, sabendo da isenção de pena, praticam recorrentemente furtos e apropriações de bens alheios — bem como permite a ocorrência de golpes Don Juan, que são aqueles que praticados por homens que, utilizando-se de um relacionamento amoroso, aplicam golpes contra suas parceiras, gerando mais uma mácula na sociedade.

Ademais, no vínculo conjugal há o laço afetivo e o elo de confiança, em que nos casos em que a escusa impossibilita a aplicação de pena, há o cabimento para a prática dolosa de se envolver em um relacionamento amoroso já objetivando o golpe financeiro e a concessão da imunidade, ocasionando a impunidade, a violência patrimonial e emocional. Portanto, diante dessa responsabilidade afetiva, deveria ser aplicado agravante e não isenção de pena.

A família deve ser protegida de ser maculada nos laços entre si e não da honra perante a sociedade, pois o grande objetivo da família é o bem-estar de seus integrantes, e esses devem ser protegidos. A honra, embora seja importante, não se sobressai na importância que a Constituição Federal dá sob a proteção da instituição familiar entre seus membros, que tem proteção especial do Estado (Art. 216, CRFB).

Já existem alguns projetos de lei que objetivam reparar o art. 181 do CP e torná-lo coerente com a proteção concedida na Lei Maria da Penha, como é o caso do projeto de lei do Senado nº 71/2018 — que ainda está em tramitação —, no qual pleiteia-se pela revogação do art. 181, inciso I do CP, a fim de não permitir a isenção de pena para aqueles que cometerem crimes contra os seus cônjuges ou companheiros. Na justificativa

desse PLS podemos notar a coerência em entender a devida importância da família frente à proteção ao patrimônio, objetivando a não impunidade:

No Brasil, não obstante haja divergência doutrinária, predomina o entendimento que as escusas absolutórias, previstas no art. 181 do Código Penal, representam uma causa de isenção de pena, onde um fato típico, antijurídico e culpável é isento de pena por razões de política criminal. Embora tenha um objetivo nobre, que é a proteção da família e sua coesão, entendemos que essa imunidade, no caso do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, tem implicado impunidade e funcionam como incentivo à prática de crimes contra o patrimônio, principalmente o furto e o estelionato, no seio familiar.

Há também no Congresso Nacional o projeto de lei nº 3.764/2004, que busca reparar o erro do art. 181 pleiteando que a alteração seja feita para que a vítima tenha a possibilidade de representar ou não contra aquele que comete o ato danoso, ou seja, revogaria-se o art. 181 e tornaria os casos em condicionados à representação da vítima, mudando de imunidade absoluta para relativa, assim como ocorre no art. 182 do CP.

Além desses projetos já citados, podemos encontrar também o projeto de lei nº 1.319/2019 que é específico em discutir sobre a alteração do texto legislativo em função da Lei Maria da Penha, tornando inviável a aplicabilidade da imunidade para os casos cometidos no âmbito da violência doméstica — possibilitando, então, a efetividade do art. 7º da LMP, que atualmente tem operado como letra morta na defesa pela violência patrimonial da mulher. Como a LMP não foi expressa ao revogar o art. 181 do CP, deixou a aplicabilidade vulnerável à interpretação.

Portanto, é interessante considerar a possibilidade de a vítima escolher se irá representar ou não, contra o seu algoz, não deixando essa decisão sob poder do Estado, a fim de evitar que a impunidade se perpetue sobre as gerações e acabe por macular a instituição de mais importância da sociedade que é a família, não dando ocasião à violação do patrimônio da mulher, por meio de golpes afetivos.

CONCLUSÃO

O instituto da Escusa Absolutória é decorrente da realidade social do século XX, em meio a uma sociedade patriarcal. Foi legislado a fim de proteger a honra familiar e a exposição de suas máculas entre os membros da sociedade. Ocorre que essa imunidade absoluta penal não condiz mais com os interesses sociais do século XXI; todavia a proteção legal continua vigente.

A discussão acerca da aplicação ou não da escusa se pauta em duas frentes com intuito de definir qual se sobressairá: a aplicação do disposto em lei penal e/ou a aplicação efetiva dela para as necessidades sociais, com a ajuda de leis extravagantes, como a Lei Maria da Penha, por exemplo.

É do interesse do Direito Brasileiro a defesa da proteção à propriedade, ao direito da mulher, à família e ao bem-estar social. Portanto, diante deste estudo, compreende-se que a escusa absolutória não proporciona tais defesas do direito às vítimas dos algozes, que são protegidos por essa isenção de pena.

É inadmissível que a proteção à honra da família tenha mais valia do que a defesa do direito da mulher, a proteção aos bens e à inviolabilidade da segurança familiar, pois a isenção possibilita a prática de crimes sem punição, proporcionando a insegurança jurídica e até mesmo podendo gerar um descontrole da contenção de crimes cometidos no seio da família.

A imunidade absoluta do art. 181 do CP tem feito o art. 7º da Lei Maria da Penha ser posto como lei morta, sem eficácia, quebrando inclusive tratados dos quais o Brasil é signatário.

As propostas interventivas deste trabalho são: que a imunidade deixe de ser absoluta e se torne relativa, condicionada à representação da vítima, pois, assim, fica a critério do familiar decidir que direito ele deseja proteger, a honra da família ou a propriedade. A segunda proposta é a de revogação do art. 181 do CP, de modo que o art. 7º da Lei nº 11.340/2006 se torne eficaz, defendendo o direito da mulher protegendo-lhe da violência doméstica e familiar.

Sendo assim, buscando a progressão do direito, este trabalho busca pela reforma na lei Penal brasileira, acreditando na importância da defesa da família e da propriedade, não dando oportunidade para a impunidade

ou o acobertamento de crimes em função de seus ascendentes ou descendentes, ou cônjuge ou companheiro da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 1310/2019**. Acrescenta dispositivo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Deputado Marcelo Calero, Brasília, DF, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193506>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 3059/2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 2006. Deputada Natália Bonavides, Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204306>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 3764-A/2004**. Dá nova redação ao art. 182 e revoga-se o art. 181 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Deputado Coronel Alves, Brasília, DF, 09 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257611>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Nº 71/2018**. Revoga o inciso I do art. 181 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Senadora Vanessa Grazzioti, Brasília, DF, 01 de março de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132373>. Acesso em: 19 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 23. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 2. Parte especial: arts. 121 a 212. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

COMISSÃO INTRAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. 2015. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 19 maio 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte especial: arts. 121 ao 361. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DE JESUS, Damásio. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio** – arts. 121 a 183 do CP. Volume 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Volume II. Parte especial. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume VII: artigos 155 a 196. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Volume I. Parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Volume 2. Parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ARAUJO, Gabriela Niveliers Soares de Sousa Araújo. Controle da convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (Escusas Absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista FIDES**, v. 9, n. 2, p. 37-49, 9 dez. 2018.

MÉTODO APAC: POTENCIALIDADES E DESAFIOS DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS

*Arthur Vieira de Alcântara Silva*³²

*Marisalvo da Silva*³³

INTRODUÇÃO

A situação atual do sistema penitenciário brasileiro é crítica. Além das superlotações, rebeliões, tráfico de drogas, acesso a celulares e inúmeras irregularidades divulgadas rotineiramente em noticiários nos âmbitos nacional e internacional, as unidades prisionais do país apresentam números altíssimos de reincidência. Existe um consenso acerca de que o sistema penitenciário nacional além de estar superlotado também não cumpre suas funções de ressocializar o apenado e o devolver ao convívio da sociedade.

A Lei de Execução Penal — LEP (BRASIL, 1984) foi promulgada em julho de 1984, com o objetivo de “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

32 Graduando em Direito. Faculdades UPIS — Brasília (DF).

33 Pós-doutorando em Direitos Humanos, Sociais e Difusos — Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Engenharia da Produção — Universidade de São Paulo.

O presente estudo emerge da necessidade de se analisar o método de ressocialização praticado pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados — APAC, de forma a possibilitar a comparação com os procedimentos usuais de uma unidade prisional tradicional. A APAC é uma organização que tem como objetivo a humanização das penas privativas de liberdade e a promoção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade por meio de um método focado na ressocialização e reintegração social dos apenados. O método APAC de execução penal se sustenta em doze elementos, reputados fundamentais para a obtenção da recuperação do preso com vistas à sua reintegração à sociedade.

No Brasil, segundo a FBAC (2021), existem 61 unidades prisionais administradas por uma APAC, sendo que 46 localizam-se no Estado de Minas Gerais e as outras 15 nos Estados do Espírito Santo, Maranhão, Paraná, Rio Grande do Norte, Rondônia e Rio Grande do Sul. Tem se tornado comum encontrar o Método APAC sendo aplicado parcialmente em pavilhões de unidades prisionais em outros países, como por exemplo no Chile, na Costa Rica e na Colômbia.

O escopo deste estudo é a avaliação do modelo de ressocialização proposto pelo método APAC sem, contudo, descuidar-se da necessidade de abordar aspectos da realidade carcerária e do sistema prisional tradicional. O objetivo geral deste trabalho consiste em descrever e analisar o método de ressocialização praticado pela APAC, de forma a possibilitar a comparação com os dispositivos da Lei de Execução Penal e com os procedimentos adotados em unidades prisionais tradicionais.

1. A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Atualmente, o quadro do sistema prisional brasileiro é considerado catastrófico. As unidades prisionais seguem superlotadas e o déficit de vagas impressiona. Segundo levantamento sobre o sistema prisional realizado em maio de 2021 pelo G1 (2021c), havia cerca de 682 mil presos provisórios e nos regimes semiaberto e fechado, para uma capacidade total de 440 mil presos, fato que gera um déficit de 242 mil vagas e 54,9% de superlotação.

A realidade dos presídios brasileiros se resume em superlotação carcerária, convivência de presos cautelares com os apenados, insuficiência

de estabelecimento do tipo colônia agrícola ou estabelecimento fabril, resultando em apenados com cumprimento de regime distinto — porém, recebendo o mesmo tratamento —, impossibilidade de oferta de trabalho aos encarcerados e impossibilidade de execução de programas de integração social.

Em 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal — LEP foi publicada e passou a vigorar em 13 de janeiro de 1985, trazendo uma maior harmonização e sistematização na área de sanções e sua execução (BRASIL, 1984).

A Lei de Execução Penal — LEP (BRASIL, 1984) objetiva “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme o seu art. 1º, bem como, “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, como indica o art. 10º da referida lei. Marcão (2021) afirma que

a execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

A LEP (BRASIL, 1984) também tem como finalidade oferecer condições para que o condenado se restabeleça na sociedade, como forma de reparação social. Com a recuperação do indivíduo após o seu cumprimento de pena, quem sai como beneficiária é a sociedade, que ao receber o indivíduo de volta passa a ter a certeza de que ele será bem recebido; para isso é necessária a cooperação da comunidade como um todo, sem qualquer tipo de distinção. Nota-se, entretanto, que essa é uma realidade muitas vezes não atingida, principalmente no âmbito social, pois o sujeito sai do estabelecimento prisional já estigmatizado como ex-detento.

A execução penal pressupõe um conjunto de direitos e deveres entre o indivíduo e o Estado, os quais o condenado é automaticamente condicionado a seguir, sob pena de sofrer sanções administrativas. Essa observância deve ocorrer sem que haja a violação do preceito constitucional inserido pelo art. 5º, inciso XLIX, da CF (BRASIL, 1988) e do art. 40 da

LEP (BRASIL, 1984), prezando-se sempre pela preservação da dignidade humana, pois esse é o primeiro passo para a recuperação e a ressocialização do condenado.

2. ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS — APAC

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, geralmente chamada de APAC, é uma entidade civil de direito privado sem fins lucrativos, dotada de patrimônio e personalidade jurídica próprios e tempo de duração indeterminado. O objetivo da APAC é promover a humanização das prisões sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar, não esquecendo da importância do sistema progressivo da pena.

O método APAC surgiu em 1972 na cidade de São José dos Campos (SP), por intermédio de um grupo de voluntários que se denominava “Amando o Próximo, Amarás a Cristo” e era liderado pelo advogado Mário Ottoboni (2014). O grupo promovia ações visando solucionar o problema da superlotação no sistema prisional, por meio da humanização da pena e a valorização do ser humano para o resgate do indivíduo. Posteriormente, se instituiu a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados — APAC, entidade civil de direito privado sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria e com o objetivo de auxiliar a execução penal, recuperando, protegendo a sociedade, socorrendo as vítimas e promovendo a justiça restaurativa. O método APAC parte do pressuposto de que somente recuperado o indivíduo deixa de representar um risco para a comunidade, o que contribui para a redução da insegurança.

A APAC deve ser filiada à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados — FBAC, associação civil de direito privado sem fins lucrativos que surgiu em 1995 devido à expansão do método para vários estados brasileiros. A associação tem por finalidade prestar assistência, assessoria e orientação para as demais APACs, promovendo congressos para estudos sobre o método APAC e sobre os problemas relacionados ao cumprimento de pena no Brasil, sempre em busca de oferecer subsídios para a legislação de execução penal.

Por conta da sua atuação e desempenho, a FBAC se tornou filiada a *Prison Fellowship International* — PFI, órgão consultivo da Organização das Nações Unidas — ONU para assuntos penitenciários, composta por 123 países.

Um estudo realizado em 2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública afirma que existiam 109 unidades da APAC instaladas em diferentes Unidades da Federação. No Exterior, a APAC estava presente na África, na Ásia, na América, na Europa e na Oceania (MJSP, 2019). Em 2019, existia um total de 4.661 vagas nas diferentes APACs, sendo 475 vagas destinadas às mulheres e 4.186 vagas destinadas aos homens (MJSP, 2019). Vale observar que em julho de 2021, de acordo com a FBAC (2021), cerca de 4.649 vagas se encontravam ocupadas.

A APAC tem como função principal a recuperação do preso, a proteção da sociedade e a promoção da justiça restaurativa. Para que o método tenha seus objetivos alcançados, é necessário que os todos os elementos sejam aplicados de forma harmoniosa, a fim de se obter respostas positivas. De acordo com Ferreira e Ottoboni (2016), não se deve executar qualquer um dos elementos de forma individual.

2.1 PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE

De acordo com o artigo 4º da Lei nº 7210/84 (BRASIL, 1984), o Estado “deverá recorrer a cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e medidas de segurança”, prática também recomendada no artigo 61, inciso VII da referida lei, que afirma que “o Conselho da Comunidade é um órgão de execução da pena em cooperação com os demais órgãos”.

2.2 RECUPERANDO, AJUDANDO, RECUPERANDO

Tendo como objetivo o respeito mútuo entre os recuperandos, a convivência harmônica e um ambiente de paz dentro do recinto prisional, um recuperando deve ajudar o outro, sempre que possível, e motivar os outros recuperandos, adquirindo a consciência de que eles possuem responsabilidades perante as outras pessoas. Dessa forma, ensina-se ao recuperando como viver em comunidade e, da mesma maneira, busca-se mostrar a

ele que no momento da sua reinserção na sociedade deverá assumir suas responsabilidades.

2.3 TRABALHO

O art. 28 da LEP (BRASIL, 1984) elenca diferentes condições para o trabalho, dentre elas que “o trabalho como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”, e que “se aplica a organização e aos métodos de trabalho, as precauções relativas a higiene e a segurança”. Vale salientar que o trabalho do apenado não está sujeito às disposições contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

2.4 ESPIRITUALIDADE

A LEP (BRASIL, 1984) afirma que “a religião é um dos elementos essenciais para a assistência do homem”. Desse modo, o ponto fundamental desse elemento é oportunizar ao indivíduo o cuidado ao espírito, e, nesse sentido, a religião pode trazer a reflexão dos valores espirituais de sua religião. Como pode ser visto no art. 3º da referida lei, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

O artigo 10º da LEP (BRASIL, 1984), afirma que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Com isso, a APAC, mesmo após o cumprimento de pena pelo recuperando, continua a assisti-lo em tudo aquilo que ele necessitar. A assistência religiosa é normatizada no art. 24 da referida lei.

2.5 ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Os recuperandos têm como uma das maiores preocupações a sua situação jurídica, quanto tempo a cumprir e quando terá um benefício. Na população carcerária é comum a reclamação de que estão presos a mais tempo que o necessário, e isso se dá pelo fato de cerca de 95% dos presos, segundo a FBAC (2021), não terem condições de contratar um advogado para realizar sua defesa, principalmente na fase da execução da pena, na qual o apenado tem conhecimento de vários benefícios que a lei lhe oferece.

Quando surge a assistência jurídica como a APAC se propõe a fazer, o recuperando sabe que o processo dele não está esquecido. Entretanto, para ter acesso à assistência jurídica, se faz necessário que o apenado esteja engajado na proposta do método APAC e seja hipossuficiente, como preceitua o art. 15 da LEP (BRASIL, 1984).

2.6 ASSISTÊNCIA À SAÚDE

As prisões, em sua maioria, têm sérios problemas relacionados à saúde, seja ela pela falta de condições básicas de higiene ou pela falta de serviços que impedem a prestação de assistência, por via médica. Esse descaso é uma afronta direta ao princípio constitucional da preservação da dignidade humana (BRASIL, 1988), por poder causar reflexos negativos na recuperação do indivíduo.

A assistência à saúde deve ser colocada em primeiro plano, pois evita preocupações aos recuperandos, dando condições de saúde no ambiente prisional, bem como tratamentos médicos e consultas periódicas. Demonstra-se, assim, o começo da aplicação da justiça restaurativa e, por conta disso, a LEP (BRASIL, 1984) afirma a assistência médica como “direito” em seu art. 11, inciso II.

2.7 VALORIZAÇÃO HUMANA

Esse é o princípio base do método, visto que se passa ao recuperando a ideia de que ele é valorizado. Nesse sentido, o art. 10º da LEP (BRASIL, 1984) afirma que a assistência “é dever do Estado e objetiva a prevenção dos crimes e a sua orientação ao retorno e convivência em sociedade”, estendendo essa assistência ao egresso, no rol contido no art. 11, incisos IV e V, que inclui “a assistência educacional e social”. A questão da valorização humana dos recuperandos também é abordada em diferentes incisos do art. 41 da referida lei que elenca os direitos do preso.

2.8 FAMÍLIA

A família é um dos pilares de sustentação do método apaqueano. Na APAC existe um departamento para cuidar das famílias de cada um

dos reeducandos, a fim de acompanhá-los e assisti-los em todas as suas necessidades, realizando visitas e oferecendo cestas básicas. Além disso, o departamento visa amenizar o sofrimento das famílias com o aprisionamento do recuperando, conforme recomendação contida no art. 23, inciso VII da LEP (BRASIL, 1984), que afirma: “incumbe ao serviço de assistência social, orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”. A APAC recupera também a família de quem cumpre pena, com o intuito de preservar os laços matrimônios, afetivos e afins, conforme prevê o art. 41, inciso X da LEP (BRASIL, 1984), que afirma: “é direito do preso a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados desde que o recuperando tenha autorização judicial”.

2.9 O VOLUNTÁRIO

O voluntário tem um papel muito relevante para o método, pois integra a força de trabalho da APAC sem qualquer contraprestação pecuniária, exceto para funções administrativas que podem ser remuneradas.

2.10 CENTRO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL — CRS

A LEP (BRASIL, 1984) em seus artigos 91 e 92, disciplina as instalações que devem estar disponíveis nas unidades prisionais. Ocorre que, no Brasil, existem poucas unidades desta tipologia, impossibilitando, desta maneira, a correta aplicação dos dispositivos mencionados. Por conta disso, a APAC criou o Centro de Reintegração Social (CRS), que possui dois pavilhões, um para o regime semiaberto e outro para o fechado. A criação do CRS oferece ao indivíduo o cumprimento de pena próximo do seu núcleo afetivo, favorecendo desse modo a sua reintegração social, visto que este não se distancia da sua cidade e nem de seus familiares, diminuindo, assim, as chances de reincidência.

2.11 MÉRITO

A legislação brasileira adota o sistema progressivo de cumprimento de pena, que defende que a progressividade se dê pelo quantitativo de pena

cumprido e pela conduta do apenado, conforme contido nos artigos 5º, 6º e 8º da LEP (BRASIL, 1984).

2.12 JORNADA DE LIBERTAÇÃO COM CRISTO

A Jornada de Libertação com Cristo nasceu da necessidade de o recuperando decidir adotar uma nova filosofia de vida e abrange momentos de reflexão e interiorização com os recuperandos. Apesar da jornada se caracterizar como uma prática católica, ela se mostra fundamental para a reflexão espiritual do recuperando, já que muitas vezes se revela um grande reencontro deste consigo mesmo.

3. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O MÉTODO APAC E O SISTEMA PRISIONAL TRADICIONAL

Os resultados positivos — tais como baixo índice de reincidência, baixo custo, ausência de violência e rebeliões e poucas fugas — têm contribuído para que a metodologia APAC seja conhecida e aplicada.

Estudos apontam que seja menos oneroso fazer os apenados cumprirem penas fora das unidades prisionais. Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R\$ 2,7 mil por mês nos presídios do Estado e R\$ 1 mil pelo método de ressocialização da APAC, o que representa um custo três vezes maior, conforme figura 1 (CNJ, 2017).

Figura 1 — Custo mensal de manutenção de um preso



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017).

Para a FBAC, citada pelo MJSP (2019), o valor de custeio de um preso na APAC é de cerca de 1,2 salários-mínimos, presumidamente menor que o custo do indivíduo no estabelecimento penal convencional. A média nacional de custeio por preso é de R\$ 2,5 mil, além dos gastos para criação de novas vagas (CNJ, 2021).

A partir de fatores como, por exemplo, reincidência, custo mensal por preso, participação da comunidade e regime disciplinar, pode-se visualizar um comparativo entre o método APAC e o sistema prisional tradicional (quadro 1).

Quadro 1 — Comparativo entre o Método APAC e o Sistema Prisional Tradicional

FATORES	MÉTODO APAC	SISTEMA PRISIONAL TRADICIONAL
Reincidência	Inferior a 15%.	Nacional: 80% e Mundial: 70%.
Custo Mensal por preso	R\$ 1.332,82 por preso.	R\$ 2.500,00 por preso.
Tratamento Nominal	Recuperandos são chamados pelo nome, valorizando o indivíduo.	Maioria dos apenados tem apelidos oriundos do crime.
Individualização da pena	Existe a individualização da pena.	Não existe a individualização da pena.
Participação da comunidade	A comunidade tem papel fundamental na função da ressocialização.	Ausência da participação da comunidade.
Regimes oferecidos	A APAC é o único estabelecimento prisional que congrega os três regimes de pena em um único local, com as devidas divisões.	Na sua maioria, oferece somente o regime fechado.
Presença policial	Não há presença policial nas APACs, sendo a segurança realizada pelos próprios indivíduos.	Existe a presença policial e a segurança é realizada pelos agentes penitenciários.
Religião	A religião é fator essencial no processo de recuperação.	Ausência de religião no processo de recuperação.
Valorização	É a base da recuperação. Trata-se de um elemento primordial do método APAC.	Não há. Os apenados são submetidos a tratamento degradante e desumano.

FATORES	MÉTODO APAC	SISTEMA PRISIONAL TRADICIONAL
Assistência da família	É vista como um dos fatores mais relevantes no processo de recuperação. Por meio do fortalecimento dos elos familiares e afetivos, o recuperando obtém ânimo para a ressocialização.	Não há assistência familiar, causando sentimentos negativos nos apenados.
Disciplina	A manutenção da disciplina é realizada pelos próprios recuperandos por meio dos conselhos de cela e do CSS — Conselho de Solidariedade e Sinceridade.	A manutenção da disciplina é realizada pelos agentes penitenciários.

Fonte: Adaptado da Cartilha Novos Rumos (TJMG, 2018) e do Relatório sobre as APACs — 13 jul. 2021.

No sistema prisional tradicional, observa-se que o Estado brasileiro não executa os programas de ressocialização. Os presos em, sua maioria, são submetidos a condições insalubres e à superlotação, que nos últimos tempos se tornou um dos principais problemas no decorrer do cumprimento da pena. De acordo com os dados do “Monitor da Violência”, levantamento realizado pelo G1 (2021c), as penitenciárias trabalham com um excedente de 56,1% na sua capacidade, impossibilitando assim uma correta aplicação da LEP (BRASIL, 1984). Aliado a isso, houve crescimento no número de presos provisórios, de 31,2% para 31,9%, o que corresponde a 217 mil presos provisórios nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Os resultados positivos, tais como baixo índice de reincidência, baixo custo, ausência de violência e rebeliões e poucas fugas, têm contribuído para que a metodologia APAC seja conhecida e aplicada. Por outro lado, a realidade dos presídios brasileiros se resume em superlotação carcerária e convivência de presos cautelares com os apenados.

4. METODOLOGIA

Os procedimentos metodológicos referem-se a um conjunto de métodos e técnicas utilizados para a realização de uma pesquisa. O método

de abordagem utilizado foi o dedutivo. No que se refere ao tipo de pesquisa, este estudo se enquadra como pesquisa exploratória na qual se buscou proporcionar uma maior compreensão do Método APAC de uma forma abrangente e flexível. Houve predomínio do método de procedimento bibliográfico, o qual consiste em ponderações feitas a partir da leitura de livros e artigos, visando ampliar a compreensão da temática abordada.

O questionário utilizado para a coleta de dados foi do tipo estruturado não disfarçado, desenvolvido no Google Formulários e contendo uma série de 13 perguntas fechadas e 6 perguntas abertas, agrupadas em uma determinada ordem e construídas de modo a se obter dados relevantes para o estudo realizado.

A amostragem foi não probabilística, direcionada a pessoas com experiência prática no método APAC, que foram selecionadas intencionalmente pelo pesquisador. Em abril de 2021 foi realizado o pré-teste do instrumento de pesquisa, visando detectar possíveis inconsistências, perguntas supérfluas, ambiguidade ou linguagem inacessível. Os questionários revisados foram encaminhados via e-mail para dezesseis potenciais entrevistados em maio de 2021, dos quais foram recebidas nove respostas até junho de 2021.

5. ANÁLISE DE RESULTADOS

Os entrevistados pertencem a diferentes categorias profissionais, sendo 22,2% Magistrados, 22,2% Advogados, 33,3% gestores de APACs e 22,2% agentes administrativos de APACs. A quase totalidade dos participantes da pesquisa (88,9%) indicou um grau relevante de conhecimento sobre método APAC. No tocante ao tempo de experiência, percebeu-se que cerca de 45% têm acima de 6 anos de experiência.

Em relação às questões propostas, a maioria dos entrevistados afirma que os apenados detêm conhecimento sobre a diferença entre o sistema prisional tradicional e o sistema APAC. A totalidade dos entrevistados também concorda que o método APAC é eficaz no papel de reintegrar o apenado à sociedade após o cumprimento da pena.

Cerca de 78% dos entrevistados discordam que os apenados prefiram o método tradicional para cumprimento de pena privativa de liberdade, e 66,7% dos entrevistados afirmam a existência de outros métodos de

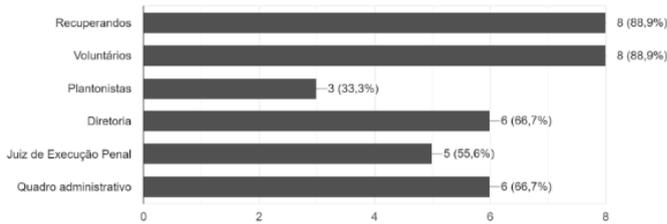
ressocialização que cumprem o papel de reintegrar o preso à sociedade após o cumprimento da pena, com ênfase na educação e na reinserção no mercado de trabalho.

A totalidade dos respondentes afirma que o método APAC é aplicado pelos gestores na forma proposta pela FBAC, e a quase totalidade (88,9%) discorda que o recuperando teria as mesmas chances para conseguir um trabalho se tivesse cumprido a pena no sistema prisional comum, o que enfatiza a importância do método APAC.

Em relação à responsabilidade dos diferentes atores envolvidos no processo de socialização na APAC, cerca de 88,9% dos respondentes indicam os recuperandos e os voluntários; 66,6% a Diretoria e o quadro administrativo da APAC; e 55,6% o Juiz de Execução Penal (figura 2).

Figura 2 — Atores responsáveis pelo processo de socialização na APAC

9. Quais dos atores abaixo podem ser responsáveis pelo processo de socialização na APAC?
Marque no mínimo dois atores.
9 respostas



Fonte: pesquisa realizada pelos autores.

O voluntário tem um papel muito relevante para o método, pois integra a força de trabalho da APAC sem qualquer contraprestação pecuniária, exceto para funções administrativas que podem ser remuneradas. Deve ser alguém preocupado com o apenado, atuando como “mão amiga” quando necessário, que acredite no projeto da APAC de recuperar o próximo. Desse modo, o voluntário tem que estar bem-preparado para lidar com os reeducandos.

Em relação ao processo de escolha dos recuperandos para o Conselho de Sinceridade e Solidariedade — CSS, houve consenso entre os entrevistados que

o Presidente do CSS é escolhido pelo encarregado de segurança da APAC e, por sua vez, o Presidente do CSS escolhe, dentre seus colegas recuperandos, os outros oito membros.

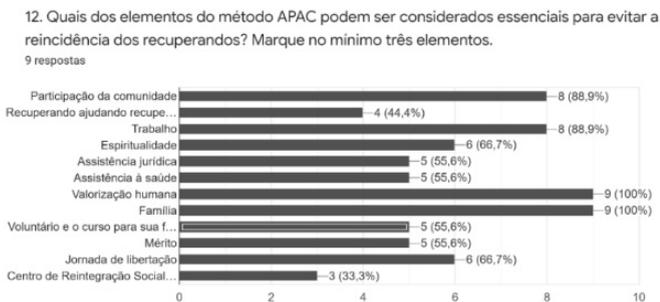
Entre os fatores críticos para garantir o sucesso do método APAC, foram citados pelos entrevistados a disciplina, a segurança, o trabalho, a participação da família, o interesse e compromisso do recuperando, a valorização humana e o engajamento da sociedade civil.

Um respondente afirmou que:

O Método APAC é caracterizado pela aplicação de uma disciplina rígida, baseada no respeito, na ordem, no trabalho, na capacitação profissional, no estudo e no envolvimento da família do recuperando. O amor, a confiança, a valorização do ser humano, a crença na capacidade de recuperação e a aplicação de todos os 12 elementos fundamentais do Método APAC são os pilares para o sucesso do método (informação verbal).

No tocante aos elementos do Método APAC que podem ser considerados essenciais para evitar a reincidência dos recuperandos, a totalidade dos entrevistados indica os elementos Valorização Humana e Família, seguidos dos elementos Participação da Comunidade e Trabalho, com 88,9%, conforme figura 3.

Figura 3 — Elementos essenciais do método APAC



Fonte: pesquisa realizada pelos autores.

Em termos de valorização humana, o método APAC prioriza o ser humano, reforçando sua autoimagem, principalmente nos pequenos detalhes do dia a dia, como, por exemplo, chamar o apenado pelo nome, possibilitar sua participação nas oficinas disponibilizadas bem como na interação com a sua família.

O trabalho da APAC está alicerçado em um método de valorização humana vinculada à evangelização, visando oferecer ao condenado condições de recuperar-se e buscando em perspectiva mais ampla a proteção da sociedade, o socorro às vítimas e a promoção da justiça restaurativa.

A família é um dos pilares de sustentação do método APAC, pois é com os membros dela que o indivíduo vai passar o restante da sua caminhada rumo à recuperação e conseqüente reinserção na sociedade. Por isso, o indivíduo é posto em contínuo contato com a sua família, podendo perceber que esta possibilita a sua humanização. Assim, a aproximação do recuperando de sua família faz com que não haja perda em seus diferentes papéis: de pai, de marido, de filho ou de irmão.

Na APAC, o trabalho é obrigatório em todos os regimes. Entretanto não deve ser forçado, pois o intuito principal do trabalho em cada regime é a reinserção do recuperando na sociedade. A APAC mantém um departamento para aqueles que estão no livramento condicional e aqueles egressos que sentirem dificuldades em sua reinserção social.

Em relação à coerência entre os direitos, deveres e obrigações dos recuperandos do sistema APAC, comparativamente aos previstos no Código Penal Brasileiro e na Lei de Execução Penal, observa-se a concordância da totalidade dos entrevistados, enquanto a quase totalidade dos respondentes concorda que um dos diferenciais da APAC é a minimização/inexistência da repressão como medida de gestão penitenciária, diferentemente da situação existente no sistema prisional tradicional.

A totalidade dos respondentes afirma que o método APAC já alcançou patamares significativos de reconhecimento que o consagram como um exemplo da cooperação comunitária na execução penal. Observe-se que, em setembro de 2019, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária — CNPCP reconheceu o método apaqueano de gestão prisional como política pública a ser fomentada nacionalmente. A iniciativa busca implementar parcerias de mútua colaboração para enfrentamento das problemáticas vivenciadas no sistema prisional brasileiro, que deman-

dam atuação coletiva e intersetorial para oportunizar melhores resultados no processo de execução da pena e da reintegração social de pessoas em cumprimento de penas privativas de liberdade (DEPEN, 2021).

Em relação ao perfil do preso a ser inserido no método APAC observa-se um consenso entre os entrevistados que argumentam, por exemplo, que:

“APAC é para todos, sem distinção de artigo cometido ou tempo restante da pena”. *Inspetor de Segurança*.

“Base do método APAC está na noção de que "ninguém é irrecuperável". Portanto, não deve haver um perfil específico de preso, bastando que ele manifeste expressamente o desejo de ir para a APAC e que tenha vínculos familiares e sociais no local da sede da APAC”. *Juiz de Direito 1*.

“A APAC não dá preferência para aquele ou aquela pessoa privada de liberdade. Qualquer um pode ser inserido na APAC, independentemente do crime praticado, do tempo de cumprimento de pena, sua raça, cor, condição financeira. *Agente administrativo APAC*.”

No tocante à importância da disciplina do reeducando no método APAC, os entrevistados afirmam que

“Disciplina é fundamental. Repressão não é disciplina”. *Advogado 1*.

“Fundamental. A obediência às regras de convivência e disciplina é primordial para garantir a permanência no sistema APAC e o sucesso na recuperação do preso”. *Juiz de Direito 1*.

“De grande importância, pois é com a disciplina dentro da APAC que ele vai aprender a respeitar as regras do mundo lá fora”. *Inspetor de Segurança 1*.

“Ela ensina ao recuperando que o mundo tem regras e elas devem ser cumpridas”. *Secretária APAC*.

O método APAC considera plausível a condução do recuperando a um regime menos gravoso, com base tanto no quantitativo da pena quan-

to no mérito, com este se sobrepondo àquele, sendo aferido com base nas atividades desenvolvidas por cada recuperando. É possível aferir o mérito do reeducando mediante controle — anotação diária em sua pasta-prontuário — mantido pela entidade, dos elogios, das advertências, das saídas e demais ocorrências.

Para que seja aferido o mérito, a APAC utiliza-se do Comitê Técnico de Classificação (CTC), formado por profissionais que participam da rotina dos reeducandos e que verificam cada tarefa desempenhada junto à evolução de cada indivíduo, de forma a emitir opinião no momento da concessão do benefício para cada um dos detentos.

Sobre a importância do envolvimento da sociedade no método APAC, os entrevistados a consideram extremamente significativa e relevante, afirmando que

“A participação da comunidade é essencial tanto para a manutenção da APAC, como para ajudar na reinserção do recuperando na sociedade. É com o envolvimento e participação da comunidade que se faz possível a aquisição de insumos, a celebração de convênios, o treinamento de mão-de-obra especializada, a montagem de oficinas dentro dos CRS (marcenaria, costura, artesanato, padaria, artes plásticas etc.). Além de destinarem vagas de emprego para os recuperandos que estão ainda cumprindo sua pena, e para aqueles que já estão em liberdade”. *Agente administrativo APAC.*

“A sociedade é uma das maiores beneficiadas com o método, pois devolvemos a ela pessoas com valores e morais éticos, portanto seu envolvimento é primordial e através do seu apoio, conseguimos cada vez mais recuperar pessoas até então desenganadas na sociedade”. *Secretária APAC.*

“Fundamental. Na origem, a ideia da APAC se sustenta no fato de que cada comunidade deve cuidar de seus presos. Assim, o engajamento da sociedade civil é vital para a criação de condições adequadas ao desenvolvimento do método”. *Juiz de Direito 1.*

“Nenhum método de ressocialização funciona sem interação com a sociedade”. *Advogado 1.*

A interação da comunidade com os recuperandos é de relevante importância, levando-os a um retorno mais harmônico no convívio social, possibilitando o despertar do desejo de mudança no recuperando por meio de lições e exemplos. Assim, torna-se indispensável que os voluntários conheçam quem são os indivíduos que se encontram nas APACs, além de suas dificuldades e desejos. Os voluntários têm como missão passar aos recuperandos lições de vida e fomentar discussões, com o fim de mostrar que, ao sair daquela situação, eles terão oportunidade de recomeçar a vida.

CONSIDERAÇÕES E PROPOSTA DE ESTUDOS FUTUROS

A existência, no Brasil, de uma instituição prisional administrada por pessoas da sociedade civil em cooperação com os apenados e com o Poder Público, tem atraído o interesse de pesquisadores e instituições nacionais e internacionais. Em julho de 2021 existiam sessenta e uma APACs em funcionamento no País e oitenta e uma APACs em processo de implantação (FBAC, 2021). Uma instituição que aplica a metodologia APAC é infinitamente mais vantajosa para o Estado, visto que um preso na APAC custa um terço do valor gasto no sistema comum. Além disso, a construção de uma APAC é muito mais barata que a construção de um presídio comum.

A realidade dos presídios brasileiros se resume em superlotação carcerária; convivência de presos cautelares com os apenados, resultando em apenados com cumprimento de regime distinto, porém, recebendo o mesmo tratamento; impossibilidade de oferta de trabalho aos encarcerados; e impossibilidade de execução de programas de reintegração social. Um exemplo do sucesso do método APAC é a iniciativa, financiada pela União Europeia, de reforçar a atuação da APAC em nível internacional, contribuindo para a criação, a consolidação e o fortalecimento de uma rede de organizações da sociedade civil na América Latina voltada para a promoção dos direitos humanos (AVSI, 2021).

Devido ao uso de amostra intencional, torna-se impossível a generalização dos resultados para a população, entretanto, mantém-se a validade em um contexto específico, conforme preceitua Marconi e Lakatos (2021). Considerando o escopo e a abrangência da pesquisa, torna-se relevante o aprofundamento deste trabalho abrangendo os diferentes atores envolvidos na operacionalização do método APAC e o sujeito do método, ou seja, os recuperandos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC: a face humana da prisão**. 4. ed. amp. Belo Horizonte: O Lutador, 2016.
- AVSI (ASSOCIAÇÃO VOLUNTÁRIOS PARA O SERVIÇO INTERNACIONAL — BRASIL). **Além das Fronteiras Brasileiras evidencia a importância do acompanhamento psicológico realizado nas APACs**. Disponível em: <http://www.avsibrasil.org.br/alem-das-fronteiras-brasileiras-evidencia-a-importancia-do-acompanhamento-psicologico-realizado-nas-apacs/>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Presidência da República. Brasília, 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.
- CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- FBAC (FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS). **Relatório sobre as APACs**, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **Método APAC: sistematização de processos**. Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese

et al. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

G1 Portal. **Monitor da Violência**. 2021c. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/> . Acesso em: 20 jul 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. Atualização da edição João Bosco Medeiros. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

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

MSJP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA) **Estudo Preliminar: A Metodologia APAC e a criação de vagas no Sistema Prisional a partir da implantação de Centros de Reintegração Social**. Brasília, 2019.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** São Paulo: Paulinas, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Programa Novos Rumos na Execução Penal — Cartilha**. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/programa-novos-rumos.htm#.YVDMUbhKhPY>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BREVES ANÁLISES E REFLEXÕES DA “OPERAÇÃO LAVA JATO” NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

*Péricles Queiroz Araújo*³⁴

*Poliana Freitas Vieira Araújo*³⁵

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo apresentar algumas informações sobre o crime organizado, suas origens e características, tanto em âmbito internacional quanto internamente no Estado. Como se verá, o combate ao crime organizado vem se tornando a cada dia uma necessidade para os países, uma vez que os crimes praticados são de extrema dificuldade de investigação e complexidade de imputação de autoria.

A rede de criminosos, normalmente constituída de uma hierarquia de comando e funções definidas, tem o condão de ultrapassar as barreiras criadas pelos estados-nações, acarretando na falência dos órgãos administrativos, decorrentes da corrupção e do tráfico de influência.

34 Chefe da Assessoria Técnico-Jurídica do Departamento de Saúde da Polícia Militar do Distrito Federal; Mestrando em Ciências Jurídicas Universidad Columbia — Paraguai; Especialista em Direito Médico e da Saúde; Graduado em Direito pela UNIEURO.

35 Policial Civil do Distrito Federal; Graduada em Direito UNIEURO; Mestranda em Ciências Criminológicas Forense pela Universidad de Las Empresas — Uruguai.

Não se olvide para o fato de que o crime organizado, na grande maioria das vezes, é responsável pelos delitos que afetam a soberania nacional, como a lavagem de capitais ou a saúde pública dos habitantes, por meio do tráfico de drogas.

Nesse ambiente internacional de combate às organizações criminosas, no ano de 2014 explode a operação lava jato no Brasil. Com números impressionantes, verifica-se, de longe, que é a maior investigação jamais ocorrida, promovendo prisões preventivas, conduções coercitivas, delações premiadas, acordos milionários com empresas envolvidas e, acima de tudo, denegrindo a reputação de uma das empresas mais conhecidas do Brasil: a Petrobrás.

Apesar de tudo, nota-se que a Operação Lava Jato deve ser refletida com olhar imparcial e crítico, pois em decorrência dela é que surgiram alterações legislativas, crimes de abuso de autoridade, decisões judiciais que impediram a condução coercitiva sem a obediência dos requisitos legais, dentre outras questões.

Por fim, como se será, o “lavajatismo” promove, segundo a doutrina administrativista brasileira, verdadeiro pavor no gestor público em ter que decidir e ser processado por apenas estar naquela função, ou seja, o fenômeno conhecido como “apagão das canetas”.

1 DO CRIME ORGANIZADO E DAS SUAS CARACTERÍSTICAS

Tratar de crimes e de condutas que prejudicam pessoas da sociedade ou que as beneficiam indevidamente não é tarefa das mais complicadas, visto que estes ocorrem desde muito tempo. Com suporte nos estudos do Tribunal de Contas da União — TCU, em seu Referencial de Combate à Corrupção (2017, p. 7), ressalta-se que o estadista da Grécia, Sólon, em meados do século VI a.C., teria elaborado uma lei que perdoaria as dívidas contraídas pelos cidadãos a fim de minimizar o sofrimento do povo. Ocorre que, antes de publicar a lei, Sólon contou aos seus amigos, que, desde pronto, contraíram empréstimos com o propósito claro de não pagar. Com isso, obtiveram demasiados lucros em prol de uma informação privilegiada.

Não obstante a passagem acima ter sido utilizada para ilustrar a desonestidade de pessoas, sabe-se que, mais para os dias atuais, a sociedade

teme, além dos delitos praticados pelos aventureiros delinquentes, também os crimes praticados por grupos que atuam com características mais arrojadas e profissionais, incidentes, principalmente, em Estados mais ausentes.

Não se conhece a origem da criminalidade organizada, mas é possível estabelecer alguns marcos significativos em que sejam razoavelmente perceptíveis as suas atividades iniciais. Lima (2020, p. 768) leciona que a mais tradicional organização criminosa foi a dos italianos, também conhecida como “máfia italiana”, que tinha uma organização operacional parecida com a de uma verdadeira “família do crime”, dentre elas a “Camorra”, “Casa Nostra” e “N’drangheta”. As suas atividades eram o contrabando, a extorsão, drogas e lavagem de capitais, sem desmerecer o apoio para as campanhas eleitorais, na forma de financiamento de políticos adeptos da causa.

Da mesma maneira, segundo o autor, é importante mencionar que teve bastante importância no cenário das organizações criminosas a máfia japonesa “Yakusa”, com suas tatuagens características, verdadeiros símbolos de hierarquia entre os seus integrantes, que dominavam o tráfico de drogas, a pornografia, os jogos de azar, a extorsão e o tráfico de pessoas, dentre outras atividades (LIMA, 2020).

No Brasil, ainda dentro do contexto das organizações criminosas, podem-se enumerar as três mais conhecidas. A primeira era composta por Virgulino Ferreira da Silva, o “lampião”, que percorria o sertão brasileiro na promoção de crimes, dos mais diversos, e constantes conflitos com a polícia local “volante”. A segunda, mais atuante em meados de 1980, na cidade do Rio de Janeiro, era o Comando Vermelho, cuja formação se deu nos interiores dos presídios cariocas. Como terceiro grupo criminoso, ainda em atuação, tem-se o Primeiro Comando da Capital — PCC do Estado de São Paulo, que, com o ideal de melhores condições de estadia nos presídios, cometeram homicídios contra promotores, juízes e policiais. A fim de ilustrar o fanatismo e a lealdade dos integrantes, transcreve-se trecho do estatuto do PCC, mencionado por Lima:

1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido.
2. A Luta pela liberdade, justiça e paz.
3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões.
4. A contribuição daque-

les que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate. 5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido. 6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. [...] (LIMA, 2019, p. 768).

Apresentado o contexto histórico e as origens das organizações criminosas, passa-se a descrever a promoção do combate internacional das organizações criminosas, bem como a evolução da norma jurídica interna aplicada para esses casos.

Sabe-se que algumas espécies de delitos (tráfico de drogas, corrupção, lavagem de capitais etc.) se valem das organizações criminosas e dispõem de maior facilidade para ultrapassar as fronteiras dos países. Eduardo Capparrós apud Callegari e Weber (2017, p. 78) menciona que estas espécies de crimes são conhecidas como de “vocação permanente”, tornando extremamente dificultoso o processo de levantamento de provas, justamente porque iniciam-se as atividades criminosas num país e exaurem-se em outro, sendo que, muitas vezes, possui uma legislação mais branda.

É nesse ambiente que surgem as normas e os acordos internacionais que visam combater os crimes que representam um problema global, afetando a economia e o comércio entre os países. Esta cooperação internacional, via de regra, se materializa por princípios e regras que delimitam e impõem aos membros daquela convenção que criem normas penais, administrativas ou cíveis que coíbam a prática dos delitos que se valem dessa organização.

Como exemplo, a lavagem de capitais é um crime extremamente danoso para a comunidade internacional, normalmente se valendo de um robusto esquema de organização criminosa, uma vez que:

A internacionalização do delito é uma peculiaridade da atualidade, considerando-se ainda que nos últimos vinte anos pode-se falar com propriedade sobre a existência de grupos criminosos que desconhecem fronteiras.⁹ O crime alcançou, com a globalização, o seu grau mais elevado, muito disso devido à natureza dos bens,

como no caso de tráfico de drogas, que é organizado como verdadeira multinacional mercantil.

Acreditamos que a questão da luta internacional contra a lavagem de dinheiro não esteja mais baseada somente nos bens originados do tráfico, paradigma este da primeira leva de legislações antilavagem criada. Constituiu-se tendência mundial a eliminação do rol dos delitos antecedentes, punindo-se o crime por si só, independentemente de como o dinheiro lavado foi originado, assunto que será tratado em ponto próprio, dada sua complexidade e controvérsia doutrinária. (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 79).

Nesses termos, não se pode tratar do delito de organização criminosa no Brasil sem mencionar a convenção de Palermo. A controvérsia se dava no momento em que a Lei n° 9.034/95 — ora revogada —, que definia meios de provas para investigação de crimes promovidos por quadrilhas ou bandos ou organizações criminosas, não trazia a conceituação do que era organização criminosa. Assim, consoante Lima (2020, p. 769), a conduta sempre foi aplicada apenas e exclusivamente para a formação de quadrilha, conforme o artigo 288 do Código Penal Brasileiro, e para as associações criminosas, na Lei de drogas.

Não havendo uma definição jurídica no ordenamento interno, passou-se a considerar possível, por segmento da doutrina e jurisprudência pátria, a “levantar a bandeira” para a utilização do conceito de organização criminosa que já estava descrito na Convenção de Palermo³⁶, não obstante parecesse estranho que uma lacuna penal fosse preenchida por uma convenção internacional, ferindo o princípio da legalidade dos tipos penais, que assim tratava o conceito de grupo criminoso:

Grupo criminoso organizado — grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou

36 Trata-se do decreto n° 5015 de março de 2004, que incorporou a Convenção de Palermo, elaborada em 1999, mas que somente foi assinada em 2000 na Cidade de Nova York, durante a Assembleia Geral do Milênio. Trazia em seu primeiro artigo o seu escopo: “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.

enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98) trazia, na época, um rol taxativo de delitos antecedentes, inclusive “organizações criminosas”, sendo que a 1ª Turma definiu que não havia no ordenamento brasileiro uma definição legal para o ato de “organização criminosa”.

Dessa forma, entendeu-se que a conceituação de delitos penais não poderia ser extraída de normativa alienígena, tal como a Convenção de Parlemo. A fundamentação basilar para o Supremo foi a de que não existe pena sem lei anterior que a defina, em respeito ao artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal³⁷, que assim define: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Em continuidade, menciona-se que a primeira conceituação de organizações criminosas se deu com a Lei nº 12.694/2012, em seu artigo 2º, mas que foi revogada, prematuramente, pela Lei nº 12.850/2013. Assim, passou-se o ordenamento jurídico brasileiro a conceituar conduta:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

37 Em idêntico caminho: STF, 1ª Turma, HC 96.007/SP, Rei. Min. Marco Aurélio, j . 12/06/2012. Com entendimento semelhante : STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rei. Min . Luiz Fux, j . 31/05/2012; STF, 1ª Turma, HC 108.715/RJ, Rei. Min . Marco Aurélio, j . 24/09/2013. No sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de se violar o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX): STJ, 3.ª Seção, REsp 1.798.903/RJ, Rei. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/09/2019, DJe 30/10/2019.

Com pena prevista de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão para a prática de delitos por intermédio da organização criminosa, o legislador pátrio não se contentou em apenas conceituar tal conduta, mas apenou a possibilidade de “promover, constituir, financiar, pessoalmente ou mediante interposta pessoa, organização criminosa”, conforme descrito no artigo 2º e parágrafos da lei nº 12.850/2013, bem como pela utilização, pelas lideranças, de arma de fogo.

Ressalta-se que a organização criminosa deixa de ser apenas uma forma de praticar crimes, mas se torna um delito autônomo quando o autor “promove, constitui, financia” a organização criminosa. Da mesma forma, convém rememorar que os crimes praticados, conhecidos na doutrina e na jurisprudência como “crimes de organização criminosa por extensão”, serão apreciados pelo juiz em concurso material, previsto no artigo 69 do Código Penal brasileiro:

Art. 69 — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º — Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º — Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais. (BRASIL, 1984).

Retornando ao conceito legal de crime organizado, cabe algumas considerações importantes no tocante às características das organizações criminosas, conforme análise de Brasileiro (2020, p. 775). O primeiro ponto é acerca do número de pessoas que devem participar, ou seja, 4 (quatro)³⁸, sendo que o vínculo deve ser estável ou permanente; em se-

38 Perceba-se que a lei fala, no mínimo, de 4 (quatro) pessoas para integrar a organização

gundo, deve ter uma estrutura organizada, com divisão de tarefas, mesmo que não esteja definida em papel ou esboço (informal); e, em terceiro, como descrito no conceito, deve ser com a finalidade e obtenção de vantagem (de qualquer natureza), cuja pena seja de 4 (quatro) anos ou mais, ou de caráter transnacional.

Importante observar que o legislador pátrio segue a mesma linha das convenções internacionais, passando a conceituar, para fins de aplicação mais gravosa de pena, o caráter transnacional. De fato, em sede dos crimes promovidos por organizações criminosas, inexistente, via de regra, qualquer obediência à soberania nacional dos estados-nações.

A comunidade internacional busca, a todo momento, coibir delitos que tenham a facilidade de percorrer países. Nesse sentido, tem-se o tráfico de drogas, a lavagem de capitais e outros que se valem de um “esquema” robusto de contatos e influências, que devem ser obstados. Alguns doutrinadores, dentre eles Callegari e Weber (2017, p. 79), mencionam que existe uma possível imposição forçada dos países poderosos em relação aos mais pobres nesta coibição de crimes transnacionais, mas que, ao final, seria um interesse de todos e para o bem da comunidade global:

Esse regime é frequentemente indicado como um conjunto de regras e princípios, articulados por organismos internacionais e tratando de assuntos que contemplem as expectativas dos estados. Entretanto, Strange critica tal posicionamento, referindo que em verdade um regime internacional não surge da convergência das vontades dos Estados, mas, sim, deriva dos interesses dos Estados mais poderosos e com maior poder de barganha. No caso da lavagem de dinheiro, o fato de o regime criado internacionalmente ter sido acolhido pelos países latinos poderia levar-nos a concluir que estamos sob o domínio da influência norte-americana na questão. Contudo, observando-se a recepção pelos países asiáticos, é possível concluir que o regime global antilavagem não é apenas a concretização da vontade dos Estados Unidos da América, mas,

criminoso, ou seja, pouco importa de um deles é inimputável, bastando, apenas, que totalizem quatro integrantes. O professor Renato Brasileiro leciona que dentre os quatro não pode ser contabilizado o agente infiltrado, uma vez que não se conformaria a organização criminosa.

sim, uma instituição independente e autônoma, conclusão a que se chega com o repúdio à hegemonia política americana na maioria dos países do Pacífico. (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 79).

É diante desse cenário que o Brasil se comprometeu, em âmbito internacional, a combater os crimes organizados³⁹, mais especificamente aqueles transnacionais, e a promover uma repressão interna forte. Ademais, cita-se que algumas estruturas nacionais foram criadas para regular e controlar setores do mercado mais sensíveis a determinados crimes, tal qual o Conselho de Controle de Atividades Financeiras — COAF, ligado ao Banco Central, cuja função é a de inteligência e proteção de setores econômicos, bem como para combater o financiamento do terrorismo.

2 DA “OPERAÇÃO LAVA JATO”: DO ÁPICE DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO ÀS CRÍTICAS CONSEQUENTES

No tópico anterior, tratou-se sobre o crime organizado, suas características e a preocupação dos estados-nações em coibir tais práticas, prevenindo legislações rígidas, tanto no ambiente internacional, por intermédio de convenções e pactos, quanto internamente, com suas leis e organizações de controle e fiscalização.

Como proposto, serão apresentados alguns comentários acerca do combate ao crime organizado na Operação Lava Jato, que direta ou indiretamente apurou os crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, crimes de tráfico de influência, corrupção em licitações e contratos, dentre outros. Logicamente, não será possível esgotar todo o tema, mas serão apresentadas informações importantes para a reflexão desse período triste da história do Brasil.

39 Os professores Callegari e Weber (2017), ao explicarem sobre a Convenção de Viena de 1988, mencionam que o documento foi estruturado de modo a deixar expresso o caráter internacional do delito de lavagem de capitais e demonstra acerca da preocupação dos estados quanto aos valores ilícitos que entram e saem dos seus territórios, sem contar com a contaminação da organização da administração pública por atos e favorecimentos de corrupção.

Tratar-se-á, portanto, da Operação Lava Jato e do combate ao crime organizado no Brasil, sem a intenção de esgotar o assunto, por ter sido o fenômeno que, a partir do ano de 2014, transformou o país por conta dos escândalos de corrupção na Petrobrás.

2.1 DA OPERAÇÃO LAVA JATO E DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

Não será o escopo deste trabalho criticar o trabalho realizado pelos policiais federais, Procuradores da República e outros servidores que atuaram, direta ou indiretamente, na realização da maior operação policial da história do Brasil. De fato, os números impressionam: 553 de denunciados; 723 pedidos de cooperação internacional; 4,3 bilhões devolvidos aos cofres públicos; 2,1 bilhões em multas compensatórias; 14,7 bilhões de valores previstos de recuperação; 35 ações de improbidade administrativa; 1.450 buscas e apreensões, dentre outros dados no site do Ministério Público Federal — MPF⁴⁰.

Com números como esses, deve-se ter em mente que muitos dos programas de *compliance* (integridade) e de governança corporativa, visando a ética, surgiram do receio das empresas serem submetidas “às garras” do crime organizado no Brasil e serem punidas pelo Estado. Contudo, em reportagem da revista Exame, datada de 17 de março de 2019, nota-se que algumas falhas ocorreram nos trâmites investigativos e processuais, assim como descrito:

Na semana passada, uma decisão tomada no Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, pode alterar os rumos das investigações.

A corte decidiu, por seis votos a cinco, que a Justiça Eleitoral tem competência para julgar crimes comuns quando há conexão com delitos eleitorais.

Os procuradores do MPF em Curitiba, e a procuradora-geral, Raquel Dodge, consideram que a Justiça Eleitoral não é estruturada para julgar crimes complexos e que isso traria impunidade aos acusados.

A tese, no entanto, não é unanimidade. Fernando Neisser, Coordenador Adjunto da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral

40 Dados extraídos do <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

e Político) defende que, assim como a Justiça Federal precisou se adaptar às investigações da Lava Jato, o Ministério Público, a Polícia Federal e a Justiça Eleitoral terão que se reestruturar para as mudanças.

"A Lava Jato criou uma interpretação, uma desculpa, de que tudo que se manda para a Justiça Eleitoral será um problema. O que parece é que eles não confiam nessa corte", explica.

Outra polêmica envolve um acordo fechado entre a força-tarefa da Operação Lava Jato, em Curitiba, com a Petrobras, que determinava a criação de um fundo privado, com 2,5 bilhões recuperados da petroleira.

Na sexta-feira (15), o ministro Alexandre de Moraes, atendendo um pedido de Raquel Dodge, suspendeu esse pacto e o bloqueio completo do dinheiro. Para o magistrado, a juíza Gabriela Hardt, que homologou o acordo, não poderia fazer isso.

"A atuação do MPF perante o Juízo da 13ª Vara Federal nos inquéritos e nas ações penais da Lava-Jato, a priori, jamais tornaria esse órgão preventivo para a 'execução' do acordo celebrado nos Estados Unidos", afirmou.

O juiz Sergio Moro, à frente da operação até o ano passado, também foi criticado por conflito de interesses ao aceitar o cargo de Ministro da Justiça no governo do presidente Jair Bolsonaro — após ter decretado a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então candidato, meses antes.

Nesses cinco, anos, o que pode se considerar é que o combate à corrupção não pode ser feito só pela força-tarefa.

Como se vê, alguns conflitos surgiram após o início da operação, e culminaram no relaxamentos de prisões, na anulação de processos e de delações premiadas, tornando o processo mais dificultoso e custoso para a obtenção da justiça no caso concreto.

Para Santos (2020, p. 146) quando ocorre o "esvaziamento da importância da racionalidade jurídica, implica necessariamente na ascensão política nos órgãos de controle". Para ele, onde existe o poder de determinar a "vida ou morte" de alguém já não basta o Direito de obter segurança jurídica.

De outra banda, conforme informações prestadas pelo Tribunal de Contas da União — TCU (2017, p. 8), em 2015 o Brasil ocupou o 76º posto no ranking do índice de percepção de corrupção de um total de 176 países — apesar deste nível de corrupção ser de difícil mensuração. Assim sendo, convém aperfeiçoar os mecanismos de prevenção de integridade, ampla-

mente divulgados no mercado, para que não ocorram novos casos de corrupção e de crimes organizados como os apurados pela Operação Lava Jato.

2.2 DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA ATUAÇÃO DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO PELA JAVA JATO

A doutrina administrativa de Santos (2020, p. 285) leciona que a Operação Lava Jato, no combate ao crime organizado, atuando de forma intensa devido à complexidade da matéria, ocasionou um efeito conhecido como “lavajatismo”, ou seja, uma disfuncionalidade entre os poderes, sendo que um deles acaba por exercer influência perversa sobre o outro. Em exemplificação, apresenta a terminologia voltada ao gestor público que é o “apagão das canetas”.

Para o autor, o desarrazoado excesso de fiscalização do Ministério Público e dos Tribunais de Contas reflete negativamente, fazendo com que ele deixe de decidir tendo em vista o receio de ser processado judicialmente ou no tribunal de contas.

Outro reflexo decorrente da Operação Lava jato deve-se à inclusão na Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869/2019, para vedação expressa para que a autoridade policial somente conduza o investigado e testemunha coercitivamente, para prestar declarações, nas formas autorizativas da lei, sob pena de incidir no artigo 10: “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”. Ressalta-se que essa questão foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 444/2019, em face de alguns procedimentos realizados durante a Operação Lava Jato.

Neste sentido, o que se quer demonstrar é que a Operação Lava Jato possui importante papel na promoção da ordem pública e manutenção e do respeito às leis penais e na coibição de crimes organizados no Brasil. Todavia existem reflexos que devem ser analisados e que podem repercutir nos direitos fundamentais dos investigados, pois, mesmo diante de todos os delitos praticados, ainda são carecedores do devido processo legal.

Por fim, é forçoso mencionar que a citada Operação Lava jato está promovendo situações inusitadas, tal qual a Ação Civil Pública que Tramita na 10ª Vara da Justiça Federal em Mossoró. Na ação civil pública 0801513-73.2021.4.05.8401, os Procuradores da República afirmam que

a condução da Operação Lava Jato proporcionou um estado de violação dos princípios republicanos e democráticos, inclusive pedindo que a União promova cursos de educação moral e civismo nas escolas de formação dos magistrados e promotores.

Como se percebe, a Operação Lava Jato teve o condão de movimentar vários segmentos da sociedade. Quanto aos gestores públicos, cabe a recondução dos freios e contrapesos, tão preciosa ao equilíbrio do Estado, a fim de que possam realizar suas atividades com excelência sem receio de ingerências ou ameaças por órgãos de controle externo ou pelo Ministério Público.

CONCLUSÕES

A busca pela pesquisa é crucial na vida acadêmica de um aluno. Não se permite analisar os fatos que repercutem no Direito sem extrair deles o real valor. O que se procurou neste trabalho foi apresentar, mesmo sem o propósito de esgotar a matéria, que o crime organizado possui peculiaridades que diferem dos crimes “convencionais”.

Com as origens em delitos mais graves, bem como de repercussões transnacionais, exigem dos Estados uma postura mais rígida em seu combate. De igual forma, internamente, as legislações devem ser elaboradas de modo a coibir a prática de tais crimes.

Entretanto, mesmo diante de todas essas características, o Estado deve estar atuante no combate ao crime organizado e sempre promovendo o devido processo legal. Não se pode esquecer da racionalização do Direito e da segurança jurídica que mantêm os poderes constituídos sempre em consonância com os ditames da Constituição.

Por fim, cabe mencionar que é necessário que os gestores estejam sempre conscientes de que a boa administração se faz com probidade e eficiência, não sendo necessário deixar de decidir as funções que lhe são afetas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, 1984.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 02 ago. 2013.

BRASIL. **Referencial de Combate à fraude e corrupção**. Tribunal de Contas da União, 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 14 set. 2021.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CERIONI, Clara. Cinco anos da lava jato: os resultados e desafios da operação. **Revista Exame**, 17 mar. 2019, 8h20. Disponível em: <https://exame.com/brasil/cinco-anos-da-lava-jato-os-resultados-e-desafios-da-operacao/>. Acesso em: 13 set. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Editora Juspodivum, 2019.

PEREIRA, José Matias. **Manual e Gestão Pública Contemporânea**. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES TEÓRICAS ACERCA DA LEI N° 14.188/2021

*Arthur Tomaz da Silva*⁴¹

*Christianne Pereira de Lucena Silva*⁴²

*Danilo dos Santos Guimarães*⁴³

*Yara Gabriela Filgueira Monteiro*⁴⁴

INTRODUÇÃO

A Pandemia da COVID-19 fez com que diversos setores e atividades fossem paralisados, postergados ou retrocedidos, causando prejuízos econômicos e sociais que ainda serão mensurados ao longo do tempo. Desse

41 Aluno do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central, licenciado em Letras pela Universidade Estadual da Paraíba e técnico judiciário da Justiça Federal de Pernambuco.

42 Aluna do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central e aluna do curso de Administração Pública da Universidade Federal do Vale do São Francisco.

43 Aluno do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central, graduado em Tecnologia em Gestão Ambiental, pós-graduado em Gestão Pública e técnico judiciário da Justiça Federal de Pernambuco.

44 Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri; pós-graduanda em Psicologia Forense pelo Centro Universitário União das Américas; advogada e professora da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central.

modo, as restrições sanitárias resultaram no distanciamento social ou até mesmo no isolamento, quando necessário, visando o bem comum e o efetivo combate à situação emergente.

No entanto, tais fatores contribuíram para o aumento da violência doméstica, familiar e do feminicídio, uma realidade nos lares e ambientes domésticos. Ademais, a fiscalização estatal e social acabou por ser prejudicada como uma consequência lógica do distanciamento social. Fato este que requereu do Estado uma ação, que foi externalizada por meio da Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021, e dos aspectos em torno da sua ementa.

Para mais, a violência psicológica, em suas diversas formas, pode ser tão prejudicial quanto a violência física, o que requer atenção e cuidados especiais, tendo em conta o processo degenerativo — lento e gradual — que a vítima pode sofrer, principalmente quando feito com sutileza. É, pois, desse contexto, que surge o seguinte problema de pesquisa: até que ponto é necessária a promoção de políticas públicas para garantir a eficácia da Lei nº 14.188/2021 e combater as formas mais sutis de violência psicológica?

A hipótese proposta como resposta provisória para o problema supracitado, aduz que a Lei nº 14.188/2021 é importante para o ordenamento jurídico, pois além de ser mais um mecanismo de combate à violência contra a mulher, veio criminalizar o seu tipo mais sutil; todavia, para a garantia da sua eficácia é necessário a observação e o fomento de políticas públicas.

A relevância da presente pesquisa justifica-se pela construção e organização do conhecimento acerca da violência psicológica e das proposições da Lei nº 14.188/2021. Além disso, a temática atual e de interesse humanitário ganha destaque nos debates acadêmicos e científicos. Ademais, o tema social discutido justifica o estudo como medida de fomento a boas práticas e ao combate à violência doméstica e familiar.

No tocante à metodologia adotada para o desenvolvimento do presente estudo, tem-se que se trata de uma pesquisa exploratória, tendo em vista o intento de aproximação com o objeto da investigação, qual seja, a verificação da necessidade de políticas públicas para garantir a eficácia da Lei. Ainda, estrutura-se em conformidade com o método dedutivo, partindo da compreensão sobre a forma sutil da violência psicológica até a promoção de políticas públicas como garantia da Lei. No mais, utiliza-se

da técnica bibliográfica, debruçando-se sobre fontes legais, doutrinárias e planos de combate à violência doméstica e familiar.

Organizado em três partes, o artigo discorrerá, inicialmente, sobre o *Gaslighting* e a sutileza devastadora da violência psicológica. Em seguida, explanará a Lei nº 14.188/2021 como Marco legal da criminalização da violência psicológica e, por fim, na terceira parte, será discutida a necessidade de promoção de políticas públicas para garantia da eficácia da Lei nº 14.188/2021.

1 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

O conceito de violência acaba por refletir a forma como ela é empregada, seja pelo uso da força física, dos meios à disposição do agressor ou das estratégias mentais. No que tange à violência psicológica, tem-se que é entendida como aquela que agride a saúde e a integridade emocional da vítima, desestabilizando-a emocionalmente, sendo mais comum no ambiente doméstico e familiar.

Segundo explicam Ribeiro e Mello (2021, p. 326), a violência psicológica é um processo silencioso que causa marcas profundas na vítima. Diferentemente da violência física, que deixa marcas no corpo, a violência psicológica não deixa rastros. Quem está de fora do contexto da violência dificilmente irá percebê-la, bem como é dificultoso para a própria vítima identificar a violência sofrida.

1.1 AS FACES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Em 7 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica bioquímica que sofreu violência de seu ex-marido durante dezenove anos, incluindo dupla tentativa de feminicídio. Nessa Lei constam mecanismos para coibir, prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher e dispõe sobre as formas de violência contra a mulher, que podem ser: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. No que concerne à violência psicológica contra a mulher, dispõe em seu artigo 7º, inciso II, que:

É entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

Outrossim, numa pesquisa realizada por Araújo, Martins e Santos (2004), analisou-se 3.627 Boletins de Ocorrência de uma delegacia de Defesa da Mulher no interior do Estado de São Paulo, chegando à seguinte conclusão: “as mulheres mais atingidas pela violência são as jovens, casadas e sem atividade remunerada”. Segundo os dados, 62% dessas mulheres têm entre 21 e 40 anos e 57% são casadas. No mais, Araújo (2008) pontuou que “a violência física é a mais frequente ou pelo menos a mais denunciada (58% no total, sendo 32% com lesão corporal). A violência psicológica aparece com 36% e a sexual com 6% entre os BOs pesquisados”.

Nessa toada, tem-se que a desigualdade entre os gêneros é um fator que fomenta a violência contra a mulher. Isso porque desde os primórdios da formação social o modelo de família vindo sendo o patriarcal, no qual onde o homem é o chefe e administrador dos bens. Assim, embora a igualdade material entre os gêneros ainda seja uma realidade distante, a igualdade formal é um direito conquistado e positivado na Constituição Federal de 1988.

1.2 A SUTILEZA DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A violência psicológica, por não deixar marcas tão evidentes quanto as da física, é negligenciada pela sociedade. Nesse ponto, é importante destacar que a invisibilidade desta violência não significa que ela seja menos marcante, pois suas consequências podem ser devastadoras.

Nesse sentido, Costa (2020, p.7) assevera que “a violência psicológica, às vezes, assume contornos de crueldade que se comparam ou são até piores do que aqueles provocados pela violência física. Inclusive podendo

levar ao suicídio”; sem deixar de olvidar que a dificuldade na identificação dessa violência faz com que determinados comportamentos sejam normalizados pela sociedade, por parecerem condutas inofensivas.

Segundo Ribeiro e Mello, a violência psicológica pode revelar-se por meio de “ameaças, insultos e coação verbal; tem por objetivo dominar e regular as atitudes, hábitos e condutas, causando assim graves prejuízos à saúde mental da vítima” (2021, p. 326). Configura-se, ainda, as situações em que o agressor tenta controlar a vítima ou fazê-la sentir-se diminuída.

Ademais, a reflexão histórica sobre o papel da mulher na sociedade ou em suas relações ajuda a compreender o porquê de o agressor tentar controlar ou diminuir a vítima. Ribeiro e Mello (2021, p. 328) destacam que, ao longo do tempo, a mulher era vista como propriedade do homem. Para mais, a mulher não podia trabalhar, frequentar curso superior, votar etc. Apesar de ultrapassada, essa cultura ecoa nas relações presentes, dando força a agressores e sendo normatizada por vítimas.

As consequências da violência psicológica podem ser emocionais ou físicas (COSTA, 2020, p. 11). Em relação às emocionais, vislumbram-se a insônia, a depressão, a ansiedade, o sentimento de culpa, a sensação de vazio, distúrbios alimentares, o isolamento social, dentre outros. Isso posto, o agressor pode culpar ou fazer a vítima se sentir culpada por estar mal emocionalmente, o que caracteriza uma nova violência. Costa (2020, p. 11) chama atenção, ainda, para o fato de que a violência psicológica não é sentida apenas pela mulher, pois estende-se a toda dinâmica familiar, podendo ser sentida também pelos filhos.

O sofrimento emocional decorrente da violência psicológica pode gerar reflexos físicos. Costa (2020, p. 12) menciona dores de cabeça e dores físicas como consequência. Se a mente está adoecida, o corpo tende a adoecer também. Além disso, essa forma de violência pode acarretar situações fatais como o suicídio ou o feminicídio. Nesse ponto, pode-se dizer que a violência psicológica é “porta de entrada” para outros tipos de violência.

1.3 GASLIGHTING: O MAIS COMUM DOS ABUSOS MENTAIS

O termo *gaslighting* teve origem com a peça *Gas Light* (a tradução é ‘meia luz’), produzida por Patrick Hamilton em 1938 e adaptada para o

cinema em 1940, por Thorold Dickinson, popularizando o termo (MACHADO, 2004). O filme recebe esse nome devido à forma de iluminação das casas da época, a gás. Logo, quando uma luz era acendida no andar superior, a luz do andar inferior se tornava mais fraca em razão da diminuição do gás. Ao perceber o enfraquecimento da luz, a personagem indagava o marido sobre um possível problema na encanação de gás. Este, no entanto, negava veementemente que houvesse qualquer problema e sugeria que a percepção da esposa estava equivocada, insinuando que ela estava louca.

O *gaslighting* é uma manipulação psicológica sistêmica, que pode ocorrer em diferentes contextos, nos mais variados tipos de relação, não apenas em um relacionamento amoroso. Diferentemente do filme, o praticante de *gaslighting*, assim como quem sofre, não é tão consciente do abuso. Stern define esse tipo de violência da seguinte maneira:

Gaslighting [...] é um tipo de manipulação emocional em que um gaslighter (aquele que pratica o gaslighting) tenta convencer você de que suas lembranças estão confusas, ou que está entendendo ou interpretando mal seu próprio comportamento e motivações, criando dúvidas em sua mente que o deixam vulnerável e confuso. [...] o que todos têm em comum é a capacidade de fazer você questionar as próprias percepções da realidade (STERN, 2019, n.p.).

As principais características do *gaslighting* é o questionamento constante do abusador para com a vítima. Ele geralmente se coloca em uma posição de lucidez e inteligência superior, questionando constantemente as falas e atitudes da vítima. Assim, esta vai perdendo a crença em si, sua autonomia e seu senso de realidade, tratando-se da forma de violência mais frequente nos relacionamentos.

2 LEI Nº 14.188/2021: MARCO LEGAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Até a entrada em vigor da Lei n.º 14.188/2021, não havia tipificação da violência psicológica contra a mulher. Nesse cenário, conforme destaca Alves (2021, p. 11), a proteção dada à vítima desse tipo de violência

torna-se residual, através de medidas protetivas ou do enquadramento em outros tipos penais. Percebe-se que a referida lei se torna um marco para a proteção da mulher e traduz o entendimento do legislador de que é necessário dar especial tratamento a esta conduta.

Neste tópico, serão analisadas as formas como a Lei n.º 14.188/2021 trouxe inovações para a proteção da mulher. Quatro são as novidades trazidas pelo legislador, a saber: a) positivação do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica; b) alteração da modalidade de pena de lesão corporal simples; c) criação do tipo penal de violência psicológica contra a mulher; e d) alteração da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Para fins de delimitação do objeto de pesquisa, ênfase maior será dada à criação do tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

2.1 SINAL VERMELHO CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A primeira inovação diz respeito à criação do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica. Tal programa surge como uma resposta ao aumento de casos de violência doméstica contra a mulher devido ao necessário distanciamento social provocado pela Pandemia da COVID-19.

De acordo com Sousa, Santos e Antonietti (2021, p. 57), houve aumento de 22,2% nos casos de feminicídio no Brasil entre março e abril de 2020 (período do início da pandemia no país). No mesmo período, em sentido oposto, observou-se a diminuição do número de notificações oficiais de ocorrências.

Os números mostram que, na verdade, há subnotificação de casos. A mulher vítima de violência doméstica, no contexto de distanciamento social, não tem muitas alternativas senão passar maior período de tempo com o seu agressor. A companhia do agressor dificulta que a vítima busque ajuda, o que explica a subnotificação a despeito do crescimento da taxa de violência.

Esse é o contexto da criação do programa Sinal Vermelho. Idealizada em meados de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a campanha consiste em dar à mulher vítima da violência doméstica uma alternativa de comunicar a violência sofrida ainda que esteja na presença

do agressor. Segundo a cartilha do CNJ (BRASIL, 2020), a vítima de violência doméstica pode, na primeira oportunidade que tiver de sair de casa, dirigir-se a uma farmácia parceira e mostrar um “X” desenhado na palma da mão. O atendente, dispondo de nome e endereço da vítima nos cadastros do estabelecimento, acionará a polícia.

A positivação da campanha pela Lei n.º 14.188/2021 é uma forma de ampliar o seu alcance. Para Figueiredo (2021), com a edição do referido diploma, há uma ampliação dos mecanismos que sinalizam a prática de violência contra a mulher. Explica, ainda, que há uma expansão efetiva da eficácia da intervenção penal.

Essa expansão acontece porque o Estado passa a contar com o setor privado para a notificação da violência. Com a campanha, a mulher que, na presença do agressor, não pode ir a uma delegacia, passa a contar com outro ambiente para fazer notificação sem que o agressor perceba. Nota-se que, nesse sentido, a lei autoriza a integração entre diversos setores/poderes, dentre eles, as entidades privadas, consoante o seu art. 2º.

Desse modo, deve ser estabelecido um canal de comunicação imediato com as entidades privadas participantes. O objetivo é fazer com que, após a comunicação, seja prestada efetiva assistência à vítima. Assim, há uma ampliação da rede que receberá as denúncias e, conseqüentemente, um aumento das notificações dos casos de violência doméstica.

2.2 CRIAÇÃO DA QUALIFICADORA PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL CONTRA A MULHER

Avançando, tem-se a criação da qualificadora para o crime de lesão corporal praticada contra a mulher. Com a edição da Lei n.º 14.188/2021, ao art. 129 do Código Penal é adicionado mais um parágrafo: “§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos” .

Note-se que o crime passa a ser próprio em relação ao sujeito passivo. Para que seja aplicada essa qualificadora do crime de lesão corporal, é preciso que a vítima seja mulher e que se dê em razão de sua condição do sexo feminino. Diz o § 2º-A do art. 121 do Código Penal que “se considera em razão do sexo feminino o crime que envolve (I)

violência doméstica e familiar e (II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

De acordo com Figueiredo (2021), a discursão que ocorrerá na aplicação da qualificadora se dará em relação ao vocábulo mulher. O entendimento de quem é mulher para fins de aplicação da lei penal tem relevância.

Sobre esse ponto, Greco (2021, p. 43–45) aponta três principais critérios para entender o conceito de mulher quando da aplicação da lei penal. O primeiro seria de natureza psicológica e, portanto, interno, em que a pessoa se identifica, independentemente do sexo biológico, como mulher. O segundo critério é de natureza biológica e diz respeito a questões genéticas. Por fim, o critério que se denomina jurídico, que diz respeito ao sexo constante nos registros oficiais.

2.3 CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER E MODIFICAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA

Outra inovação trazida pela Lei n.º 14.188/2021, e nosso objeto de estudo, é a criminalização da violência psicológica contra a mulher. A referida lei alterou o Código Penal, incluindo a seguinte redação:

Violência psicológica contra a mulher

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

De início, percebe-se que o tipo acima descrito é um crime próprio em relação ao sujeito passivo. É necessário que a vítima seja mulher. Em relação ao dano emocional causado à mulher, Figueiredo (2021, p. 8) pondera que não se trata de qualquer dano, mas sim aquele dano que

prejudique e perturbe o desenvolvimento da mulher ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões. Segundo o autor, “no último caso, ante a redação, o crime exige dolo específico do agente, no primeiro, apenas o dolo genérico” (FIGUEIREDO, 2021, p. 8).

Quanto aos meios de execução, o crime pode ser cometido mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação no direito de ir e vir e/ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação. Destaca Figueiredo (2021, p. 8) que se trata de um tipo misto alternativo, ou seja, aquele que prevê várias condutas que resultam em um único crime.

Especial atenção deve ser dada à expressão “ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”. Nesse ponto, cabe ressaltar que fica a cargo do julgador formar seu entendimento de que determinado meio é capaz de produzir o prejuízo à saúde psicológica da vítima. O tipo penal não esgota os meios pelos quais a violência psicológica é levada a cabo pelo agressor.

Percebe-se que o tipo penal em estudo visa a coibir a violência que, a despeito de não deixar marcas físicas, deixa marcas emocionais. Enquadra-se nesse tipo a agressão que diminui a vítima pela condição do sexo feminino. É também violência psicológica o levantamento de barreiras que visam a tolher o desenvolvimento, a liberdade e a independência da mulher.

A crítica que Figueiredo (2021, p. 9) faz à tipificação da violência psicológica contra a mulher é que há outros tipos penais que já visam coibir tal prática. Segundo o autor, já existem no ordenamento tipos que proíbem as condutas de ameaçar, causar dano, chantagear e humilhar. Com a criação do novo tipo, segundo ele, o dano emocional que prejudique o pleno desenvolvimento da mulher é requisito necessário para configuração do crime, o que na prática, torna mais dificultosa a aplicação da lei penal que protege a mulher em situação de violência psicológica.

Outrossim, a Lei em comento altera a redação da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que passa a ter a seguinte redação:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou **psicológica** da mulher em situação de

violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (grifo nosso).

O mencionado art. 12-C da Lei Maria da Penha trata de medidas que visam à proteção da mulher vítima da violência doméstica. Antes da Lei n.º 14.188/2021, o afastamento do agressor se dava apenas em se tratando de risco à vida ou à integridade física da mulher.

Nesse ponto, o legislador passou a considerar a violência psicológica tão prejudicial quanto a violência física. Para Figueiredo (2021, p. 5), trata-se de mudança útil e necessária, uma vez que expande as hipóteses de proteção à mulher.

Além disso, a inserção da proteção da integridade psicológica da mulher garante que o legislador seja coerente em suas atribuições. Ora, se o Estado entende que a violência psicológica é tão grave a ponto de tipificá-la como delito, é coerente que amplie os mecanismos de proteção à mulher vítima desse tipo de violência.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

É certo que importantes conquistas no combate à violência contra a mulher foram alcançadas com a promulgação da Lei n.º 14.188/2021, pois, dentre outros pontos, passou-se a criminalizar a violência psicológica, já prevista na Lei Maria da Penha como um dos tipos de violência, todavia sem previsão de pena. Isso dificultava a denúncia e, conseqüentemente, o combate deste tipo de conduta, que sem dúvidas é a raiz do ciclo da violência de gênero.

Nessa senda, tem-se que a Lei n.º 14.188/2021 veio garantir o direito à subjetividade da mulher, consagrado, pela primeira vez, com a edição da Lei Maria da Penha e, agora, pela criminalização da violência psicológica não somente no âmbito doméstico e familiar, mas visando proteger a mulher também em outros ambientes de relação social.

Ademais, a criação do novo tipo é importante também para fins de estatísticas, pois torna-se mais claro o mapeamento da violência contra a mulher. Como consequência, o Estado terá acesso a mais dados que o

auxiliarão no desenvolvimento de políticas públicas e criminais para lidar com esse tipo de violência.

3.1 A NECESSIDADE DO ENFRETEAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A violência contra as mulheres não pode ser analisada por uma única perspectiva, pois é fruto de vários fatores culturais decorrentes principalmente de uma sociedade patriarcal e sexista. Dessa maneira, é utópico acreditar que a simples criação de uma lei vai ser suficientemente capaz de prevenir e combater a violência psicológica, desconstruindo padrões sociais que se perpetuam ao longo da história.

Nesse contexto, a Política Nacional de Enfretamento à Violência contra as Mulheres (2011) dispõe que a violência de gênero, em todas as suas formas, constitui uma das principais formas de violação dos direitos humanos, “atingindo mulheres de diferentes classes sociais, origens, idades, regiões, estados civis, escolaridade e raças”. Por isso, a importância de se adotar políticas públicas acessíveis e que englobem as diferentes modalidades pelas quais a violência se expressa, inclusive a psicológica, que por sua sutileza acaba sendo a mais comum e a mais praticada. Corroborando tal pensamento, tem-se que:

[...] Há necessidade de políticas públicas consistentes, inclusive ações educativas em todos os níveis de ensino, mas, não apenas na educação formal, mas também por meio de todos os canais de divulgação, especialmente a mídia social. Sabe-se que leis não são suficientes para mudar a realidade da violência contra a mulher. (PESSOA, 2015, p. 2).

Além disso, a Constituição Federal (1988) prevê em seu artigo 3º que, dentre outros pontos, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: [...] “promover o bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; bem como, de forma mais específica, e levando-se em consideração que a violência psicológica contra as mulheres é mais frequente no âmbito doméstico, a

referida Lei Maior dispõe em seu artigo 226, §8º que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a violência contra a mulher, em quaisquer de suas formas, mas especialmente a psicológica, é algo bem complexo e o fator cultural não pode ser ignorado; por isso, faz-se necessário a promoção e o fomento de ações estatais, bem como de políticas públicas educativas para fins de tentar minimizar os números de vítimas e garantir a implementação da lei.

3.2 A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DA EFICÁCIA DA LEI Nº 14.188/2021

No Brasil, frequentemente, há uma noção equivocada sobre a implementação de políticas públicas e de ações afirmativas, bem como sua relação e importância para melhor eficácia da lei.

Nessa senda, ressalta-se a necessidade de se fomentar políticas públicas em todos os níveis e contextos sociais, inclusive aqueles voltados diretamente à prevenção e ao combate da violência psicológica; sem deixar de olvidar que as ações afirmativas para vítimas de violência de gênero são provenientes do reconhecimento do sofrimento discriminatório, cunhado nos moldes do patriarcado, o qual naturalizou a violência contra as mulheres (VIGANO; LAFFIN, 2019).

Outrossim, cumpre destacar que políticas públicas são ações estatais, mas também sociais, pois embora possam ser melhor conceituadas como “ações governamentais”, é imprescindível a participação ativa da sociedade para garantir que tais políticas sejam aplicadas. Por isso, consoante ensinamentos das autoras, as políticas públicas não podem ser reduzidas a política estatal:

[...] Para **Azevedo (2004, p. 05)**, a concepção de políticas públicas “[...] são definidas, implementadas, reformuladas ou desativadas com base na memória da sociedade ou do Estado”. Nessa dimensão, constitui-se como fundamental a força dos movimentos e da pressão social na memória da sociedade ou do Estado, com estreita relação às representações sociais que cada sociedade desenvolve

sobre si própria na busca da garantia de seus direitos (VIGANO; LAFFIN, 2019).

Ademais, desde a recente promulgação da Lei nº 14.188/2021, muito se fala acerca do eventual simbolismo penal deste tipo, diante da dificuldade de garantir a efetivação dos direitos por ele consagrados. Todavia é necessário levar em consideração o fato de tratar-se de uma norma de ação afirmativa e, assim como na Lei Maria da Penha, é preciso aplicar o seu duplo viés, quais sejam, além da punição este tipo de norma visa garantir e proteger os direitos femininos. Nesse sentido, a doutrina dispõe:

A Lei n. 11.340/2006 — Lei Maria da Penha — é, antes de tudo, uma norma diretiva de políticas públicas de caráter preventivo, protetivo (atenção à vítima) e de intervenção (educação e reabilitação de agressores). Nela, há previsão de políticas preventivas [...]. Inclui ações educativas e também culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito à diversidade de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz. Recomenda campanhas educativas, programas educacionais e inclusão nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça (PESSOA; 2015, p. 9).

Da mesma maneira, pode-se dizer que a Lei nº 14.188/2021 é, antes de tudo, uma norma diretiva de políticas públicas de caráter protetivo, pois antes de punir o agressor busca prevenir e combater a violência psicológica. Prova de tal fato é a definição do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, tornando-se mais um instrumento de enfrentamento da violência contra a mulher. Além de que, na redação dos seus artigos 2º e 3º, a referida lei prevê a possibilidade de integração entre os poderes, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas para melhor garantia da promoção do referido programa, bem como dispõe sobre o estabelecimento de um canal de comunicação imediata entre as entidades participantes do programa e a realização de campanha informativa e capacitação permanente dos profissionais para melhor atendimentos das vítimas.

Por fim, além da necessidade de implementar ações e políticas públicas, o apoio psicológico, principalmente nessa forma de violência, é importante — não só para a vítima, mas para todos os envolvidos, incluindo o agressor, sendo fundamental fomentar cada vez mais a criação de serviços especializados para sua recuperação, bem como para a reeducação de toda a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, nota-se que a Lei n.º 14.188/2021 é importante e necessária em todos os pontos em que se prestou inovar. Em relação à definição do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência contra a mulher, a lei reafirma sua importância e amplia o seu alcance. Além disso, pode-se dizer que a previsão em lei possibilita que essa forma de denúncia contra violência seja utilizada também em tempos que não sejam de distanciamento social.

A lei em estudo também se mostra importante no que diz respeito à criação da qualificadora para o crime de lesão corporal e à ampliação das medidas de proteção para as mulheres vítimas da violência doméstica. Pode-se afirmar que o recrudescimento da pena cominada para a lesão corporal é um meio que o Estado usa para inibir a tal conduta. No que diz respeito à alteração da Lei Maria da Penha com a inserção da integridade psicológica para fins de aplicação de medidas de proteção, percebe-se que o legislador passou a dar a devida importância à violência psicológica contra a mulher.

Ademais, a Lei n.º 14.188/2021 torna-se um marco porque, com a criação de um novo tipo penal, fica evidente a vontade do legislador de coibir a violência psicológica contra a mulher, a forma mais comum e sutil, que, na maioria das vezes, passa despercebida aos olhos da sociedade ou até mesmo é naturalizada por esta. Com a tipificação, resta clara a importância dada à proteção à vítima. Agora, não se trata a violência psicológica contra a mulher como se fosse qualquer violência, como uma violência comum, mas sim como uma situação específica que merece atenção e providências específicas.

Nessa toada, nota-se que a problemática foi respondida e a hipótese confirmada, sendo verificado que: a Lei nº 14.188/2021 torna-se mais um grande marco na instrumentalização de mecanismo de enfrentamento contra a violência de gênero. Todavia, faz-se necessário a implantação de ações afirmativas e políticas públicas para a garantia da plena eficácia da lei.

REFERÊNCIAS

ALVES, Tainá da Silva. **Atuação de Ministério Público no enfrentamento à violência psicológica contra mulheres no estado da Bahia**: da naturalização da violência à omissão do estatal. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Curso de Direito, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2021. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/4419>. Acesso em: 7 set. 2021.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. **Psicol. Am. Lat.**, México, n. 14, out. 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Dispõe sobre a Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 22 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica e outras disposições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres**, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-vio->

lencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres. Acesso em: 20 set. 2021.

CNM (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS). Pesquisa CNM — Covid-19 — Edição 21 — de 09 a 12/08. **Confederação Nacional dos Municípios**. Área de Estudos Técnicos e Saúde. Ago. 2021. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Relato%cc%81rio_pesquisa_Relampago_Ed_21.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartilha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica**, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/cartilha-sinal-vermelho-AMB_farma%CC%81cias.pdf. Acesso em: 7 set. 2021.

COSTA, Mel de Almeida. **A invisibilidade da violência psicológica e emocional contra a mulher**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Curso de Direito, Universidade Tiradentes, Aracaju, 2020.

FIGUEIREDO, Rudá. **Violência doméstica contra a mulher e Lei n. 14.188 de 2021**. Biblioteca Virtual | Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/area/all/biblioteca/208>. Acesso em: 7 set. 21.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. Niterói: Impetus, 2021.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L. Violência: um problema global de saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 11, supl., p. 1.163–1.178, 2007.

MACHADO, Tiago Mata. “À MEIA-LUZ - SESSÃO DUPLA”: EUA e Inglaterra na disputa pelo noir. **Folha de São Paulo**, 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0207200423.htm>. Acesso em: 26 set. 2021.

MARINHEIRO, André Luis Valentini. **Violência Doméstica: prevalência entre mulheres usuárias de um serviço de saúde de Ribeirão Preto — SP**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo,

Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2003. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/17/17139/tde-05102006-101403/publico/MsMarinheiroALV.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

PESSOA, Adélia Moreira. Aspectos preventivos e políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 10. — 22/10/2015 a 23/10/2015. **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBD-FAM, 2015.

RIBEIRO, Iara Nogueira; MELLO, Reynaldo Irapuã Camargo. Lei Maria da Penha: a violência psicológica em seus aspectos jurídicos e socioculturais na atualidade. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**. Disponível em: <http://recifaqui.faqui.edu.br/>. Acesso em 25 set. 2021.

SOUSA, Ildenir Nascimento; SANTOS, Fernanda Campos dos; ANTONIETTI, Camila Cristine. Fatores desencadeantes da violência contra a mulher na pandemia COVID-19: revisão integrativa. **Revista — Revista de Divulgação Científica Seina Aires, v. 10, n. 1, 2021**.

STERN, Robin. **O Efeito Gaslight**: como identificar e sobreviver à manipulação velada que os outros usam para controlar sua vida. Tradução de Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/se0n1n5>. Acesso em: 20 set. 2021.

VIGANO, Samira de Moraes Maia; LAFFIN, Maria Hermínia Lage Fernandes. Mulheres, políticas públicas e combate à violência de gênero. Dossiê: Relações entre crimes e gênero — um balanço. **História**, São Paulo, v. 38, 2019.

A REMIÇÃO DE PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

*Michael Lemes Monteiro*⁴⁵

INTRODUÇÃO

A aplicação de sanções para quem fere normas sempre existiu e irá existir, dando origem às penas hoje utilizadas, dentre elas — a privativa de liberdade, devendo ser justa, proporcional e eficaz, no sentido de recuperar o infrator e, quando da sua saída da prisão, reincorporá-lo à sociedade. A LEP (Lei de Execução Penal nº 7.210), instituída em 1984, por ter em seu escopo muitos princípios institucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Individualização das Penas, traz a previsão de benefícios para os condenados, dentre as quais o instituto da remição.

A remição da pena nasce para o apenado que exerce atividade laborativa ou de estudo, diminuindo seu tempo no cárcere e auxiliando-lhe a ser reinserido na sociedade de modo que não volte a cometer crimes. Houve recentes mudanças trazidas pela Lei 12.433/2011, incluindo inovações que não estão previstas na LEP.

45 Advogado, Professor, Mentor, Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão pelo Damásio Educacional, Mestre em Direito das Relações Internacionais e Ciências Políticas pela UDE — Universidad de La Empresa.

1 CONCEITO

Devemos entender a dinâmica do Estado e sua aplicação, vez que o desenvolvimento estatal está intimamente ligado ao desenvolvimento da pena:

Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de estado em que se desenvolve esse sistema sancionador. (BITENCOURT, 2010, p. 104).

Seria a pena, dessa forma, uma sanção imposta pelo Estado no exercício do seu direito de punir o indivíduo que comete ato ilícito, antijurídico e culpável, como meio de responder — logo, retribuir — esta conduta que afrontou regras previamente estabelecidas, além de impedir que esse indivíduo incida novamente em infração penal.

2 FINALIDADES

Existem várias definições, dentre as quais se destacam as teorias absolutas e as teorias relativas:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebiam a pena como um fim em si própria, ou seja, como castigo, reação, reparação ou, ainda, retribuição do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, relativas todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. (GRECO, 2009, p. 95).

A teoria absoluta considera o aspecto retribuído da pena. Já a teoria relativa dá importância à característica de prevenção, dirigida à sociedade visando evitar a prática de crimes, com o objetivo de que o infrator não mais pratique delitos.

A legislação penal brasileira adotou a chamada teoria eclética, uma teoria mista que traz à finalidade da pena não só a função de retribuir e penalizar o infrator, mas também a de prevenir tanto de forma geral como específica a futura prática de delitos.

3 FUNÇÕES

A pena serve como repressão, de devolver ao infrator o mal que o mesmo causou à sociedade. No entanto, na antiguidade, era no corpo dos indivíduos que recaía todas as espécies de punição.

A pena, em sua aplicação prática, necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo que se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor. (MARQUES, 2000, p. 32).

Assim, destaca-se o aspecto ressocializador da pena, a fim de que a restauração do criminoso seja uma característica relevante e um fundamento básico desta, afinal, os infratores têm o direito de se tornarem úteis à sociedade. Por essa razão, apresenta-se a ressocialização como o contrapeso necessário na aplicação das penas.

4 DA REMIÇÃO DA PENA INTERNACIONAL

Podemos analisar o surgimento e a presença do instituto remicional na legislação internacional, sendo de suma importância, vez que, se compararmos os seus pontos positivos e negativos nos diversos sistemas adotados em cada país, poderemos assim compreender e melhor aplicar a remição no direito pátrio.

Ab initio, cumpre ressaltar que a Espanha foi o berço desse instituto com a chamada “*redención*”, originada no Direito Penal Militar e aplicada somente aos prisioneiros de guerra e aos condenados por crimes especiais. Tal instituto consistia basicamente numa tentativa de minimizar os rigores da Guerra Civil espanhola. Vemos isso no filme Piratas do Caribe, no

qual, após serem capturados, alguns piratas pedem por redenção, fazendo assim com que deixem de andarem na prancha.

A partir do momento que entrou em vigor o Código Penal de 1995, não só a *redención* como muitos outros benefícios tendentes a encurtar a condenação foram eliminados da legislação espanhola. Tal atitude, todavia, é nitidamente prejudicial ao processo de ressocialização do condenado, objetivo estabelecido expressamente na Constituição da Espanha.

A remição se faz presente em diversos outros países, seja como um instituto remidor em sua essência ou como análogo, porém, cada um possui suas peculiaridades, como é o caso dos Estados Unidos — que possui o sistema chamado “*work incentive trainig programme*”, introduzido pela direção do *California Department Of Correcion* em 1983, onde a cada dia trabalhado o condenado tem direito ao desconto de um dia de pena, sendo penalizado com a perda dos dias remidos em caso de má conduta carcerária.

No México, o instituto remicional tem grande influência da legislação espanhola e exige, além do trabalho, a observação de boa conduta, a participação regular em atividades educativas no estabelecimento e a revelação de efetiva readaptação social. Ademais, a *remisión* não é concedida aos condenados de certos crimes, como bem mencionado por Fudoli (2004).

A Itália, por sua vez, possui instituto análogo à remição, a chamada *liberazione anticipata*, instituto modificador da sentença penal que funciona como um mecanismo de redução da pena, antecipando o fim da privação de liberdade do indivíduo (MERLO, 1987). A *liberazione anticipata* tem por objetivo a detração de quarenta e cinco dias por semestre de pena cumprida para o condenado, a pena privativa de liberdade que tenha demonstrado o esforço para a sua ressocialização.

Da análise dos mencionados institutos, observa-se que o instituto remidor adotado na legislação brasileira diverge em alguns pontos dos demais, principalmente no que se refere à proporção entre os dias trabalhados e estudados e os dias remidos, e no que tange à ausência de elemento subjetivo para que a remição seja deferida no Brasil.

5 DA REMIÇÃO DA PENA NO BRASIL

A partir da análise histórica do surgimento da remição, ou mesmo de institutos análogos, observa-se que, apesar do trabalho prisional existir

desde as épocas mais remotas, esse direito surgiu em 1872, com os reis católicos espanhóis, segundo pesquisa de Fudoli (2004) em sua obra *Da remição da pena privativa de liberdade*.

No Brasil, no Estado de Minas Gerais, as Leis nº 7.226 de 1978 e nº 8533 de 1984, ambas estaduais, tratavam sobre os regimes penitenciários e já dispunham sobre a remição. Todavia tais dispositivos eram muito criticados, vez que a Constituição Federal de 1967, vigente à época, assegurava à União competência para legislar sobre normas gerais de regime penitenciário.

No direito federal pátrio, foi no Anteprojeto revisor da Lei de Execução Penal de 1983 e, posteriormente, na própria Lei nº 7210 de 1984 que se fez referência pela primeira vez ao instituto da remição.

6 CONCEITO DE REMIÇÃO DA PENA

A remição da pena é um direito do condenado de ter abreviado seu tempo de cumprimento de pena através do abatimento no cômputo da pena privativa de liberdade dos dias remidos em face de dias trabalhados e/ou estudados.

A remição consta na Lei de Execução Penal, nos artigos 126 a 130, que, dentre outros méritos, tem o de abreviar parte do tempo da condenação através do trabalho e, após o advento da Lei 12433/2011, do estudo.

Remição é um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional e pelo estudo o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado, semiaberto, aberto ou em livramento condicional. Além de servir de estímulo, abreviando a condenação imposta, a remição constitui um componente essencial à recuperação do condenado pelo trabalho e estudo. (JULIOTTI, 2011, p. 74).

Remição significa liberação, resgate. É uma expressão que vem do verbo *remir*, derivado do latim *redimere*. E, como já mencionado, trata-se de um direito do réu, por ocasião de trabalho e estudo, não sendo legítimo ao juiz da execução perquirir outros elementos — como a gravidade do

crime perpetrado — para o indeferimento do pedido de reconhecimento do tempo remido.

7 ESPÉCIES DE REMIÇÃO

7.1 A REMIÇÃO PELO TRABALHO

De acordo com o artigo 38 do Código Penal, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, cabendo a todas as autoridades competentes zelar pela sua integridade física e moral.

A jornada laborativa que assegura o direito à remição deve observar o artigo 33 da LEP, segundo o qual a jornada de trabalho não deverá ser inferior a seis horas, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados, devendo este ser acompanhado pela autoridade administrativa.

7.1.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO PELO TRABALHO

A remição da pena tem na comprovação dos dias efetivamente trabalhados o requisito principal para a concessão. Portanto, observa-se que basta ao apenado trabalhar e comprovar sua atividade laborativa para alcançar o instituto e ter direito ao abatimento destes dias em sua pena.

7.1.2 CONTAGEM PELO TRABALHO

A contagem do tempo para fins de remição penal é realizada na razão de um dia de pena por três dias de trabalho, portanto, para cada três dias comprovadamente trabalhados o apenado terá direito a remir um dia de pena.

7.1.3 BENEFICIÁRIOS PELO TRABALHO

São beneficiários desta espécie os sentenciados que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado e semiaberto, conforme o que se depreende do artigo 126 da Lei nº 7210/84. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

Esse é ainda o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, exposto ao negar o *habeas corpus* 189.914/RS, que pretendia descontar da pena de um condenado em regime aberto os dias trabalhados, momento em que foi reiterada a posição já adotada de que a remição pelo trabalho só pode ocorrer ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto.

Controvérsias à parte, certo é que as alterações trazidas pela Lei 12.433 de 2011 possibilitaram a remição para os que cumprem pena em regime aberto apenas pelo estudo, e este entendimento é o adotado atualmente pelos Órgãos do Judiciário.

Poderá, ainda, o preso cautelar se beneficiar com a remição de parte da pena provisória pelo trabalho, ainda que não definitivamente condenado, vez que o parágrafo 7º do artigo 126 da LEP afirma que suas disposições também se aplicam às hipóteses de prisão cautelar.

7.2 A REMIÇÃO PELO ESTUDO

Como já mencionado, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, sendo o estudo um desses direitos, uma garantia constitucional à pessoa conforme o artigo 205 da Constituição Federal; além de constituir, através da assistência educacional, um dever do Estado para com o preso ou egresso, conforme dispõe o artigo 10, *caput* c/c artigo 17, da LEP.

Muitos autores defendiam veementemente a introdução em nosso ordenamento jurídico da remição pela instrução, ou, segundo a sua terminologia, a “remição cultural”, entendendo que a alfabetização traz enormes vantagens aos condenados. O Supremo Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se debruçar sobre o assunto ao julgar o Recurso Especial 595.858/SP, decidindo pela possibilidade de remição pelo estudo.

No entanto, a possibilidade de concessão de remição por estudo só foi introduzida na LEP pela Lei 12.433/2011, que ao entrar em vigor modificou o artigo 126 daquela norma, que passou a ter a seguinte redação: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. (BRASIL, 2011, grifos nossos).

7.2.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO PELO ESTUDO

A remição no Brasil, diferentemente de outros países, é instituto que possui apenas requisito objetivo, ou seja, para que um condenado tenha direito à concessão de remição pelo estudo, basta que comprove efetiva frequência escolar, não lhe sendo requisitadas características subjetivas como bom comportamento ou indícios de reintegração, o que finda por acontecer naturalmente.

A frequência escolar exigida, com o inciso I do § 1º do artigo 126, consiste em atividades de estudo em ensino fundamental, médio — inclusive profissionalizante —, superior ou ainda de requalificação profissional. Tais atividades de estudo deverão ser devidamente certificadas pelas autoridades educacionais responsáveis pelos cursos frequentados. Ademais, deve-se ressaltar o incentivo dado ao sentenciado para que alcance a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, presente no § 5º do artigo 126 da LEP, também incluído pela Lei 12.433, que dá direito ao condenado, ao obter essa conclusão, de acréscimo de um terço do tempo de pena remido em função das horas de estudo.

7.2.2 CONTAGEM PELO ESTUDO

A remição pelo estudo será feita à razão de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar, divididas no mínimo em três dias, conforme redação vigente no parágrafo 5º do artigo 126 da Lei 7.210. Para ter direito à remição é necessário que as horas de estudo somadas resultem em doze a cada três dias, para que o condenado tenha um dia abatido de sua pena, não sendo permitido que uma jornada de doze horas de estudo concentradas em um único dia proporcione esse direito.

7.2.3 BENEFICIÁRIOS PELO ESTUDO

Segundo o *caput* do artigo 126 da LEP, são beneficiários pelo estudo, assim como da remição pelo trabalho, os sentenciados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto. No entanto, a Lei 12.433 acrescentou um 6º parágrafo a esse artigo, ampliando o rol de beneficiários da remição pelo estudo e possibilitando que ela seja concedida também aos conde-

nados que cumprem pena em regime aberto e àqueles que usufruem de liberdade condicional.

Portanto, é inconteste que, no caso dos sentenciados que cumprem pena em regime aberto ou que estão em liberdade condicional, a única opção para obter a remição de pena é a frequência a curso de ensino presencial. Para os condenados que estão em regime fechado ou semiaberto caberá a remição pelo estudo tanto em atividades de estudo que se realizem de forma presencial ou a distância. Poderá, ainda, o preso cautelar se beneficiar com a remição de parte da pena provisória pelo estudo, ainda que não definitivamente condenado, vez que o parágrafo 7º do artigo 126 da LEP afirma que suas disposições também se aplicam às hipóteses de prisão cautelar.

7.3 A REMIÇÃO FICTA

Sabe-se que o instituto da remição penal garante ao preso o direito de cumprir sua pena passando menos tempo em estabelecimento prisional, desde que trabalhe ou estude, obtendo assim o abatimento do tempo remido na pena.

Para os defensores dessa modalidade de remição, por ser o trabalho um direito inerente à pessoa humana, o preso fará jus à remição da pena ainda que não lhe sejam disponibilizados os meios necessários para fruir desse direito, vez que o apenado não poderia restar prejudicado por uma lacuna estatal para a qual não concorreu, bastando a ele comprovar que estava disposto a trabalhar e que, no entanto, a Administração não atendeu o seu desejo.

Não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho de atividade. Não cabendo ao sentenciado a responsabilidade por estar ocioso, não pode ser privado do benefício por falha da administração. Comprovando o preso em regime fechado ou semiaberto que estava disposto ao trabalho, mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado o seu labor. (MIRABETE, 2000, p. 56).

Seria a remição ficta, portanto, o reconhecimento do benefício da remição penal, ante a falha do Estado de não proporcionar ao preso a possibilidade de prática de atividades laborais, a fim de que ele possa cumprir o requisito objetivo expresso na Lei de Execução Penal para alcançar o direito à concessão de remição. De fato, há que reconhecer que a realidade prisional brasileira é muito distante da conferida pela LEP, que, como bem exposto:

Com todas as boas intenções no seu texto manifestadas, deixou de atentar para a realidade penitenciária nacional, segundo a qual o Estado não tem condições de oferecer trabalho a todos os condenados, apesar de ter sido previsto o direito à remição. (FUDOLI, 2004, p. 69).

A única ressalva expressamente prevista na LEP, em que o apenado terá direito a remir o tempo de pena sem exercer efetivamente suas atividades laborais é quando o preso ficar impossibilitado de prosseguir no trabalho ou no estudo em razão de acidente.

7.4 PERDA DE DIAS REMIDOS

O direito do condenado à remição vem envolto por uma condição resolutiva parcial, a saber, a perda de parte dos dias remidos no caso de cometimento de uma falta grave. Nota-se, portanto, que se faz presente neste instituto uma cláusula *rebus sic stantibus*.

8 A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E A TEORIA DA IMPREVISÃO

Rebus sic stantibus significa “estando as coisas assim” ou “enquanto as coisas estão assim” e é expressão que tem origem no latim. A expressão representa a Teoria da Imprevisão, segundo a qual seria possível a alteração de um contrato, a despeito do princípio da força obrigatória dos contratos, sempre quando as circunstâncias que envolverem a sua formação não forem as mesmas no momento da execução, tornando-se o pacto desequilibrado e excessivamente dispendioso para uma das partes.

No caso da remição penal, a justificativa para aplicação desta cláusula encontra-se no entendimento de que a conduta do condenado beneficia-

do com esse instituto deve ser objeto de constante avaliação, para manter seu direito sob os dias remidos e não cometer falta grave.

9 FALTA GRAVE

As faltas disciplinares são classificadas no artigo 49 da LEP como faltas leves, médias e graves, sendo que em qualquer uma delas devem ser observados os princípios da legalidade e anterioridade, ex vi do artigo 45 desta mesma forma.

As faltas leves e médias serão especificadas pela legislação local. As faltas graves, por sua vez, foram expostas num rol taxativo presente no artigo 50 da Lei 7.210, não podendo, portanto, nenhuma conduta que não esteja presente nesse artigo ser considerada falta grave.

Nesse sentido é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL — HABEAS CORPUS — APENADO QUE SE RECUSOU A COMPARECER PERANTE OFICIAL DE JUSTIÇA PARA RECEBER CITAÇÃO — FALTA GRAVE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 50 DA LEI 7210 — ROL TAXATIVO — IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O CANCELAMENTO DA FALTA GRAVE E RESTITUIR OS DIAS REMIDOS.

As faltas graves são aquelas expressamente relacionadas no artigo 50 da LEP, não permitindo interpretação extensiva para encaixar outros atos de indisciplina no seu no seu rol, sob pena de se ferir o princípio da legalidade. Conquanto a recusa do preso em comparecer perante o Oficial de Justiça, para ato de citação, tenha sido um ato um pouco recomendável, ele não constitui falta grave, além do paciente já ter sido punido com trinta dias de isolamento celular. Ordem concedida para cancelar a anotação de falta grave e restituir ao paciente os dias remidos. 50 LEP.

(STJ-HC 108616 SP 2008/0129955-2, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Data do Julgamento: 06/02/2009, T6 — SEXTA TURMA, Data da publicação: DJe 02/03/2009).

Assim, observa-se que, para ocorrer a perda dos dias remidos, a falta qualificada como grave, cometida pelo condenado, deve estar presente dentre as expostas no artigo 50 da Lei de Execução Penal.

9.1 O COMETIMENTO DE FALTA GRAVE E A CONSEQUENTE PERDA DOS DIAS REMIDOS

“Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Tal entendimento é o adotado e defendido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme depreende-se da decisão a seguir colacionada:

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. PERDA DOS DIAS REMIDOS. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA. LEX IN MELIUS. RETROAÇÃO (ART. 5º, INC.LX, DA CARTA MAGNA).

1. A falta grave cometida no curso da execução da pena acarreta o reinício da contagem do prazo para a obtenção de novos benefícios (Súmula Vinculante nº. 9/STF).

2. O artigo 127 da Lei n. 7210/84 preceituava, com a redação anterior à da Lei n.12.433 de 29 de junho de 2011, que “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Com a alteração introduzida pela novel Lei nº. 12.433/2011, o citado dispositivo da LEP passou a dispor que “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3(um terço) do tempo remido, observando o disposto no art.57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

3. O Art. 127, com a redação anterior, previa a perda total dos dias remidos pelo trabalho e o reinício do prazo para a obtenção de benefícios da execução penal. Com o advento da Lei 12.433/2011, a perda dos dias remidos ficou limitada a no máximo 1/3 (um terço), mantendo-se a previsão de reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios.

4. A novel lei deve retroagir, por força do artigo 5º, inc.XL, da Constituição: a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar. Precedente: hhcc 110.040, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª turma, DJ e de 29/11/11; 110.317, Rel. Min. CARLOS BRITTO, (liminar), DJe de 26/09/11, e 111.143. Rel. Min. DIAS TÓFFOLI (liminar) DJe de 22/11/11.

5. In casu, o paciente cometeu falta grave no curso da execução penal e teve reiniciado o prazo de obtenção de benefícios, único constrangimento ilegal que se visa cessar no presente writ.

6. Ordem denegada quanto á pretensão de não reinício do prazo para a concessão de benefícios da execução penal, mas concedida, ex officio, para determinar ao Juízo da Execução que a perda dos dias remidos pelo trabalho se dê de acordo com a Lei 12.433/2011.

(STF–HC 111.480 RS – Relator Min. LUIZ FUX, Data do Julgamento 29/05/2012, Primera. Turma Data de Publicação: DJe-120 DIVULG 19/06/2012 PUBLIC 20/06/2012).

Portanto, “A remição é um direito do condenado com condição resolutiva parcial, pois é passível de revogação até o limite de 1/3, na hipótese de o sentenciado praticar falta de natureza grave”. (JULIOT, 2011, p. 115).

10 DECLARAÇÃO DE PERDA DE DIAS REMIDOS

Como bem mencionado, a remição implica na alteração do título executivo, tendo, portanto, natureza jurisdicional. Dessa forma, por envolver um direito público subjetivo do condenado, tanto a concessão de remição como também a sua revogação deverão ser declaradas judicialmente pelo juiz da execução penal.

Dessa feita, observa-se que, para que ocorra a perda de dias remidos deve-se, nesta ordem, ter o condenado praticado falta grave, que por sua vez deve ter sido reconhecida por meio de procedimento disciplinar; por fim, tendo em vista a punição por falta grave e a legalidade nesta reconhecida, o juiz da execução declara a perda de certa quantia dos dias remidos por meio de procedimento jurisdicionalizado.

11 A FALSA DECLARAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

A falsa declaração ou atestado de prestação de serviços para instruir pedido de remição caracteriza a prática de crime de falsidade ideológica, previsto no Código Penal em seu artigo 299. Dessa forma, aquele que junta à petição de concessão de remição documento que demonstra ter trabalhado ou estudado, e sendo constatado que a prática de tal atividade não se deu na realidade, será o condenado punido com a imputação de crime de falsidade ideológica, vez que neste caso ele teria feito inserir em documento público uma informação falsa.

12 SIGNIFICATIVAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.433/2011

A defesa do estudo como meio para alcançar o direito à remição baseava-se principalmente na finalidade da pena e da execução penal, vez que esta adotara a teoria eclética.

Compartilha desse entendimento o Pacto San José da Costa Rica, tratado internacional do qual o Brasil é signatário, que determina em seu artigo 6º que: “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Na mesma esteira, ante a grande controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 341, pela possibilidade da concessão de remição pelo estudo.

Através dessa modificação, solidificou-se o entendimento antes tão guerreado, de concessão de remição por atividades de ensino, que trouxe não só pacificação do tema como ainda ressaltou a grande importância do papel do estudo como instrumento de ressocialização.

Outra modificação trazida pela Lei 12.433/2011 é no que diz respeito à possibilidade de cumulação entre a remição pelo estudo e a remição pelo trabalho, observando que a lei fez uma ressalva expressa para que ocorra essa cumulação, a saber, que as horas diárias de trabalho e estudo sejam definidas de forma a se compatibilizarem, conforme consta do § 3º do artigo 126 da LEP.

Assim, embora seja possível ao condenado trabalhar e estudar no mesmo dia, as horas dedicadas a tais atividades deverão ser realizadas em

períodos distintos e cumprindo a jornada diária que a lei exige para o trabalho (6 a 8 horas por dia) e para o estudo (12 horas a cada 3 dias).

Nesse sentido é a seguinte decisão:

AGRAVO DE EXECUÇÃO Remição pelo estudo e pelo trabalho. Detento que desenvolve as duas atividades — Possibilidade atual redação ao art. 126 da LEP que autoriza expressamente a remição pelo estudo e a cumulação com o trabalho Lei 12.433/11 — Decisão mantida Agravo improvido — (voto n° 13845)*. 126 LEP 12.433

(TJ 796493420118260000 SP 0079649-34.2011.8.26.0000, Relator: Newton Neves, Data do Julgamento: 25/10/2011, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/10/2011).

O ócio é, segundo os próprios detentos, um dos piores vilões da pena privativa de liberdade, pois se com a remição o tempo parece passar mais rápido, o ócio faz com que esse tempo no cárcere pareça interminável.

Ademais, os benefícios adquiridos pela prática de atividade laboral ultrapassam e muito a simples ideia de obtenção de remição e, conseqüentemente, a redução de pena. É vantajoso porque fornece a ocupação do tempo ocioso, a ocupação da mente e a ainda muito questionada oportunidade de ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez preso o transgressor, ele permanece esquecido atrás das grades com seus direitos menosprezados, sua dignidade subjugada e sua vida morta. Assim, esquece-se a sociedade que, apesar do problema parecer não mais existir, ele apenas está escondido, aguardando para voltar à realidade, todavia, como será esse retorno?

É justamente pensando na solução do problema que devem ser ressaltados os meios que se mostram eficazes em tornar esse problema uma solução; assim, deve-se dar a devida importância aos instrumentos presentes da LEP, que buscam a harmônica integração social do condenado.

Diante do que foi exposto, verificou-se que o tema abordado se mostra relevante nesse sentido, tendo em vista que a remição da pena é ins-

tituto que, além de beneficiar o condenado enquanto preso, através da ocupação do tempo e da diminuição da pena, também o beneficia quando liberto, vez que nessa ocasião o conhecimento obtido com as atividades exercidas auxiliará na sua reintegração à sociedade.

Assim, o presente estudo teve como desígnio principal abordar os pressupostos gerais que envolvem o instituto da remição, bem como analisar as alterações trazidas pela Lei 12.433, que trouxe muitas disposições inovadoras e consolidadoras à Lei de Execução Penal.

A finalidade aceita e, agora, expressamente prevista na remição por atividades de estudo, mostrou-se instituto de grande relevância vez que, assim como na remição concedida pelo trabalho, fornece para o preso o contato com valores ético-sociais capazes de inculcar neles o desejo de praticar o correto e manter uma vida saudável com o sustento provindo do seu próprio trabalho, de forma lícita.

Nessa esteira, ao se compreender que a prática de certas atividades, além de dar ao condenado a possibilidade de remir sua pena, proporciona também a sua edificação como ser humano, é que muitos vêm entendendo e aplicando o instituto remicional para atividades não expressas na Lei de Execução Penal, como os Projetos “Remição pela Leitura” e “Pedalando para a Liberdade”, que foram citados neste trabalho justamente no sentido de analisar esse aspecto ressocializador da remição.

Isso posto, há que se considerar ser a remição um instituto completo, pois na medida em que gera a descaracterização também proporciona a ressocialização do condenado.

Ressalta-se, por fim, que não podemos fechar os olhos para o encarcerado, que implora por oportunidades, por uma chance de provar que se arrepende e quer mudar e, que como demonstrado neste trabalho, encontra na remição um vantajoso apoio, pois tanto o estudo como o trabalho, além de direitos, são instrumentos facilitadores de conhecimento e de aprendizagem, lhe possibilitando evoluir cultural e profissionalmente, abrindo novos horizontes no mundo da educação e do trabalho com firme propósito na sua reeducação e ressocialização.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason Soares. **Das penas de execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BICUDO, Tattiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral I. 15. ed. São Paulo Saraiva. 2010.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de novembro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 de novembro de 1941.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília DF, 11 de julho de 1984.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CANEPÀ, Mario; MERLO, Sergio. **Manuale Di Diritto Penitenziario**. Milano: Giuffrè, 1987.
- CAPEZ. **Execução Penal** 3. 11. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- CARNELLUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli Campinas: Bookseller, 2002. Tradução de: Le miserie Del Processo Penale.
- CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. **A capitalização do tempo na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade**. São Paulo: Método: IBCCRIM, 2008.

- COSTA JR., José da. **Curso de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DIAS, Maria das Graças Moraes. **A redução da pena pelo trabalho**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1976.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FUDOLI, Rodrigo. **Da remição da pena privativa de liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.
- GOMES, Ana Zélia Jansen Saraiva. **A remição da pena pelo esporte**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13696-13697-1-PB.pdf>
- GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GRINOVER, Alda Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Granada: Comares, 2002.
- JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Verbatin, 2011.
- JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARCAO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

- MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.
- MEDEIROS, Rui. **Prisões abertas**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MIRABETE, Júlio Fabiani. **Execução penal**: comentários à Lei 7.210 de 11-07-84. São Paulo: Atlas, 2000.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentários à Lei de execução penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PADUANI, Célio Cesar. **Da remição na Lei de execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RODRIGUES, Cristiano. **Direito penal geral**. Niterói: Impetus, 2012.
- SANTORO, L. **Execuzione penale**. Imprenta. Torino: Torinese, 1953.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Revista Jurídica**, LEX n. 51, p. 459, maio-jun. 2011. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelorodrigues/2012/10/24/remicao-da-pena-por-trabalho-no-regime-aberto/> Acesso em: 19 mar. 2013.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

ARTIGOS – DIREITO PROCESSUAL

ASPECTOS DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E TECNOLÓGICAS NO BRASIL DIANTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS IMPLANTADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA O ACESSO VIRTUAL AO PODER JUDICIÁRIO

*Luciane Mara Correa Gomes*⁴⁶

INTRODUÇÃO

Atualmente, as inovações tecnológicas lançam a sociedade para uma realidade que, cada vez mais, exige dos indivíduos habilidades para manusear programas de computadores, aplicativos e acesso à rede mundial de computadores. Essas rotinas também se tornaram parte da estrutura do poder judiciário, como meio de conferir uma maior mobilidade para os processos judiciais existentes, diminuindo o tempo de espera, a ne-

46 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Associada à Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Associada ao Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

cessidade de espaços físicos para armazenamento e a maior possibilidade de um resultado final mais célere. Desde 2006, os tribunais brasileiros têm a regulamentação do processo eletrônico, que levou para o ambiente desmaterializado a resolução de conflitos, como método para garantir a razoável duração do processo e evitar a morosidade processual.

A dúvida que paira sobre o assunto é a adoção de meios para garantia ao amplo acesso à justiça, dentro deste aspecto desmaterializado, uma vez que pesquisas especializadas revelam que apenas 2/3 da população tem acesso às tecnologias da informação e da comunicação. Diante desse dado, verifica-se que uma parcela está desqualificada para obter o serviço público judiciário e traz indícios de que há violação constitucional ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional visto que o campo judiciário não implantou meios adequados de acesso para quem não tem tais habilidades.

Dessa forma, este trabalho se ocupa em identificar os aspectos de desigualdade social e tecnológica da população brasileira com vistas a inferir a habilidade para fazer uso do serviço público judiciário em ambiente eletrônico. Esta busca será realizada por meio da verificação dos dados obtidos no mapeamento feito pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil, realizado no ano de 2020, na pesquisa TIC DOMICÍLIOS 2019.

Esta análise é necessária para verificar a efetivação do acesso à prestação jurisdicional virtual por meio das políticas públicas implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça. O diagnóstico deve conferir a igualdade formal e material a todos os indivíduos, sejam eles habilitados ou não à utilização do processo eletrônico, uma vez que as resoluções publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, até a presente data, estão destinadas a criar disposições que implementam normas para o campo judiciário sem a preocupação com alternativas para os usuários que não estiverem habilitados, ou seja, não considerou adotar políticas judiciárias voltadas à inclusão digital como mecanismo de redução de desigualdade social e tecnológica.

A metodologia adotada na pesquisa é qualitativa, sendo desenvolvida por jurimetria, com a análise dos resultados da pesquisa TIC Domicílios 2019, elaborada pelo Centro Regional de estudos para o desenvolvimento da sociedade da informação, limitando os dados coletados ao nível nacional, de acesso às tecnologias da informação e da comunicação, com recorte nas ações que possibilitam a utilização de computador, equipamento

preponderante para desenvolver as tarefas em um sistema eletrônico do Poder Judiciário.

1 IMPACTOS DA DESIGUALDADE SOCIAL NA ESFERA JUDICIÁRIA

A forma com que o indivíduo está dotado das condições de entrada no campo judiciário por meio das tecnologias da informação e da comunicação é capaz de identificar se este acesso é apenas para referendar a promessa tardia de assegurar direitos ou se este ingresso é qualitativo. A partir dessa posição, é necessário identificar a finalidade do acesso qualitativo, o que leva a verificar, a partir do conceito cunhado por Leonardo Greco (2003), se existe ou não o acesso, se este é qualitativamente satisfatório e atende as expectativas das partes envolvidas no litígio.

Se por um lado a prestação jurisdicional está diretamente relacionada à organização judiciária para o desenvolvimento de um processo justo, cumpre apontar que, para alcançar esse objetivo, a resolução do conflito de interesses submetido ao judiciário prevê a prática de uma série de atos ligados entre si por um fio condutor até o seu desfêcho, permeada pela rapidez, dinâmica e eficácia (CARNEIRO, 2019). Dessa forma, se por um lado as transformações sociais ocorridas ao longo dos anos não retirou do Judiciário a posição de “guardião das promessas” (LOPES, 2014), por outro, não se deve deixar de avaliar se a falta de aptidões dos indivíduos para o acesso à prestação jurisdicional igualitária deve ser motivo para criar barreiras estruturais para o campo.

É necessário recordar que a crise de representatividade política trouxe a politização exacerbada do campo judiciário e que, por tal razão, a máquina judiciária se viu assoberbada de demandas e a maior efetividade do campo exige uma alteração estrutural com vias a atingir a democratização do acesso ao judiciário. Para minimizar os impactos de uma maior busca pela judicialização dos conflitos sociais, o legislador brasileiro, por meio de diversas legislações específicas e do Código de Processo Civil, adequou a comunidade jurídica ao processo eletrônico como método de resolução do problema da morosidade judiciária, visando conferir maior celeridade na entrega do serviço público judiciário.

Apesar dos esforços implantados, o Brasil ainda possui um número elevado de excluídos digitalmente e que possui potencial para o ajuizamento de uma demanda nos juizados especiais cíveis, fazendários ou federais e não são dotados da capacidade de reproduzir uma prática que é desmaterializada. Essa condição gera um abismo entre os indivíduos habilitados e os excluídos digitalmente. Infelizmente, o poder público não se atentou para a criação de métodos que venham a suprir a necessidade desse grupamento vulnerável, impossibilitando, assim, atingir-se as garantias de igualdade material e formal de um processo.

Dessa forma, verifica-se que a finalidade do processo eletrônico é destinada à redução do custo operacional do acervo físico, à demanda por espaço físico e aos recursos humanos para manuseio e realização de atos processuais. Contudo, pode-se afirmar que o acesso à justiça tem sérios riscos de mitigação por parte da parcela da população que não é portadora das habilidades para o desempenho do acesso virtual. Com a inserção do processo eletrônico na estrutura de tramitação das demandas judiciais, surge para o jurisdicionado um encargo para estar inserido no campo judiciário e utilizar da prestação deste serviço público. Assim, não havendo aptidão para o acesso virtual, há tratamento desigual para as partes envolvidas no conflito sociojurídico.

Sendo assim, a solução menos danosa seria o Estado conceder a quem teve o seu acesso à prestação jurisdicional limitado ou impedido, com a implantação do processo eletrônico, os meios efetivos para este exercício da garantia constitucional. Até pelo fato de haver previsão legal, no âmbito da legislação processual, com vias a assegurar a todos o acesso eletrônico e superar estas barreiras de acesso, é um desafio que pode ser suprimido por meio de medidas adotadas pelo Poder Judiciário, com a finalidade de reduzir a desigualdade e contribuir para o acesso de todos a uma ordem jurídica justa (PINHO, 2015).

É cabível ponderar que o acesso à justiça, como garantia fundamental, não se dá de forma irrestrita no Brasil, porém, urge considerar que uma parcela da população sabe de seus direitos, mas não como efetivá-los, tornando-se parte da tensão entre democracia e desenvolvimento. Isso é avaliado a partir do levantamento das condições locais e dos indivíduos, como resultado de um possível quadro de insegurança jurídica. Já que, além do conflito jurídico, a ausência de condições materiais será meio de

exclusão do acesso, afetando esse grupo específico de maior vulnerabilidade. Esse raciocínio é formulado a partir das reflexões feitas por Amartya Sen (2015) ao considerar o papel social das instituições na garantia de igualdade de capacidade dos indivíduos. Sen, ao elaborar uma comparação entre igualdade de recursos e igualdade de capacidades, considera que é necessário que aquelas assegurem o direito daqueles e, ajustando à realidade brasileira, quando se aborda a questão do acesso ao direito e à justiça, cumpre ao Estado, que cria a norma, ajustar condições de suprir a ausência de capacidades para manusear o sistema do processo eletrônico e dos recursos tecnológicos necessários ao acesso à justiça virtual.

É nesse contexto de desenvolvimento, como ideia de liberdade e de justiça, que o acesso virtual à justiça deve se pautar. O Estado tem o dever de assegurar o acesso a quem não tem condições de acessibilidade, oferecendo a todos os cidadãos as condições mínimas de sobrevivência e de existência condignas (GRECO, 2015). Cabe refletir se o Estado, ao excluir indivíduos do acesso à prestação jurisdicional virtual, por condições de ausência de equipamentos e de condições culturais, está criando um poder judiciário próprio para quem é materialmente capaz de suportar o ônus de buscar a acomodação dos seus conflitos sociojurídicos.

A eficácia desses direitos de acesso à justiça virtual tem como essência o exercício da liberdade. A questão socioeconômica de não de ter habilidades para ingressar com uma demanda judicial no ambiente desmaterializado e não possuir insumos de tecnologia e de comunicação para esse exercício é um mecanismo de cerceamento de liberdade, pois condiciona o vulnerável a aceitar o que lhe é oferecido. Esta privação de liberdade de escolha é o reflexo de meios de dominação. Tal posição é assumida a partir da constatação de que “a privação da liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica” (SEN, 2012). Nesse contexto, é importante refletir a respeito da escolha entre a liberdade de ter acesso à prestação jurisdicional virtual e a capacitação dos indivíduos nas tecnologias da informação e da comunicação, visto que sem a última não há satisfação da primeira. A situação é mais grave quando se pondera a escolha entre subsistência e educação: é visível a opção dos grupos vulnerabilizados pela primeira.

Meio a isso, a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça gera, para os litigantes em condições desiguais, o rompimento na isonomia entre as partes e salienta a ausência de um sistema capaz de garantir a igualdade a todos dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com a obrigatoriedade de um processo eletrônico, deve haver também a garantia para quem não tem acesso às condições de obtê-lo, sob pena de fomentar a disparidade de armas. A regulamentação do processo eletrônico foi pensada também sob a perspectiva do desafogamento do campo judiciário, uma vez que a distribuição de carga dinâmica das atividades dos cartórios migrou para outros atores sociais do processo e deixou em situação marginal e de risco de violação às garantias consituicionais aqueles que necessitam do serviço público judiciário para a obtenção de uma tutela jurisdicional.

O peso atribuído à inexistência de acesso ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, de comunicação eletrônica e de assinatura eletrônica, evidencia a violação da paridade de tratamento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015) e, apesar de o processo eletrônico ser uma tendência à desmaterialização, que é fruto das transformações sociais pelas quais a sociedade tem sido envolta nos últimos tempos, é um indicativo que houve falha estrutural no planejamento sistêmico. A desigualdade social só será compensada quando a estrutura do campo judiciário for modernizada ao ponto de contemplar a ausência de acesso dos indivíduos às tecnologias da informação, até que sejam implantadas políticas públicas inclusivas no âmbito da educação, compensando a desigualdade socioeconômica que afeta grande parcela da população brasileira, como anteriormente evidenciada.

2 MAPEAMENTO DA DESIGUALDADE TECNOLÓGICA NO BRASIL

A base de dados que serve de esteira para esta pesquisa foi publicada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, em 26 de maio de 2020, com o nome de TIC Domicílios 2019, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento da internet no Brasil e construir políticas públicas de inclusão digital. Esse monitoramento foi feito pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC), cuja finalidade é observar a adoção das tecnologias de informação e co-

municação (TICs) no Brasil. Este trabalho extrai dos dados coletados os dados socioeconômicos dos indivíduos que utilizam computadores, de mesa ou portátil, a partir do recorte geográfico e a renda familiar com vistas a estabelecer a existência de acesso qualitativo à internet.

Numa primeira análise, é necessário verificar a concentração nas regiões do país dos indivíduos que declararam fazer a utilização de computador. Segundo a pesquisa, estão eles concentrados, entre 62,3% a 65%, na região Sudeste; nas regiões Sul, Norte e Centro-Oeste são 59,5% a 62,2% dos indivíduos; na região Nordeste, o percentual cai para 51% a 53,8%. Num segundo ponto, verificou-se que, desse grupo, 64% são moradores da área urbana e 37% da área rural — tal dado indica que a utilização de tecnologia da informação está muito maior nos centros urbanos, o que pode evidenciar a sua priorização para o desempenho de atividade profissional.

Analisando pela perspectiva da renda familiar, 91% dos indivíduos entrevistados que responderam positivamente à utilização do computador recebem remuneração igual ou superior a dez salários mínimos, enquanto que 83% se encontram entre recebimento de remuneração maior do que cinco e menor do que dez salários mínimos, o que indica uma condição melhor de rendimentos para a aquisição dos componentes de tecnologia da informação. Na parcela dos entrevistados que tem remuneração maior do que três e menor do que cinco salários mínimos, responderam afirmativamente quanto à utilização de computador o percentual de 79%; este valor cai para 69% quando a remuneração dos entrevistados é de maior do que dois e menor do que três salários mínimos, diminuindo para 57% naquele grupo de rendimentos de mais de um e menos de dois salários mínimos e de 42% para aqueles que recebem menos de um salário mínimo. É possível considerar que, numa escala de priorização de consumo, quanto menor a renda familiar, menores são as possibilidades de aquisição de equipamentos tecnológicos e de comunicação.

Outro dado relevante diz respeito ao grau de instrução dos entrevistados, por meio do qual se conclui que quanto maior o grau de instrução, maior será a utilização de computador. Identificou-se que no grupo de entrevistados que possuem ensino superior 95% tem acesso, contrastando com o grupo de indivíduos que declarou ter apenas o ensino fundamental, no qual somente 11% tinha utilizado um computador. Já no grupo

de entrevistados com ensino médio, o percentual é de 79%. Para aqueles em situação de analfabetismo e educação infantil o percentual é de 5%. Diante desses dados, verifica-se que não há o incentivo na educação de base para a educação digital, sugerindo que o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à inclusão digital na educação básica pode ser um dos meios a reduzir a condição de analfabetismo digital.

Outro ponto importante para a aferição das condições de igualdade de acesso no campo judiciário virtual é avaliar o que foi considerado como aptidão para utilizar um computador. Assim, este trabalho avaliou a ação que correspondeu à capacidade de o indivíduo atuar em um processo desmaterializado. Quando perguntado sobre o uso do computador para copiar e mover um arquivo, o percentual de residentes nas regiões Norte e Centro-Oeste, que respondeu afirmativamente ao desempenho de tal tarefa, foi de entre 58,1 a 59%, enquanto que na região Nordeste variou entre 56% a 57%, na região Sudeste alcançou entre 57,1% a 58% e na região Sul de 60,1% a 61%. Nessa habilidade, os indicadores apontam que 59% são de entrevistados residentes na área urbana, enquanto que 42% na área rural.

No cruzamento de dados da renda familiar dos entrevistados e a capacidade de copiar e mover um arquivo, foi apurado que 40% dos indivíduos que recebem até um salário mínimo apontaram ter essa habilidade, passando para 47% no grupo tem renda maior do que um e menor do que dois salários mínimos; naqueles que recebem mais do que dois e menos do que três salários mínimos essa capacidade foi afirmada por 57%. Este percentual aumenta naqueles que recebem mais de três e menos do que cinco salários mínimos, passando para 75% e 82% para quem recebe mais do que cinco e mesmo do que dez salários mínimos. Tal dado corrobora o posicionamento assumido de que o acesso às tecnologias está vinculado à condição financeira dos usuários.

Ainda deve ser objeto de avaliação o grau de instrução dos indivíduos e a sua capacitação para a utilização de computadores. Quando perguntados sobre possuir a habilidade de copiar e de mover um arquivo responderam afirmativamente 76% dos entrevistados que declararam possuir ensino superior; 58% naqueles com ensino médio; 32% naqueles com ensino fundamental e 15% no grupamento com analfabetos e portadores da educação infantil. Esses dados alicerçam a afirmação de que o acesso às

tecnologias da informação deveria estar associado à educação básica, o que proporcionaria aos indivíduos um desempenho qualitativo na utilização da rede mundial de computadores e poderia gerar um menor entrave à prestação jurisdicional virtual.

Outra habilidade para compreender o que está inserido na utilização do computador, que foi objeto do questionário da pesquisa TIC Domicílios, é a capacidade de copiar e de colar informações em um documento. No levantamento de dados por região, a Norte e a Centro-Oeste, foram as regiões com melhores percentuais alcançados, entre 56,1% a 58%, enquanto que a Sudeste ficou com 52,1% a 54,0%; a Sul, 50,1% a 52% e a Nordeste, 48% a 50%. Quando aferido pela área de domicílio do entrevistado, declararam ser moradores da área urbana 54% dos entrevistados, enquanto que 35% declararam residir em áreas rurais, mantendo a premissa anterior de que as habilidades são desenvolvidas de acordo com as atividades profissionais e a proximidade dos postos de trabalho.

Quando a habilidade é avaliada pela perspectiva da renda familiar, o cenário é de 32% daqueles que possuem até um salário mínimo, 39% para quem percebe mais de um e menos de dois salários mínimos, 50% para quem tem renda familiar de mais de dois e menos de três salários mínimos, 65% para aqueles que recebem entre três e cinco salários mínimos, 70% para os que recebem de cinco a dez salários mínimos e 80% no grupo que tem renda maior do que dez salários mínimos — ficando mantidas as posições ressaltadas na habilidade anterior no que tange à relação com a situação financeira e econômica dos integrantes.

Ao confrontar a habilidade com o grau de instrução, o percentual se mantém próximo se verificado com a habilidade anterior, pois 74% dos portadores de diploma de ensino superior declararam ter condições de copiar e de colar informações em um documento, 50% dos entrevistados com ensino médio; 22% do ensino fundamental e 11% de analfabetos e com ensino infantil. Esses dados vêm reiterar a necessidade de políticas públicas educacionais com vias a suprir a deficiência da inserção de tecnologias da informação no sistema educacional de base ou como incentivo à capacitação profissional, diante do aumento da utilização de tais instrumentos na sociedade em que nos encontramos inseridos.

Uma das atividades necessárias à utilização de computador é a capacidade de instalação de programas que auxilia diretamente na obtenção

do acesso à prestação jurisdicional desmaterializada. O levantamento de dados constatou que, dentre os indivíduos que afirmaram ter essa condição, apenas 44,7% a 47% responderam residir na Região Centro-Oeste, enquanto que aqueles das regiões Sul e Sudeste ocupam a faixa percentual de 37,5% a 39,8% e os das regiões Norte e Nordeste a faixa de 35% a 37,4%. Quando a análise de dados passa a observar a área de fixação de domicílio, encontra-se 39% dos entrevistados residindo na área urbana face a 28% na área rural. Essa habilidade evidencia que poucos indivíduos estão propensos a atuarem nos sistemas de processos eletrônicos, face à exigência de ter uma sequência de programas instalados em seus equipamentos, com destinação ao desempenho do acesso à prestação jurisdicional desmaterializada.

Quando o objeto de observação é feito a partir da perspectiva da renda familiar, tem-se que, dentre os indivíduos que declararam ter a habilidade para instalar programas de computador, 26% têm rendimentos até um salário mínimo. Em comparação com as demais faixas de renda o percentual cresce gradativamente: 30% têm renda de mais de um a menos de dois salários mínimos; 34% têm renda de mais de dois salários mínimos e menos de três salários mínimos; 45% estão situados na faixa de três até cinco salários mínimos; 54% na faixa de mais de cinco e menos de dez salários mínimos e 64% no grupamento que percebe mais de dez salários mínimos. Isso ratifica a posição assumida de que a situação econômica do indivíduo é fator a ser amplamente considerado na obtenção de maiores conhecimentos de tecnologias da informação e da comunicação.

A análise da habilidade para para instalar um programa no computador é feita a partir do grau de instrução do entrevistado. É possível notar que quanto maior a escolaridade do indivíduo, maior sua capacidade. Isso é percebido quando 12% dos entrevistados, que declararam ser analfabetos ou possuir ensino infantil, declararam ter essa aptidão. No grupo que possui até o ensino fundamental, este percentual é de 25%; passando para 35% para quem tem o ensino médio e 51% nos portadores de ensino superior. Esses dados corroboram o argumento de que não há planejamento para se inserir no sistema educacional brasileiro disciplinas que visam dotar os indivíduos de conhecimentos básicos sobre tecnologia da informação. Tal fato faz com que, diante das regulamentações do Conselho Nacional de Justiça para o acesso virtual à justiça, a obtenção do serviço

público judiciário para os grupos desfavorecidos social e economicamente seja inviabilizada, frente à falta de oferta de disciplinas educacionais que os habilitem a acessar tal serviço.

Nessa linha de raciocínio, cabe concluir que existe um distanciamento social no acesso às tecnologias da informação, que tem reflexo na falta de estrutura do sistema educacional e é evidente nos grupos mais vulneráveis do ponto de vista econômico. Esse desequilíbrio é sentido com maior carga valorativa a partir da obrigatoriedade de inserção dos indivíduos no sistema de processos eletrônicos dos tribunais brasileiros. Para melhor compreensão desse impacto, é possível inferir que há reflexos na garantia do acesso à justiça, pois o mesmo torna mitigado pela falta de condições de estar no ambiente desmaterializado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernização advinda da ampliação do uso do sistema de tecnologia e de comunicação chegou à sociedade e exigiu de diversos setores da sociedade civil a sua adequação. De igual forma, o campo judiciário se ajustou para essa necessidade, face ao aumento na demanda por tutelas judiciais, seja pelo aumento na procura para a solução de conflitos sociojurídicos, seja pela urgência em adequar as falhas estruturais. A implantação do sistema de processo eletrônico, como meio de conferir a razoável duração do processo e o ajustamento das necessidades deste campo sociológico, requereu da gestão institucional do poder judiciário não só a acomodação dos atores sociais como também da estrutura interna. O Conselho Nacional de Justiça passou a regulamentar, a partir da vigência do Código de Processo Civil, diversas normas que uniformizam o processo desmaterializado, que é a base da legislação processual, como signo de efetividade da prestação jurisdicional.

É fato que, no que diz respeito a manter-se no exercício do acesso virtual à justiça, o Brasil não possui um tratamento igualitário, pois ao analisar-se as políticas públicas judiciárias implementadas não se encontrou meios adequados para suprir a parcela da população que não tem acesso às tecnologias da informação e de comunicação. Nessa realidade insere-se um terço da população brasileira, que não possui acesso a tais tecnologias.

Este trabalho buscou mapear as desigualdades sociais e econômicas decorrentes do acesso à justiça por ambiente digital, passando a analisar,

nas regiões que compõem o país, a capacitação dos indivíduos para ter qualitativamente a aptidão para manusear tecnologias da informação e da comunicação e, conseqüentemente, usufruir do acesso virtual à justiça. Nesse sentido, foi feita a avaliação do percentual de indivíduos capacitado para executar tarefas essenciais no computador sob dois aspectos: a área de moradia e a renda familiar. Ficou visível que a prioridade nas camadas mais vulneráveis não é a aquisição tecnológica. O impacto também é maior nas áreas rurais, mantendo a premissa de que as habilidades estão conexas com as atividades profissionais desenvolvidas e a proximidade dos postos de trabalho.

Outro aspecto de relevância é que o sistema educacional brasileiro não está dotado de competências na educação básica para capacitar os discentes para a utilização de computadores, como ferramenta de construção de habilidades. O sistema educacional não adotou a implantação da educação digital na educação básica e o resultado dessa omissão pode ser sentido na análise dos dados de habilidades para utilização de computadores a partir da declaração de escolaridade dos entrevistados. Seja na habilidade de operacionalizar um programa de computador, seja na instalação de programas, os percentuais naqueles indivíduos com pouco grau de escolaridade foram baixos e refletem a realidade nacional de que quanto menor o grau de escolaridade, menor será a capacidade para acesso virtual à justiça. Dessa forma, é possível afirmar que poucos indivíduos estão propensos a atuarem nos sistemas de processos eletrônicos face à exigência de ter uma sequência de programas instalados em seus equipamentos para o desempenho do acesso à prestação jurisdicional desmaterializada.

O Conselho Nacional de Justiça, desde a sua criação, vem se estruturando para o desenvolvimento dos métodos de resolução da crise do Poder Judiciário e poderia buscar — além da premissa de uma prestação jurisdicional mais célere — adotar mecanismos para reduzir a desigualdade existente, tanto por meio de aspectos culturais quanto por meio de aspectos econômicos. Isso tem reflexo naquela parcela de um terço da população brasileira que é excluída digitalmente. Dentre os dois terços o cenário é de que não há tantos indivíduos habilitados a manusear os sistemas do processo eletrônico, seja pela ausência de conhecimento, seja pela falta de políticas destinadas a minorar essa desigualdade.

Todas as transformações legislativas e sociais não tiveram o condão de frear o distanciamento dos grupos vulneráveis, especificamente os excluídos digitalmente. Enquanto a maior parte das modificações inseridas foi alinhada à estrutura do campo judiciário, apenas uma pequena parcela foi voltada à acessibilidade digital. Daí, desponta um grande retrocesso, pois de pouca valia será a garantia constitucional de inafastabilidade da prestação jurisdicional quando faltam métodos para suprir estas deficiências na estrutura dos órgãos judiciários no que tange à efetividade da prestação jurisdicional; essa condição está muito mais próxima do distanciamento do campo judiciário, do que para valor Justiça, numa ótica voltada aos jurisdicionados. A análise dos dados estatísticos que permearam o presente estudo indica possível tratamento desigual pela limitação de indivíduos na utilização dos sistemas de prática de atos processuais por meio eletrônico.

Esse dado deveria trazer para o topo das metas do Conselho Nacional de Justiça, com fins a reduzir os impactos da desigualdade social, métodos de assegurar a paridade de armas no âmbito da justiça desmaterializada. No atual desenho institucional, vislumbra-se a criação de um campo judiciário para incluídos digitalmente e outro, para os analfabetos digitais. Essa situação deve ser capaz de criar um alerta na sociedade, pois a sua manutenção não só macula a Constituição da República como também lacera os fundamentos do estado Democrático e corrói o preceito de estarmos inseridos numa sociedade igualitária e justa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC Domicílios 2019**.

Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Acesso em: 28 set. 2020.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro**.

1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Introdução do Direito Processual Civil. Volume I. 5. edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOPES, Amanda. **Por que os brasileiros não confiam nas instituições públicas?** Tribuna do Advogado, Rio de Janeiro, n. 539, ano XLII, p. 24–25, jul. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo.** Volume I: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Coimbra: Almedina, 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

OS PRINCIPAIS PROBLEMAS PROCESSUAIS E LEGISLATIVOS DECORRENTES DA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO COM O COMMON LAW LEVADA A EFEITO PELO CPC/2015, SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

*Samuel da Silva e Silva*⁴⁷

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o sistema de precedentes brasileiro, sobre a tentativa de aproximação dos sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law*, bem como sobre os reflexos que tal entrelaçamento ocasionou ao sistema jurídico brasileiro, especialmente a partir do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, o tema central engloba, preponderantemente, o Direito Processual Civil.

O tema é de extrema relevância para a academia e prática jurídicas, pois a própria doutrina processualista diverge sobre a adoção ou não de um sistema de precedentes pelo Brasil, com o advento do supracitado *Codex*, de forma que há muitas divergências sobre várias questões específicas

47 Bacharel em Direito pela FACSUL — Faculdade Mato Grosso do Sul. Pós-Graduando em Direito Público Avançado pela instituição Damásio Educacional.

atinentes ao tema por parte dos juízes e dos tribunais do país, o que indica que é preciso maior aprofundamento temático para o melhor entendimento dos institutos básicos e específicos relacionados aos precedentes, a fim de se preservar a higidez constitucional e o acesso à justiça na busca da efetivação processual e da duração razoável do processo.

Inicialmente, busca-se delimitar certas distinções preliminares relacionadas à formação da família jurídica civilística (*civil law*), bem como acerca da família de direito costumeiro (*common law*).

Sequencialmente, desenvolve-se aspectos específicos relacionados com a aproximação do *common law* com o *civil law*, especialmente considerando a realidade brasileira e o advento do CPC/2015, atinentes ao tema dos precedentes, sob a ótica do acesso à justiça e das garantias fundamentais processuais, o que envolverá a abordagem acerca de alguns problemas processuais e legislativos que decorreram da tentativa de espelhamento, no Brasil, da dinâmica precedentalista do *common law*, bem como sobre possíveis soluções para eles.

Por fim, vale ressaltar que a finalidade da abordagem em epígrafe é a demonstração da importância hodierna que os precedentes possuem no ordenamento pátrio, de modo que, para além disso, tais mecanismos não podem ser desvirtuados por questões de litigiosidade de massa, eis que apesar da necessidade da busca pela solução mais equânime, no tempo mais razoável possível, ainda é preciso que haja observância, também, dos ditames processuais constitucionais.

1 ACESSO À JUSTIÇA NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW

Primariamente, é importante destacar breves considerações históricas para melhor entendimento acerca das respectivas especificidades e problemas contemporâneos em relação aos sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law*.

Conforme ensina o professor Godoy (2015), nas sociedades ocidentais há dois tipos de sistemas jurídicos que são predominantes. Por sua vez, estes são fundamentados, essencialmente, de um lado, nas leis (*civil law*); e, noutro prisma, nos precedentes (*common law*). O primeiro sistema está presente nas nações latinas e europeias continentais, sendo que a lei é a

principal fonte do Direito, de forma que as demais fontes detêm um valor secundário. No segundo modelo, existente na Inglaterra e nos Estados Unidos, o direito é consolidado em precedentes judiciais.

Além dos países supracitados, Mendes (2016) discorre que, apesar de o sistema de *common law* possuir um arcabouço comum, em cada um dos vários países que o adotam há particularidades, a exemplo do Canadá, da Austrália e da Nova Zelândia. Todavia, o autor deixa claro que é no Direito Inglês que se encontra a sua origem.

Em princípio, conforme René David (1996, p. 38 e 364 apud PORTERO, 2018, p. 9), o direito costumeiro (*common law*), na sua gênese histórica inglesa, se desenvolveu muito mais do que o direito romano-germânico (*civil law*) no que tange ao direito processual. Por outra via, o direito de matriz romanística, historicamente, se desenvolveu muito mais do que o direito anglo-saxão sob o aspecto do direito material, especificamente em relação ao direito privado, enquanto que o segundo se desenvolveu com maior especificação em relação ao direito público.

Lado outro, sob o ponto de vista finalístico, apesar de não ter havido no *common law* um acontecimento análogo ao da codificação como ocorreu no *civil law*, os dois grandes sistemas não devem ser diferenciados sob o aspecto da adoção (ou não) de Códigos escritos. Em verdade, o que mais importa é a constatação da ideologia que se tem de Código em cada sistema, de modo a se averiguar a função primordial deste em cada um deles (PORTERO, 2018).

Sob o enfoque do acesso à justiça, referente à família continental de *civil law*, que tem por fundamento o direito codificado e refletido doutrinariamente de forma abstrata, tem-se que o referido sistema possui uma peculiaridade importante, qual seja, a compreensão de que o exercício de acesso ao Poder Judiciário consagra um direito subjetivo ao qual, se atingidos os requisitos processuais e as condições da ação, não pode ter censurada a sua proteção, de modo que para qualquer controvérsia existe uma solução predisposta pela lei, que não pode ser contrariada pelo Estado-juiz (SALLES, 2019).

Contudo, dentro desse contexto, Salles (2019) destaca que é inerente ao direito de acesso à justiça, também, a fixação de prazos para exercitá-lo e o preenchimento de certas formalidades legais para sua admissibilidade, tidas como legítimas à sua prática, de forma que o referido direito não é

irrestrito, mesmo considerando que ele possui conteúdo axiológico elevado sob o ponto de vista legal e jurisprudencial.

Ou seja, o acesso à justiça no sistema *civil law* não se reduz pura e simplesmente à possibilidade de deduzir-se em juízo toda e qualquer demanda (princípio da inafastabilidade da jurisdição), mas envolve também a necessidade de que se analise a qualidade desse acesso, para que a excessiva litigiosidade não seja um fator capaz de prejudicar a qualidade da prestação jurisdicional (SALLES, 2019).

Noutro giro, quanto ao acesso à justiça na família jurídica de *common law*, tem-se que no citado sistema, assim como no de diretriz romanística, o acesso à justiça consagra-se como um princípio geral do direito. Porém, desde as suas origens, o modelo de processo teve a sua base monumental fundamentada na casuística (*case law*), em vez de primar por soluções doutrinárias e por embasamento em dogmas legais ou categorizações conceituais. Dessa órbita, tem-se que no direito costumeiro não há idealização da lei escrita como se completa fosse por si só, sendo que as respostas ao acesso à justiça podem ser negadas, conforme será exposto mais adiante. Com isso, o sistema em comento mostra-se mais maleável do que o de *civil law*, já que oportuniza um olhar menos rigoroso e divinizado sobre o acesso aos juízes (SALLES, 2019).

Essa forma de visualização do direito decorreu da raiz histórica concentrada da organização jurídica e administrativa da Inglaterra, de maneira que não houve a consolidação de mecanismos burocrático-normativos locais como se deu no *civil law*, o que, por consequência, fez com que um direito comum, em geral, jurisprudencial (*judge made*), reprodutor dos costumes gerais e padronizados do Reino Unido se estabelecesse com grande força. Tal centralização, de maneira reflexa, consagrou-se, igualmente, na esfera processual, que se aprimorou baseada em ações tipificadas, de modo que qualquer particular que buscasse justiça poderia, por meio de oficiais do reino, conquistar uma ordem escrita (*writ*), que permitia a convocação do réu para se apresentar diante de uma Corte central para a argumentação e solução do conflito de interesses (SALLES, 2019).

Com isso, tem-se uma espécie de oposição em relação aos pontos de partida entre as duas grandes famílias jurídicas (*civil law* e *common law*), de forma que a primeira parte primariamente do direito material, enquanto a segunda segue inicialmente o direito processual, mesmo que tal situa-

ção siga certa alternância no tempo, ou seja, com influências recíprocas (SALLES, 2019).

Assim, vê-se que no *common law*, apesar de o acesso à justiça ser considerado tal qual no *civil law* como um postulado geral do direito, o seu objeto é desconexo a uma metodologia dogmática baseada numa organização formal, de modo que a sua legitimidade decorre da abrangência conferida ao referido princípio em casos concretos (*principle of case*), que, por conseguinte, origina precedentes que poderão vir a modelar a sua aplicabilidade a casos futuros (*stare decisis*). Logo, o precitado sistema jurídico possui instrumentos mais flexíveis de acesso à justiça do que o de *civil law*, de modo que a análise casuística é a sua grande condutora (SALLES, 2019).

2 "PRECEDENTES À BRASILEIRA" NO CPC/2015: A INTERLOCUÇÃO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES DO *COMMON LAW*

Barroso e Mello (2016, p. 4), ao tratarem da massificação do acesso à justiça nas últimas décadas, expuseram que tal amplificação minimizou a possibilidade do exame atento que os magistrados de todos os níveis jurisdicionais poderiam conferir a cada demanda, o que exigiu a potencialização do tempo, das equipes de trabalho e dos instrumentos acessíveis para tanto, o que se consubstancia, segundo eles, numa situação inevitável dentro da realidade contemporânea. Dentro dessa lógica, continuam:

Juízes nos dias atuais trabalham com assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões. Neste novo universo, a entrega de justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho, como, por exemplo, pelo aproveitamento da fundamentação e de teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais.

Com base nisso, os autores precitados apontam que a jurisprudência e o uso eficiente de precedentes se consagram imprescindíveis na realidade contemporânea, com vistas ao oferecimento da tutela jurisdicional que concilie, ao mesmo tempo, as especificações concretas das demandas,

com a perduração aceitável do processo. Porém, a dinâmica dos precedentes pressupõe a dominação de técnicas decisórias, conceituações e institutos que não compõem a rotina dos magistrados derivados da tradição romano-germânica (BARROSO; MELLO, 2016).

Ante esse contexto, que, de maneira geral, revela, conforme já exposto anteriormente, o fenômeno da litigiosidade de massa como uma realidade contemporânea, adentrou no ordenamento brasileiro o Código de Processo Civil/2015, que previu mecanismos vinculantes que já nascem, por si só, com caráter de vinculatividade, contrariando o modelo de precedentes genuíno do sistema *common law*, já que, neste sistema, um precedente apenas obriga se possui um grande poder argumentativo. No Brasil, todavia, algumas modalidades de pronunciamentos judiciais só detêm autoridade por que a lei assim obriga. Com fundamento nisso, com o CPC/2015, o direito brasileiro não incorporou, portanto, o *common law*, tampouco o tipo de precedente adotado no sistema anglo-saxônico, mesmo considerando o evidente avizinhamiento contemporâneo entre as duas famílias jurídicas; com o diploma supracitado só foi conferida maior força a determinados pronunciamentos judiciais (ABBOUD; STRECK, 2016; ARRUDA ALVIM, 2018; STRÄTZ, 2017).

3 PROBLEMA LEGISLATIVO — VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A par do predisposto, passa-se a discorrer, sem intentar o esgotamento do tema, de um rol ilustrativo de alguns dos principais problemas processuais e legislativos, decorrentes da tentativa de aproximação do direito processual civil brasileiro com a cultura decisória de precedentes típica do sistema *common law*, com base na doutrina pátria e considerando-se, especialmente, o Código de Processo Civil de 2015, sendo que o primeiro problema a ser pormenorizado será acerca da possível violação à Carta Magna.

Acerca disso, Strätz (2017, p. 11 e 13) defende que o Diploma Processual de 2015 estatui modalidades decisórias vinculantes cuja previsão extrapola os mandamentos constitucionais consagrados nos artigos 102, § 2º e 103-A, que se limitam às súmulas vinculantes e às decisões definitivas de mérito prolatadas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade

e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Vale dizer, o CPC/2015 supera tal previsão, ao exigir que “determinadas decisões, acórdãos, enunciados sumulares e orientações sejam obrigatoriamente seguidas (ou observadas) por juízes e tribunais, em hipóteses não previstas na Constituição da República”. Sobre isso, ele destaca que:

Menos respeitáveis não são os autores que sustentam a inconstitucionalidade da vinculação operada pelo Novo Código, na parte em que extrapola a previsão constitucional, a qual se limita a atribuir efeitos vinculantes às decisões em controle concentrado e aos enunciados de súmula vinculante emanados pelo Supremo Tribunal Federal. Citam-se, a título ilustrativo, Lenio Streck, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Marcelo Cattoni, Flávio Quinaud, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Cassio Scarpinella Bueno, José Miguel Garcia Medina, José Rogério Cruz e Tucci, Maurício Ramires, Júlio Rossi, Marcos Cavalcanti, Eduardo Fonseca, Lucio Delfino, Francisco Borges Motta, entre outros.

Como representante destes, de forma ilustrativa, tem-se que, conforme Pombo (2016), em entrevista com Nelson Nery Jr., veiculada em matéria no site de notícias jurídicas JOTA, este **assevera que com o Diploma de 2015 houve um empoderamento muito grande do Poder Judiciário e acrescenta:**

E um poder que não tem, porque a Constituição não autoriza isso. Tanto não autoriza que para darmos vinculação à súmula do Supremo precisamos aprová-la por meio de emenda à Constituição, que foi discutida durante nove anos. O Sepúlveda Pertence e outros ministros do Supremo visitaram o Brasil inteiro para saber em que medida poderia vincular. Tinha previsão de prisão do juiz que não aplicasse a súmula vinculante ou perda de salário. Discutimos durante nove anos para chegar ao regramento que temos hoje na Constituição que diz quando o Supremo pode baixar uma súmula vinculante. Porque isso é tarefa legislativa, baixar um texto normativo vinculativo com eficácia geral e abstrata — isso é lei. Então para o Judiciário legislar, desculpe, precisa de autorização da Constituição.

Ademais, mesmo defendendo, em relação à origem, a tese da inconstitucionalidade das espécies de vinculação decisória previstas pelo CPC/2015, na mesma entrevista precitada, Nelson Nery Jr. não acredita que ela possa ser acolhida pelo Tribunal Constitucional, porquanto foram os ministros do STF e do STJ que criaram o núcleo duro do CPC, o direito jurisprudencial.

Como acréscimo, segundo Abboud e Streck (2016), o art. 927 e os seus pronunciamentos, mesmo não constituindo a adoção de um sistema de precedentes genuíno, podem contribuir para o deslinde de vários males processuais da contemporaneidade brasileira, porém, isso não pode ser feito de forma a suprimir as garantias constitucionais do jurisdicionado, como a do acesso à justiça. Por isso, afirmam que a leitura do CPC/2015 deve ter conformidade ao Diploma Supremo, e não o contrário.

Dessa forma, numa interpretação a *contrario sensu*, extrai-se, com base nos autores supracitados, que, como solução ao problema legislativo em comento, os provimentos decisórios vinculantes estatuídos pelo art. 927 do CPC deveriam ter sido consagrados, por hierarquia, primeiro pela Constituição Federal, de maneira que a Lei Processualista deve ser interpretada conforme a Constituição, e não o caminho inverso.

4 PROBLEMA PROCESSUAL E LEGISLATIVO — FALTA DE DEMOCRATIZAÇÃO NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE — IRDR

Sob outro viés, passa-se a tecer considerações acerca do problema consistente na falta de democratização ou falta de controle judicial da representatividade na formação dos precedentes, especialmente em relação ao acórdão que fixa a tese vinculante do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas).

Conforme Mendes e Temer (2015), o referido instituto foi inspirado no procedimento-modelo (*Musterverfahren*) do direito alemão. Contudo, os precitados autores defendem que a versão brasileira não detém nenhuma similaridade com a versão germânica. Esta é muito limitada, sendo aplicável somente às demandas decorrentes do mercado mobiliário e pode vir a contemplar questões de fato no seu bojo. De outro lado, no Brasil, a sua funcionalidade é mais abundante, pois contempla qualquer temá-

tica jurídica, até questões processuais, mas, diferente do que ocorre na Alemanha, a questão discutida aqui somente pode ser jurídica, não pode envolver, assim, questões de fato.

A versão alemã confere mais segurança jurídica, haja vista que existe um padrão de controle da representação do autor-principal, por meio de uma escolha dos representantes. No IRDR, não existe nenhum controle acerca disso, de modo que há discricionariedade dos Tribunais para a escolha dos casos representativos. Ademais, o *Musterverfahren* pressupõe condições mais rigorosas para permitir-se a sua instauração, porquanto depois do requerimento primário é preciso que outros nove pedidos sejam feitos, num interregno de seis meses. No Brasil, “basta um requerimento, desde que já exista uma demanda pendente no tribunal” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 5).

O IRDR possui previsão no art. 973 e seguintes do CPC e pode ser instaurado a partir de uma única lide pendente no tribunal, mas, ao mesmo tempo, é preciso que haja uma reincidência de demandas no primeiro grau de jurisdição. Por meio dele, se busca a realização de um julgamento grupal e abstrato a respeito de matérias exclusivamente de direito suscitadas nos processos repetitivos, com o fim de aplicar, vinculativamente, a tese jurídica emanada da autoridade judicial respectiva a todos os processos que tratam daquela matéria na área de competência do respectivo tribunal, almeja-se, de uma maneira única, com tal sistemática, conferir uniformização às lides repetitivas individuais ou coletivas que tratem daquela matéria decidida e, concomitantemente, alcance aos postulados da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Além disso, fora a ausência de previsão que permita ao tribunal competente realizar o controle da representação adequada, o CPC/2015 estatui que a decisão meritória prolatada no âmbito do IRDR deve atingir todas as demandas repetitivas (individuais, coletivas, pendentes e futuras), independente do resultado do julgamento. Ou seja, tanto a decisão favorável como a desfavorável vai abarcar vinculativamente todos os processos repetitivos, o que, conseqüentemente, no caso de a decisão ser desfavorável, viola, evidentemente, direitos fundamentais, como o devido processo legal, o princípio do contraditório e o acesso à justiça de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR. Ainda, com a fixação da tese do IRDR, no atual

panorama processual, ela vinculará até as causas futuras, vale dizer, atingirá litigantes que não tiveram nenhuma oportunidade de participação e de influência no julgamento da questão repetitiva (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Sobre isso, Abboud e Cavalcanti (2015, p. 4) destacam:

Para que a decisão de mérito desfavorável proveniente do IRDR seja aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o devido processo legal e, por consequência, o princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente processual coletivo. E a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do princípio constitucional do contraditório ao devido processo legal social ou coletivo.

Mesmo ao se considerar que o CPC/15 não impõe uma análise criteriosa acerca da presença de homogeneidade entre a matéria jurídica do processo pendente no tribunal com os outros processos repetitivos, o controle judicial da adequação dos casos representantes se revela necessário, pois nem sempre todos os requerentes que possuem ações que integram a matéria jurídica discutida no IRDR terão aptidão para defender adequadamente os interesses debatidos. Desse modo, é preciso que o tribunal, naquilo que lhe for praticável, assegure e verifique com cautela se o representante da controvérsia possui qualificação para transportar ao IRDR todas as questões e teses jurídicas debatidas nas demandas repetitivas, para que não sejam ignoradas teses jurídicas importantes para o equânime deslinde do conflito (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Diante disso, extrai-se que o controle judicial da representação adequada no bojo do IRDR é mais democrático na formação do precedente, porquanto tem maior aptidão para atingir os primados do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça, de modo que é necessário que o tribunal verifique se os advogados, as partes representativas e as questões jurídicas de cada demanda possuem condições técnicas para, em juízo, defenderem as temáticas jurídicas atinentes às questões debatidas nos proces-

sos repetitivos. Logo, como solução a este problema, Abboud e Cavalcanti (2015) sugerem que o legislador poderia introduzir previsão para garantir o controle judicial da representação, com base em parâmetros nos quais os legitimados e seus patronos deveriam cumprir, em modelo parecido com a sugestão dos anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo, de forma a concretizar o postulado do contraditório judicial no âmbito dos processos coletivos.

5 PROBLEMA PROCESSUAL — DIFICULDADES NA DELIMITAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO DIREITO BRASILEIRO

Outro problema processual é aquele relativo às dificuldades que existem no direito brasileiro de aferição exata da *ratio decidendi*, também chamada de *rationale* ou *holding* (MELLO, 2005).

Conforme Mello (2015, p. 6), a *ratio decidendi* diz respeito à racionalidade jurídica, à tese delimitada pelo tribunal a fim de resolver uma lide determinada, porém, ela não contempla toda a fundamentação do *decisum*, pois:

O voto proferido por um relator pode se referir diversos fundamentos para solucionar a questão que lhe foi posta em determinado sentido. A *ratio decidendi* corresponderá apenas ao entendimento ou aos argumentos acolhidos pela maioria dos juízes do tribunal e imprescindíveis para justificar o desfecho do caso. Sua identificação depende do exame (i) dos fatos juridicamente relevantes de um caso, (ii) da questão ou das questões de direito que ele coloca e (iii) de como tais questões foram enfrentadas pelo colegiado.

Contudo, a extração dessa regra de direito com base nas razões determinantes fixadas pelos membros da maioria do tribunal, conforme Mello (2015), não se revela como tarefa simplista, pelo contrário, a sua definição dentro de cada caso concreto se revela complexa. Ocorre que, de acordo com Mendes (2016), a definição da *ratio decidendi* é preceito básico dentro do sistema de *common law*, de modo que somente a partir do seu encontro é que se poderá falar em fixação de precedentes. Segundo ele, no referido sistema, para a correta compreensão do precedente não basta ler somente

o dispositivo, mas também se deve analisar a essência do conteúdo das razões de decidir.

Sob essa abordagem, Presgrave (2013, p. 206) destaca que uma das dificuldades que obstaculizam a fixação clara da *ratio decidendi* é a adoção pelo Brasil do sistema de votação *seriatim*, e continua:

A sistemática de votação adotada pelo STF, em que cada Ministro manifesta o seu voto sem haver necessária conexão entre as posições defendidas — seja para concordar ou discordar do posicionamento do Relator — leva ao estabelecimento de absoluta ausência de deliberação da Corte, o que prejudica a utilização da técnica dos precedentes judiciais, por inviabilizar a extração da *ratio decidendi*.

Com isso, na contemporaneidade, nota-se que a forma de votação utilizada pelo STF não viabiliza a deflagração de uma deliberação com a efetividade necessária e exigível desta Colenda Corte, haja vista que cada Ministro vai para a sessão de audiência, com voto e debates prontos, o que inviabiliza a discussão e argumentação devidas, para que os Ministros tentem chegar num entendimento que se mostre o mais convergente possível, para que a decisão final não seja a soma de votos individuais, mas, sim, uma tese em que haja diálogo entre os votos dos magistrados, bem como coerência e integridade argumentativa (PRESGRAVE, 2013).

Nessa órbita, Presgrave (2013) expõe que as decisões do STF não detêm uma estruturação das razões determinantes da decisão formatada conjuntamente, sendo que as ementas e os acórdãos são feitos pelo relator e os votos são construídos de maneira individual pelos magistrados da Corte, de modo que isso torna inviável a exata projeção ou a sua abrangência a casos futuros que poderiam ser contemplados por aquela decisão. Se o sistema de julgamento fosse outro e se a *ratio* pudesse ser mais precisa, o resultado poderia ser diferente, a mesma autora destaca que no atual contexto é impraticável a adoção de uma teoria da decisão precedentalista no sentido genuíno no Brasil.

Ademais, outro problema ínsito ao conceito de *ratio decidendi* no contexto brasileiro se revela na sua relação com as súmulas. Nesse contexto, Mendes (2016) destaca que as súmulas vinculantes são criticadas em razão

da possibilidade de engessamento da jurisprudência, que a aplicação delas pode causar, haja vista o apego “automático” aos genéricos e universalizantes textos sumulares que os órgãos inferiores do Poder Judiciário e da Administração Pública podem veicular na aplicação destas, de modo que, com isso, seria inviabilizada a correta verificação acerca da *ratio decidendi* das demandas.

Dentro dessa conjuntura, Nogueira (2011 apud MENDES, 2016, p. 185) consigna que as súmulas não conseguem obter êxito no sentido de sintetizar uma *ratio decidendi*, porquanto, em geral, fracassam na tentativa de conferir a real significação de um precedente, de maneira que tal falha acarreta a aplicabilidade incorreta e até mesmo a falta de efetividade do precedente. Dessa forma, as súmulas prejudicam o acesso à verdadeira *ratio decidendi* e, por corolário, a decisões adequadas e conexas aos casos concretos, o que pode vir a configurar violação ao acesso à justiça (ARRUDA ALVIM, 2018; MENDES, 2016).

À luz do exposto, Presgrave (2013) sugere como solução para o problema da dificuldade de delimitação da *ratio decidendi*, nas decisões vinculantes do STF, que seja modificada a forma de deliberação desta Corte, de forma que haja impedimento de cada Ministro elaborar seu voto descompromissado com o julgamento final da Corte e com as decisões pretéritas, pois a ocorrência disso impossibilita a consagração, com exatidão, da *ratio decidendi* e do posicionamento deste Tribunal, vale dizer, torna inviável a compreensão das razões determinantes da decisão.

Assim, vê-se que a *ratio decidendi*, que é a razão determinante dada pela Corte julgadora para delimitar a tese jurídica que resolve a lide, é fundamental para a fixação do próprio pronunciamento decisório e para a definição de sua generalidade, ou seja, de quais situações fático-jurídicas podem ser abarcadas por ela. Portanto, a fundamentação é indispensável à fixação da regra vinculante do julgado (MELLO, 2005).

6 PROBLEMA PROCESSUAL — *RATIO DECIDENDI* E OS FENÔMENOS DA “EMENTIZAÇÃO” E DO “FAKE PRECEDENT”

Finalmente, é importante destacar os fenômenos da “ementização” e do “*fake precedent*”, contrapondo-os ao instituto da *ratio decidendi*.

No processo civil hodierno, o primeiro fenômeno ocorre quando somente há citação de precedentes nos pronunciamentos decisórios, de maneira que não acontece um debate com profundidade em relação às questões que aproximam ou distanciam o caso concreto do precedente utilizado como base. Nesse sentido, muitas vezes, a argumentação colateral à *ratio decidendi* (*obiter dictum*), que, por sua vez, sendo secundária não constitui a razão de decidir, é suscitada como se constituísse a própria *holding* (MENDES, 2016). Sobre o tema, Presgrave (2014, p. 1) pondera que “a utilização de julgados anteriores na prática jurídica cotidiana é geralmente realizada através da citação das ementas das decisões proferidas pelos Tribunais, sendo raros os casos em que a íntegra do acórdão é referenciada”.

Com relação a essa citação de precedentes por meio das ementas, Presgrave (2014) continua a argumentar que é imperioso mencionar que as ementas são formuladas somente pelo relator, de forma que o texto consagrado nelas não corresponde, fatalmente, a todas as especificidades do julgamento pretérito, podendo vir a negligenciar, assim, teses veiculadas nos votos de outros julgadores, o que, por conseguinte, pode prejudicar a formação da *ratio decidendi*.

Com a concentração da discussão jurídica do precedente somente na ementa, pode acontecer outro problema, o qual Filippo (2019) chama de *fake precedent* em artigo veiculado no site da Revista Consultor Jurídico, ao comentar acerca da utilização de “precedentes imaginários” pelo Superior Tribunal de Justiça, tocante à aplicabilidade ou inaplicabilidade do artigo 166 do CTN em situações de ICMS-ST (substituição tributária) de forma combinada com o artigo 150, § 7º, da Carta Magna. Com base nisso, o mencionado fez uma análise de vários acórdãos do referido Tribunal e destacou:

Pode-se contar mais de 70 acórdãos em que o STJ debate a aplicação do artigo 166 do CTN aos pedidos de restituição do ICMS recolhido pela sistemática da ST. Mas há apenas 17 acórdãos que tratam especificamente do pedido de devolução com base no artigo 150, parágrafo 7º, da CF/88. Desses 17, em 11 deles o STJ faz a “aplicação automática” do artigo 166 do CTN, ou seja, não analisa nenhuma particularidade. Em apenas seis acórdãos proferidos até hoje essas especificidades foram devidamente apreciadas pelo STJ.

Dessa maneira, extrai-se que concentrar-se somente no entendimento de ementas, bem como dos textos de súmulas e de menções rasas a decisões pretéritas, não possibilita que o intérprete visualize de forma totalizante a conjuntura fático-jurídica na qual a decisão foi fixada, o que, por consequência, inviabiliza a captura dos motivos determinantes da decisão conferidos pela maioria dos integrantes do órgão colegiado (PRESGRAVE, 2013).

Como solução a estes problemas, Presgrave (2014) assevera que para o funcionamento apropriado do sistema jurídico é preciso que as decisões pretéritas sejam verificadas com a contextualização e o aprofundamento devidos, para que delas possam ser extraídas as razões determinantes, pois elas é que possuem aptidão para vincular casos futuros, e não a parte dispositiva, a súmula ou a ementa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, verifica-se que o CPC/2015 tentou aproximar mais ainda o direito processual brasileiro da dinâmica precedentalista do sistema jurídico de *common law*, o que trouxe reflexos que resultaram em problemas procedimentais e legislativos, que, por sua vez, de maneira geral, implicaram em violação às garantias fundamentais processuais, como o acesso à justiça.

Ademais, nota-se que o sistema de precedentes brasileiro possui provimentos vinculantes que possuem força obrigatória por mera disposição legal, o que não guarda correspondência com o sistema do *common law*, o qual confere poder vinculativo ao precedente por si só, decorrente da força argumentativa da sua *ratio decidendi* e que o modelo adotado pelo Brasil não foi produto de um amadurecimento histórico-cultural e lento como o de tradição costumeira, mas, sim, o resultado de uma busca pela redução da litigiosidade de massa.

Constata-se, outrossim, que o domínio acerca dos principais institutos jurídicos que são necessários para a operacionalização com os precedentes é fundamental para o aprimoramento do sistema processual brasileiro, a fim de se preservar a higidez constitucional e o acesso à justiça, na busca da efetivação de direitos e da duração razoável do processo.

Por fim, tem-se que o direito processual civil brasileiro é formado por um sistema que une componentes das duas grandes famílias jurídicas

ocidentais (*common law* e *civil law*), o que o transforma num modelo *sui generis*, mesmo com o advento do CPC/2015, porquanto não possui um modelo precedentalista puro como o dos países de *common law* e continua tendo a lei como fonte formal principal do direito, sendo que, inclusive, no Brasil, o que confere autoridade aos provimentos vinculantes do art. 927 é a própria lei, situação que não acontece nos países de tradição de *common law*. Além disso, extrai-se da argumentação e do diálogo dos autores sobreditos, que o atual modelo precedentalista brasileiro possui alguns vícios que violam as garantias fundamentais processuais previstas na Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 221–242, fev. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Consultor Jurídico — ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, v. 4, p. 67–75, 2018. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/cdk_revista_escola_magistratura_trf4n8_final.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC21_08.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

FILIPPO, Luciano Gomes. **Notícias de uma falsa jurisprudência pacífica sobre o art. 166 do CTN**. Consultor Jurídico – ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/luciano-filippo-falsa-jurisprudencia-artigo-166-ctn>. Acesso em: 08 nov. 2020.

GODOY, Luciano de Souza. A jurisprudência como fundamento da decisão no Novo CPC. **JOTA**, 17 ago. 2015. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a_jurisprudencia-como-fundamento-da-decisao-no-novo-cpc-17082015. Acesso em: 23 jul. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 26, n. 2, p. 41–53, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 177–208, 2005. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Precedentes+e+vincula%C3%A7%C3%A3o+instrumentos+do+stare+decisis+e+pr%C3%A1tica+constitucional+brasileira.&btnG=. Acesso em: 30 out. 2020.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, maio 2015. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=O+incidente+de+resolu%C3%A7%C3%A3o+de+demandas+repetitivas+do+novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil&btnG=. Acesso em: 29 out. 2020.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

POMBO, Bárbara Goulart de Freitas. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. Entrevista com Nelson Nery Jr. e

Georges Abboud. **JOTA**, 20 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PORTERO, Danilo Candido. A aproximação entre os grandes sistemas do direito contemporâneo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, p. 172–205, 2018. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32881>. Acesso em: 19 set. 2020.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10869/1/Tese%20%20Ana%20Beatriz%20Presgrave.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O novo código de processo civil e os precedentes. **Revista Pesquisas Jurídicas**, v. 3, p. 10–13, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/19283/1/NovoCodigoProcesso_2014.pdf. Acesso em: 03 nov. 2020.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Università Degli Studi di Perugia, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bruno_Makowiecky_Salles/publication/340266869_Acesso_a_Justica_e_Equilibrio_Democratico_intercambios_entre_civil_law_e_common_law/links/5e8101e0299bf1a91b89f483/Acesso-a-Justica-e-Equilibrio-Democratico-intercambios-entre-civil-law-e-common-law.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

STRÄTZ, Murilo. Precedentes Vinculantes à Brasileira? **Revista da UFRJ — Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 2, p. 272–305, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8674/8535>. Acesso em: 06 out. 2020.

ARTIGOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS

O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Tricia Bogossian⁴⁸

INTRODUÇÃO

Entre os direitos sociais garantidos pela Carta de 1988, a saúde pública pode ser considerada inserta no mais ambicioso projeto das diretrizes programáticas da nova estrutura constitucional: a universalização do acesso à saúde, com financiamento integral pelo poder público, jamais antes garantida no Brasil.

No entanto, o que se tem observado é que, frente à ineficiência do poder público em fornecer os serviços, procedimentos e medicamentos que a população necessita para fazer valer seu direito à saúde assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), um elevado número de demandas judiciais têm sido propostas pleiteando a satisfação de necessidades individuais dos cidadãos.

O presente estudo objetiva discutir o direito à saúde, contrapondo a saúde coletiva *versus* a individual e analisando o impacto da judicialização sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). O estudo se justifica tendo em

48 Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá, mestre em Gestão do Trabalho para Qualidade do ambiente construído pela USU. Pós-graduada em enfermagem em Terapia Intensiva Adulto e em Terapia Intensiva Neonatal, ambas pela UERJ; e em enfermagem do Trabalho pela UFRJ. Bacharel em enfermagem pela UERJ. Funcionária pública federal pela Maternidade-escola/UFRJ. Funcionária pública estadual pela SES—RJ. Preposta judicial pela CONPEJ da Maternidade-escola/UFRJ. Perita judicial em enfermagem pela CONPEJ.

vista a necessidade de esclarecer pontos ainda obscuros no debate sobre a judicialização, bem como compreender a forma como a universalização do sistema de saúde pode impactar negativamente a saúde coletiva, quando processos judiciais individuais comprometem o recurso global dedicado ao SUS.

Como metodologia, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros, artigos e legislações que se dedicam ao estudo do tema em análise.

1 DIREITO À SAÚDE

A concepção dos direitos fundamentais remonta à necessidade encontrada, por parte dos cidadãos, em impor limites referentes aos abusos cometidos pelo Estado ante à utilização indiscriminada de seus poderes, através de suas autoridades constituídas. Desse modo, os direitos fundamentais surgem em um contexto em que se buscava a garantia de direitos aos cidadãos em detrimento do poder exacerbado do Estado, pautando-se em princípios norteadores como o da igualdade e da legalidade, fundadores do Estado Constitucional. Nesse sentido, apesar da existência de doutrinadores que defendam que as origens dos direitos fundamentais remontam há mais de 2.000 anos antes de Cristo (a.C.), nas civilizações antigas e medievais, é certo que somente podemos falar em direitos fundamentais a partir da existência de um Estado, na acepção moderna do termo (FARIAS, 2018).

Desse modo, conforme explica Dimoulis e Martins (2014), para se falar em direitos fundamentais se torna necessário a coexistência de três elementos: o Estado, os indivíduos e o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos.

Tais condições apresentaram-se reunidas apenas na metade do século XVIII, quando tomaram a feição de importantes documentos históricos, como a Carta Magna (1215), na Inglaterra; a *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Act* (1679); o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Além disso, a Declaração de Direitos da Virgínia já proclamava, expressamente, algumas espécies de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Caminhando no mesmo sentido, a Constituição dos Estados Unidos da América (1791), ao garantir direitos como a liberdade religiosa, inviolabilidade

domiciliar, devido processo legal, julgamento pelo Tribunal do Júri, entre outros (FARIAS, 2018).

Apesar dessa evolução encontrada diante da promulgação de diversos documentos estatais em defesa aos direitos fundamentais, considera-se que foi na França, em 1789, que ocorreu a consagração normativa desses direitos, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vista como um marco ampliador do rol de direitos protegidos juridicamente. Nesse documento, destaca-se, por exemplo, a proteção do direito à segurança, à resistência, à opressão, à associação política, ao princípio da presunção de inocência, à livre manifestação de pensamento, entre outros (FARIAS, 2018).

Nessa época, os direitos eram considerados negativos pois vedavam ao Estado intervir na liberdade de agir — e de contratar, possuir e dispor de bens — dos cidadãos. As liberdades públicas, assim, são direitos subjetivos, oponíveis ao Estado, o que, antes de 1789, era desconhecido no direito positivo (FERREIRA FILHO, 2008).

Direitos fundamentais são limitações impostas aos poderes do Estado, inclusos nas declarações universais e reconhecidos pelas sociedades civilizadas, tendo como fundamento de validade o consenso geral dos homens acerca dos mesmos.

No cenário brasileiro, a Constituição de 1824 e, posteriormente, a de 1891, já continham previsões de diversos direitos fundamentais em seu texto constitucional, sendo o rol ampliado com a Constituição de 1937 — em que foram acrescentados direitos como a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, à segurança, à integridade do Estado, à guarda e ao emprego da economia popular. Já a Constituição de 1946 inovou, ao estabelecer diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e aos empregados, sendo seguida pelas Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional 1, de 1969, que, em contrapartida, estabeleceu uma ampla gama de restrições aos direitos e garantias fundamentais. Por fim, a CRFB/1988 e também conhecida como Constituição Cidadã, ampliou o escopo e a relevância conferida aos direitos fundamentais protegidos (FARIAS, 2018).

Conforme assevera Sarlet e Figueiredo (2012, p. 67), essa relevância atribuída aos direitos fundamentais, em nossa atual Carta Magna, diz respeito ao fato de ela ter sido precedida por um período autoritarista, sendo certo que “a relevância aos direitos fundamentais, o reforço ao seu

regime jurídico e a configuração de seu conteúdo são fruto da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição de liberdades fundamentais”.

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONCEITO E CONTEÚDO MÍNIMO

A conceituação do direito à saúde não pode ser compreendida de forma estática, sendo um processo em permanente evolução, de caráter sistêmico, inter-relacionado com uma variedade de outros direitos e que se modifica constantemente com a própria evolução histórica (SCHWARTZ, 2001).

A primeira noção histórica do tema relaciona a saúde como a ausência de doenças, sendo que, no final do século XIX, esse conceito ganha um viés liberal, ao compreender esse estado de doença do indivíduo como elemento prejudicial ao funcionamento das indústrias, já que o trabalhador não poderia participar do processo produtivo (DALLARI, 1988).

O desenvolvimento desse conceito passa a agregar a noção de saúde preventiva, como forma de evitar doenças através de medidas de assistência, principalmente sanitárias. Nesse tema, há de se ter, como matriz, a conceituação dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) acerca de saúde, aduzindo que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, abrangendo um equilíbrio entre o homem, em uma dimensão física e psicológica, e englobando o meio ambiente em que se encontra inserido⁴⁹.

Na verdade, a conceituação do direito à saúde encontra diversas dificuldades, que vão desde a definição dos critérios a serem utilizados, passando pela escolha dos meios para seu alcance e pela relação com outros ramos do Direito, além de possuir uma dimensão individual e outra coletiva.

O direito à saúde tem, assim, duas facetas: uma relacionada à sua preservação e outra à sua recuperação. O direito à preservação da saúde tem, em contrapartida, as políticas que visam à redução do risco de doença

49 “o conceito da OMS além de irreal, já que o bem-estar é um objetivo a ser alcançado, é um ideal impossível de ser atingido, tendo em vista as inquietações próprias do ser humano, seja de natureza material, seja espiritual” (SANTOS, 2010, p. 29).

através de uma prevenção genérica — não individualizável — da doença, enquanto o direito à recuperação da saúde visa proporcionar uma prestação positiva estatal, de cunho assistencialista, a fim de restabelecer a saúde do indivíduo (MAGALHÃES, 2008).

A concepção moderna de saúde possui uma dimensão coletiva, permitindo a divulgação e a disseminação de práticas preventivas, corretivas e assistenciais nas mais diversas localidades, englobando o maior número de destinatários possíveis, através da premissa da universalidade que norteia a garantia desse direito. O modelo assistencial contemporâneo não mais prioriza ações individuais, mas sim passa a visar a sociedade e suas necessidades quanto à saúde pública.

Assim sendo, a prevenção, em todas as suas formas, desde a promoção de um ambiente salubre e digno aos cidadãos — com condições adequadas de sobrevivência, saneamento básico, alimentação saudável, moradia, trabalho, educação, transporte —, passa a ser considerada na promoção desse direito⁵⁰.

Depreende-se, portanto, que o direito à saúde possui um amplo conceito, com dimensões social, econômica, cultural e mental, ultrapassando a visão biogenética, sendo, na realidade, o resultado da qualidade de vida das pessoas e da comunidade. A análise dessa qualidade se dá sob uma perspectiva preventiva e também repressiva de doenças.

No Brasil, a classificação do direito à saúde como direito fundamental ocorreu com a promulgação da CRFB/1988, constituindo-se em um dos maiores avanços da nossa Carta Magna, estando inserido entre os direitos fundamentais sociais ou prestacionais, exigindo do Estado uma atuação que propicie condições para sua concretização e efetivação.

Ao tornar a saúde um direito social, segundo os ensinamentos de Silva (2018, p. 286–287), a Constituição considerou esses direitos como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

50 O conceito contemporâneo de saúde tem de estar relacionado com os que os Determinantes Sociais de Saúde (DSS) expressam, englobando uma complexidade de fatores, como condições de vida e de trabalho das pessoas, acesso aos serviços de saúde, renda, educação, traços psicológicos, hábitos de vida, entre outros.

Em vista disso, a CRFB/1988, ao propor um sistema de otimização das normas de direitos fundamentais, impôs a incumbência ao poder público de efetivá-los, por meio da implementação de políticas públicas concretas, sendo necessário que essas possuam a máxima eficiência e eficácia possível a fim de que alcancem seus objetivos e garantam, de fato, o direito protegido.

O direito à saúde teria, na visão de Sarlet e Figueiredo (2012), duas dimensões: defensiva e prestacional, esta imputando um dever ao Estado de executar medidas de efetivação da saúde, e aquela constituindo um aspecto negativo, de preservação da saúde.

O direito à saúde é, assim, classificado como um direito fundamental de eficácia plena e imediata, universal, social e humano, pertencente ao rol daqueles relacionados ao mínimo existencial, de cunho assistencialista e preventivo, universalista e garantista, típico de um Estado do bem-estar social.

A definição e a natureza jurídica do direito à saúde possuem o intuito precípua de promover condições dignas de acesso e de qualidade de vida aos indivíduos, tanto no que diz respeito à efetiva prevenção de doenças, tratamento ou cuidado com o meio ambiente que os cerca, como na prestação de serviços essenciais, sendo a criação do SUS uma consequência direta de todas as perspectivas doutrinárias acerca da proteção ao direito à saúde no Brasil.

2 DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE

A CRFB/1988, além de inovar, inserindo a saúde como um direito fundamental, criou as bases para a instituição do SUS no Brasil⁵¹.

O SUS foi criado com o objetivo precípua de promover o acesso universal e igualitário a todos os que se encontrem em território nacional e necessitem de atendimento médico-hospitalar, bem como de medicamentos, cirurgias, tratamentos e outras políticas relacionadas à saúde pública, a fim de prevenir ou tratar doenças.

51 O SUS substituiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, autarquia responsável pela saúde dos contribuintes da Previdência desde 1974.

O SUS é o principal instrumento implantado pelo Estado brasileiro para buscar a efetivação e garantir a saúde pública aos indivíduos, propiciando, de forma gratuita, o acesso dos cidadãos aos serviços de saúde. Para tanto, concebeu-se um sistema presente em todos os entes federativos, de cunho predominantemente descentralizado e preventista.

O SUS foi instituído pela Lei nº 8.080/1990, possuindo, como incumbência inicial, a definição de quais ações e serviços de saúde serão capazes de garantir a integralidade da assistência à saúde, compatibilizando-as com as necessidades da população e suas fontes de financiamento.

Os princípios norteadores do SUS não constituem um rol taxativo, mas balizam toda a atuação desse sistema, em prol do usuário-cidadão. O princípio da universalidade é a base do sistema, sendo decorrência de uma evolução histórica acerca das garantias de direitos aos cidadãos, em contraposição ao modelo adotado anteriormente, em que apenas um grupo restrito de trabalhadores possuía amparo em questões relativas à saúde (FARIAS, 2018).

A garantia de universalidade, além de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, possui íntima relação com o princípio da igualdade, em sua tentativa de assegurar o direito fundamental à saúde, sem qualquer discriminação ou privilégio. É importante observar que, dentro da concepção da universalidade, o SUS estabeleceu alguns requisitos para a assistência farmacêutica, através do Decreto 7.508/2011 (BRASIL, 2011, p. [5]):

estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Ademais, tem-se o princípio da equidade, que possui o objetivo de reduzir as disparidades sociais e regionais existentes no país, através das ações e serviços de saúde. As políticas públicas de saúde visam proporcionar aos indivíduos um patamar mínimo de garantia, em que seja possível

se estabelecer uma situação de dignidade e de redução de desigualdades em todo o país, expressando a ideia de justiça social.

O princípio do atendimento integral refere-se ao atendimento prestado pelo SUS, abrangendo, de modo prioritário, condutas preventivas, bem como condutas assistenciais. Vale destacar que essa ação deve ocorrer da maneira mais abrangente possível, a fim de propiciar a todos os usuários o atendimento de suas necessidades, agindo de forma harmônica e articulada, observando os níveis de complexidades do SUS.

A integralidade, todavia, não significa acesso a todo e qualquer serviço e insumos de saúde por qualquer cidadão. O emprego de recursos financeiros para o usuário tem de ser feito de forma proporcional, observando a equidade e a própria manutenção do sistema. A integralidade deve ser entendida como o mínimo existencial para a manutenção do SUS (WEICHERT, 2010).

A integralidade está presente, ainda, na relação com os princípios da eficiência e da razoabilidade, com a inovação na gestão pública e da segurança, no sentido da prioridade das atividades preventivas, mas está limitada às competências do SUS, isto é, às atividades de assistência às pessoas, com ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, não sendo responsável por ações em outras áreas, mesmo relacionadas à qualidade de vida.

O atendimento integral é um direito dos usuários efetivos do SUS, isto é, daqueles que optam por utilizar o serviço público de saúde. A integralidade exige ainda o envolvimento dos diversos atores do SUS em uma busca de consensos, através de uma interação democrática, para se alcançar a concretização do direito à saúde.

Outro princípio que rege o SUS é o da descentralização, compreendendo a saúde como um palco para soluções criativas e alternativas inovadoras que reflitam a realidade de cada região, sem seguir um modelo único. A forma de organização do SUS pressupõe a criação de uma estrutura preponderantemente descentralizada, em que os municípios recebem a importante incumbência de implantar políticas públicas, preventivas ou repressivas, que atendam às demandas da população local.

Desse modo, pode-se dizer que a efetivação do direito à saúde ocorre, preponderantemente, no âmbito dos municípios brasileiros que, por meio de recursos da União, dos estados e até mesmo provenientes de receitas

próprias investem nas políticas necessárias à população. A municipalização tornou esse ente o principal canal de escoamento das diretrizes do SUS.

Além disso, como decorrência direta do princípio da descentralização, tem-se o princípio da regionalização, que aduz que os serviços de saúde devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos em uma área geograficamente delimitada, devendo estar definida a população que receberá atendimento. A descentralização permite uma eficiência maior das políticas públicas, através da aproximação da realidade social de cada localidade.

Ademais, o SUS é uma rede hierarquizada, gerenciada pelo Ministério da Saúde, em âmbito federal, a partir da elaboração de diretrizes e de transferências de recursos aos demais entes federativos, através de consensos administrativos, principalmente das comissões intergestores tripartites e bipartites (FARIAS, 2018).

Apesar dessa atuação descentralizada, ressalta-se que o SUS é regido pelo princípio da Unidade, que significa que ele é um sistema unitário, indivisível, buscando a preservação e o atendimento integral das necessidades da sociedade. Dessa forma, em cada esfera de atuação, o sistema busca, de modo homogêneo, a efetivação de políticas públicas.

No que se refere à participação da comunidade, essa é uma diretriz que determina aos agentes públicos a criação de meios de participação da comunidade na condução do SUS, seja na etapa de formulação, de gestão ou de execução dos serviços de saúde, concretizando-se, principalmente, na atuação dos Conselhos e Conferências de saúde.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Apesar do nível de exigência da sociedade contemporânea ser cada vez maior na busca pelo atendimento das demandas sociais, constata-se a opção, pelo gestor público, em garantir o máximo em arrecadação, minimizando a realização destas postulações. Surge, assim, para o Judiciário, a necessidade de uma postura ativa com o escopo de solucionar esse problema, principalmente ante à relevância dos direitos sociais. Nesse contexto, desponta uma das mais intensas discussões jurídicas da atualidade: o controle judicial das políticas públicas e a efetividade dos direitos fundamentais, em conflito com o princípio de separação de poderes.

As normas de direito social são, em regra, preceitos vagos e carentes de precisão, tendo como destinatário o Poder Público e necessitando dele para a execução de políticas públicas e da prestação dos serviços estipulados.

Essa atuação suplementar do Judiciário, contudo, não poderia ocorrer de modo livre e incondicional. É necessário que tenha ocorrido um desvio do natural curso do interesse público na administração ou no Legislativo (ZANETI JÚNIOR, 2011).

Dentro dessa visão, entre as atividades do Poder Judiciário está o controle das políticas públicas, seja no âmbito normativo ou administrativo, permitindo uma ampla discussão no seio da sociedade sobre as decisões que interessam à coletividade bem como sobre a extensão do controle por parte do Judiciário (SÁ, 2002). O Judiciário assume um papel complementar ao Executivo e Legislativo, cumprindo a sua função constitucional de intervenção nas políticas públicas, quando comprovada a omissão do poder público em assim agir.

Registre-se que essa atuação e crescimento do Judiciário vem sendo objeto de grandes críticas, destacando sua visão restrita um elemento prejudicial à atuação nas políticas públicas (FONTE, 2013). Essas restrições não retiram ou restringem a legitimação do Judiciário, mas alertam sobre a necessidade de sua atuação criteriosa, atento aos papéis dos demais poderes e observando as determinações constitucionais.

Não é função do órgão judicial criar ou alterar políticas públicas, mas tão somente controlar sua execução. Se o Executivo se omite na função de cumprimento dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário conferir efetividade ao mesmo, sob pena de tornar o comando constitucional parte integrante de um mero discurso político.

Não se defende a superioridade de um poder perante outro, mas sim sua atuação quando da inércia ou ação equivocada, desde que devidamente comprovadas dentro de um processo judicial, contribuindo no cenário da efetivação das políticas públicas.

3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A segunda metade do século passado assistiu a um multifacetado questionamento acadêmico do purismo jurídico, surgindo difusos movi-

mentos de pesquisa sob a fórmula “*Law and*”. Apesar de as aproximações mais criativas ainda estarem em incipiente desenvolvimento, a submissão das categorias jurídicas a métodos de outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia, possui sólida literatura e importantes contribuições bibliográficas (FARIAS, 2018).

Reforçado pela contemporânea supremacia do sistema econômico em tempos de globalização (NEVES, 2007), o movimento de aproximação entre Direito e Economia tem sido um dos mais prolíficos entre os novos métodos de observação do Direito. A análise econômica do Direito pressupõe a submissão das normas a uma perspectiva econômica, analisando-se o comportamento dos indivíduos perante o direito e ponderando as vantagens de determinadas regras para a maximização da riqueza (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2009).

Conceitos típicos da economia, como preços, oferta e demanda, escolhas racionais, externalidades, assimetria de informações e outros tópicos microeconômicos (MANKIWI, 2009) são incorporados à pesquisa jurídica, que, paulatinamente, também demanda uma adequação das opções legislativas e das decisões judiciais a esses parâmetros.

Desse modo, a análise econômica traz para o Direito uma lógica consequencialista, preocupada com as relações entre custo e benefício das regras jurídicas. A eficiência no manejo dos recursos sociais limitados é uma preocupação da Ciência Econômica. Essa pode contribuir no planejamento dos gastos públicos, permitindo uma maior priorização dos gastos sociais escassos.

Em verdade, a argumentação de que o bem-estar social, provido pelo Estado, deve ser ponderado por planejamento econômico, que seria restrito em épocas de crise, fez grande sucesso e beirou o consenso no meio político, desde as últimas décadas do século passado (ABREU, 2008).

Com o projeto de reinserção da economia do Reino Unido no topo do capitalismo mundial, em 1979, difundiu-se a noção de que a prestação de serviços e a garantia de padrões sociais não poderiam mais ser sustentadas pelo Governo (FARIAS, 2018).

Não é ocioso destacar que os direitos sociais demandam uma prestação governamental por meio da concretização de políticas públicas e exigem mais recursos financeiros que os direitos civis e políticos. Absorver-se em um raciocínio simplista é sempre menos custoso que fazer

algo. Pensar nos custos que um plano de saúde privado ou o pagamento de escolas particulares trazem para um orçamento familiar também faz crer que, quando hospitais ou colégios forem oferecidos pelo Estado, haverá um dispêndio maior na atividade governamental. Quando se considera o viés puramente econômico dessas escolhas, ponderando a importância de um serviço e o seu preço, a tendência é eleger prioridades para centrar recursos.

No Brasil, a Constituição contemporânea traz um extenso — e apenas exemplificativo — artigo para os direitos sociais, consolidando a concretização da dignidade da pessoa humana de acordo com prestações estatais, sendo preservado, ao mesmo tempo, o livre mercado, a propriedade privada e a herança, como direitos necessários em uma economia de mercado.

Devido às pretensões relacionadas à concretização dos direitos tidos como fundamentais possuem, como característica comum, a necessidade de disponibilização de meios materiais — financeiros e orçamentários — para tornar possível a sua efetivação, criou-se uma dependência relacionada à atuação estatal para a concretização dessa gama de direitos, atrelada à necessidade de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, bem como da alocação de recursos públicos.

Desse modo, a partir da concepção desse rol de direitos como dependentes de uma atuação ativa estatal, no sentido de que, além de elaborar políticas públicas, também se deve disponibilizar meios materiais efetivos para a garantia de direitos à população, surge a discussão envolvendo a reserva do possível *versus* o mínimo existencial que deve ser garantido a todos os cidadãos.

Na visão de Sarlet e Figueiredo (2012), a reserva do possível caracteriza-se por limitações para a concretização dos direitos fundamentais sob os aspectos fático e jurídico. A dimensão fática é entendida como a ausência total de recursos para a realização dos direitos prestacionais, porém pode ser relacionada também com o modo como esses recursos são distribuídos, enquanto a dimensão jurídica diz respeito à existência de recursos sem esses estarem disponíveis ou poderem ser utilizados pelos destinatários da norma. O viés fático traz, como consequência, o entendimento de que a ausência de recursos, como meio de não efetivar direitos, deve ser devidamente comprovada pelo poder público, enquanto o jurídico se

relaciona com o poder estatal em dispor de recursos através da previsão constitucional sobre a matéria orçamentária.

A possibilidade de atuação do Estado em suas diversas facetas está umbilicalmente ligado ao seu orçamento, não se podendo falar em controle de políticas públicas sem observar as regras orçamentárias, não se admitindo a defesa de um Judiciário que imponha consequências ilimitadas para os gastos do Estado.

A mera alegação da existência da reserva do possível por parte do Poder Público não o exime de cumprir suas obrigações constitucionais, incumbindo ao mesmo provar, objetivamente, a insuficiência de recursos e a inexistência de previsão orçamentária.

As origens do conceito de mínimo existencial se deram na Alemanha, onde a relação se dava diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana; contudo, com o amadurecimento jurídico pelo qual passaram diversos Estados ao longo das décadas, sobretudo pela influência do Estado do bem-estar social, esse entendimento passou a ter uma dimensão sociocultural, atrelada ao princípio da igualdade.

Já em território brasileiro, o pioneiro no estudo da matéria é o doutrinador Ricardo Lobo Torres, baseando-se, particularmente, nos estudos de John Rawls e Robert Alexy e entendendo que o mínimo existencial encontra respaldo no princípio da liberdade, mas de forma temperada. Assim, se dentro do mínimo existencial estão os direitos de liberdade que dependem da realização de condições materiais para a sua verdadeira fruição, então, conseqüentemente, o direito ao mínimo existencial somente será concretizado à medida que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados. Nesse enfoque, entende-se que os direitos fundamentais sociais, em sentido estrito, confundem-se com a ideia do mínimo existencial.

Nesse sentido, Torres (2009) reconhece que as prestações estatais de cunho jusfundamental correspondem a direitos subjetivos, os quais visam à satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade. Esclarece, ainda, que não são todos os direitos fundamentais que são considerados como de mínimo existencial, mas somente aqueles que geram direitos a “situações existenciais dignas”, pois “sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade” (TORRES, 2009, p. 36).

Quando se enuncia que um direito faz parte do rol seletivo daqueles considerados como pertencentes ao mínimo existencial, impõe-se a garantia de condições mínimas, a fim de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, para a efetivação desse direito.

Os direitos fundamentais e os relativos ao mínimo existencial são garantidos pelo Estado, através da realização de serviços públicos, das prestações financeiras e da segurança jurídica que é disponibilizada aos indivíduos. Desse modo, o mínimo existencial funciona como um indicador de alvos prioritários ao investimento governamental, sendo capaz de conviver em harmonia com a reserva legal a partir de uma alocação válida — respaldada na dignidade da pessoa humana — de recursos públicos (BARCELLOS, 2011).

O mínimo existencial corresponde a uma parte essencial na implementação das políticas públicas, indispensável para garantir a dignidade da pessoa humana. A inexistência, todavia, de suportes financeiros suficientes para a satisfação das necessidades sociais acarreta escolhas alocativas a serem realizadas pelos gestores.

De tal forma, percebe-se que a questão é complexa, a partir do momento que necessita do estabelecimento de critérios objetivos e de prioridades para que seja possível se resolver caso a caso, de acordo com as necessidades sociais mais urgentes.

O Judiciário deve ser elemento garantidor da efetivação das prestações constantes do mínimo existencial, assegurando os requisitos da vida com dignidade, observando, porém, a existência de recursos finitos no âmbito da administração pública e, diante do caso concreto, agindo com ponderação e com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

Esses critérios não são, porém, fixos e imutáveis, não podendo ser estabelecidos previamente ou elencados de forma taxativa. Muito pelo contrário, estarão sempre sujeitos à análise da capacidade financeira, jurídica e econômica, aliados às expectativas e necessidades do momento, restando claro que não se pode confundir as necessidades humanas com a simples existência. Viver dignamente não significa sobreviver, sendo certo que o mínimo existencial deve ser analisado em harmonia com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2012).

Nesse sentido, percebe-se que a alocação de recursos deveria possuir, como base, os objetivos adotados pela Constituição, a fim de efetivar os

direitos protegidos e de evitar a insegurança jurídica aos cidadãos, quanto à probabilidade de tal direito se encontrar garantido pelo poder público ou não, em razão de critérios econômicos.

Imprescindível o estabelecimento de critérios para a alocação de recursos, bem como a delimitação do conteúdo do mínimo essencial, sendo talvez a tarefa mais árdua quando falamos em controle judicial das políticas públicas.

CONCLUSÕES

O fenômeno da judicialização das relações sociais reflete o crescimento do Poder Judiciário nas últimas décadas, regulando, cada vez mais, práticas e temas antes distantes do cotidiano desse Poder. O Judiciário passa a atuar na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, nos excessos e omissões do poder público.

No tema objeto deste estudo, percebeu-se que o crescimento do Judiciário se deu, principalmente, porque o Executivo não vem cumprindo seu papel constitucional, não tratando a saúde pública como prioridade. A agenda do Estado brasileiro privilegia o cumprimento de metas econômicas, em detrimento de recursos para a saúde.

Nos últimos anos, o tema passou a fazer parte do cotidiano da sociedade brasileira, que vem transferindo ao Judiciário suas expectativas sanitárias. O número de ações movidas contra o Estado pleiteando serviços de saúde e medicamentos vem crescendo significativamente e a judicialização da saúde cria um sistema distorcido, que beneficia aqueles que conseguem ingressar com ações na Justiça.

A excessiva judicialização está longe de ser erradicada e de ter os seus efeitos colaterais sanados. Os dados envolvem a responsabilidade do Executivo, do Judiciário e da sociedade, esta que promove o uso judicial para proteger interesses escusos, principalmente da indústria farmacêutica.

O Judiciário, muitas vezes, por falhas na sua atuação, torna-se instrumento desta poderosa indústria, que estimula e busca inserir novos medicamentos através de ações individuais, ou camufladas por interesses em juízo de Organizações Não Governamentais.

Entende-se que a judicialização individual da saúde, em regra, não produz discussões técnicas, nem analisa as políticas públicas. Trata-se, tão

somente, da garantia generalista da efetivação do direito fundamental, sem adentrar qualquer especificidade do tema. Essa postura, indubitavelmente, gera flagrantes distorções e contribui para o cenário de ineficiência do SUS.

Do exposto entende-se que o Judiciário tem de aprimorar sua atuação técnica na área da saúde pública, compreendendo-a em sua visão coletiva, sistêmica e integral e, também, incorporando o direito à saúde como parte de uma política pública de responsabilidade não só do Executivo, mas do Judiciário e da sociedade. É necessária a preparação para um diálogo democrático entre os atores, com mecanismos e fluxo aptos a realizar escolhas justas, transparentes, vantajosas financeiramente e céleres nas demandas sanitárias.

No que diz respeito aos municípios, é possível concluir que as prefeituras devem verificar os medicamentos que mais são solicitados nas ações judiciais e avaliar se oferecer estes medicamentos espontaneamente à população seria mais vantajoso financeiramente. Decerto que é desejável oferecer medicações espontaneamente aos necessitados, se o orçamento dos municípios permitir, no entanto, toda análise deve ser feita priorizando a saúde coletiva, não podendo esta ser sacrificada em benefício da individual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos:** cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde — SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57–63, fev. 1988.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.
- MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, p. 7–23, ago./dez. 2009. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%201.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2021.
- SÁ, José Adonis Callou de Araujo. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental a proteção à saúde e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEICHERT, Marlon Albert. O direito à saúde e o princípio da integridade. *In*: SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria de separação de poderes e o estado democrático. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AVANÇOS LEGISLATIVOS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Trícia Bogossian⁵²

INTRODUÇÃO

Vive-se hoje uma época de grande “exposição midiática”. As pessoas não conseguem mais viver desconectadas e diariamente um grande volume de informações e dados pessoais são despejados na internet dando azo a uma série de violações a direitos fundamentais. Essas violações, a seu turno, têm levado ao surgimento de esforços para contê-las, a exemplo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), levando-nos a pensar sobre até que ponto seria razoável restringir a divulgação dessas informações na Web ante ao risco de gerar um colapso no avanço tecnológico. Ante à realidade exposta, a questão que norteou esta pesquisa foi: a proteção trazida pela LGPD tem sido suficiente para resguardar o direito fundamental à privacidade em tempos de *Big Data* e evolução tecnológica?

Nesse trilhar, o objetivo geral deste estudo foi verificar, com base na doutrina, legislação e jurisprudências se a proteção trazida pela LGPD tem sido suficiente para resguardar o direito fundamental à privacidade

52 Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá, mestre em Gestão do Trabalho para Qualidade do ambiente construído pela USU. Pós-graduada em enfermagem em Terapia Intensiva Adulto e em Terapia Intensiva Neonatal, ambas pela UERJ; e em enfermagem do Trabalho pela UFRJ. Bacharel em enfermagem pela UERJ. Funcionária pública federal pela Maternidade-escola/UFRJ. Funcionária pública estadual pela SES—RJ. Preposta judicial pela CONPEJ da Maternidade- escola/UFRJ. Perita judicial em enfermagem pela CONPEJ.

em tempos de massificação dos dados e evolução tecnológica. Para atingi-lo, os seguintes objetivos específicos foram delineados: compreender o tratamento jurídico dispensado aos dados pessoais dos cidadãos no Brasil em tempos de massificação de dados; e entender os hodiernos paradigmas que ressignificam a privacidade e a proteção de dados pessoais em tempos de evolução tecnológica.

O interesse pelo tema surgiu tendo em vista de que não se pode negar que a internet propiciou a aproximação virtual dos indivíduos, alterando substancialmente a forma como as pessoas (naturais e jurídicas) se relacionam. Porém, pela perspectiva jurídica, percebe-se que esta evolução tecnológica não tem sido acompanhada pela respectiva evolução jurídica que possibilita identificar e punir de forma adequada aqueles que atentam contra a honra, a privacidade e a dignidade de outrem.

O conjunto de direitos fundamentais em um determinado momento entrou em conflito. Com o direito à privacidade e à informação não seria diferente: eles também entraram em conflito. No entanto, existe toda uma dogmática de interpretação e ponderação acerca desse conflito. Assim, é importante conhecer o que a LGPD não conseguiu trazer para racionalizar esse problema, pois mesmo a lei não tendo disciplinado algo em específico, existe uma dogmática constitucional, civil e penal que pode, complementarmente, ser empregada.

Entende-se que as novas tecnologias transformaram as relações sociais e, assim como já ocorre em outras áreas da ciência, o Direito precisa examiná-las com o objetivo de assegurar o seu desenvolvimento sem que as garantias individuais e coletivas dos cidadãos sejam violadas.

Assim, busca-se demonstrar que toda evolução econômica apenas se justifica se estiver afinada com os axiomas mais expressivos do sentimento jurídico atual e a promoção e proteção da pessoa, seus valores e direitos essenciais, no qual se inclui, inafastavelmente, a tutela dos dados pessoais.

O estudo se mostra relevante pois, seja qual for a forma encontrada para se alcançar a satisfatória regulamentação sobre os impactos que a sociedade da informação proporciona no seio das relações que envolvem os indivíduos, é pacífico que esta é uma tarefa que ainda requer ampla contribuição da doutrina, além de diálogo entre os ordenamentos dos mais diversos países, a fim de que seja possível se chegar a um ambiente normativo harmônico e capaz de atuar de forma conjunta e eficaz.

Com vistas a alcançar os objetivos propostos, neste trabalho foi empregada a pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que foi realizada uma revisão de literatura em doutrinas, legislações e jurisprudências com o intuito de responder ao problema apresentado, visando encontrar uma solução para mitigar o conflito que se formou em torno do direito à privacidade e do direito à informação.

1 O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AOS DADOS PESSOAIS DOS CIDADÃOS NO BRASIL EM TEMPOS DE MASSIFICAÇÃO DE DADOS

Sendo um método de análise de dados inteligente e eficaz, as empresas têm usado o *Big Data* para obter informações válidas, que lhe serão benéficas de alguma maneira. Dessa forma, as empresas empregam os resultados obtidos para compreender melhor o mercado, lançar novos produtos e serviços e responder às constantes mudanças de padrões, que ocorrem quase que instantaneamente (FREITAS JÚNIOR *et al.*, 2016). Além das empresas, os governos também têm se beneficiado das possibilidades de *Big Data*, sendo-lhes possível conhecer percepções e comportamentos de determinadas comunidades, através da análise de dados digitais. Isso pode ser de grande importância na administração de cidades, área da saúde, segurança pública e em vários outros setores que interessam aos cidadãos e políticos, a exemplo do uso de *Big Data* em campanhas eleitorais (SCHMIDT; COHEN, 2013).

O termo “*big data*” começou a aparecer nos dicionários durante a última década, mas o conceito em si existe desde a Segunda Guerra Mundial. Mais recentemente, a conectividade sem fio, a internet 2.0 e outras tecnologias tornaram o gerenciamento e a análise de grandes conjuntos de dados uma realidade (SCHMIDT; COHEN, 2013).

Atualmente, com a evolução da internet, uma diversidade de informações é disponibilizada, pois as pessoas desejam interagir com outras pessoas que conhecem, além de desejarem conhecer outras pessoas. Da mesma maneira, se acostumaram a compartilhar em suas redes sociais⁵³ fotografias e, muitas vezes, detalhes de sua rotina. Não raro, as informa-

53 No Brasil, as redes sociais mais acessadas são: Twitter, Youtube, Facebook, LinkedIn, Pinterest, Google Plus e Formspring (SCHMIDT; COHEN, 2013).

ções compartilhadas são de acesso público. É possível impedir o acesso de desconhecidos aos conteúdos postados, porém, muitas vezes os usuários não sabem nem mesmo como manusear referidos recursos ou apenas não se preocupam em privá-las, autorizando, dessa forma, que qualquer um acesse todo o conteúdo que posta.

Dito isso, antes de explicar como vem sendo feita a proteção de dados pessoais no Brasil ao longo dos tempos, é importante realizar a diferenciação entre os dados pessoais sensíveis e os não sensíveis.

1.1 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

A preocupação com o direito à privacidade, segundo Silva (2017), teve início nos Estados Unidos da América (EUA), em 1890, quando na universidade de Harvard passou-se a falar em direito de ficar sozinho e de direito ao esquecimento (*right to be let alone*). Não existem dúvidas de que a internet trouxe e traz benefícios a todos, pois a grande maioria das tarefas desempenhadas, seja no trabalho ou em âmbito doméstico, demanda o uso de tecnologias para tornar mais céleres processos que antes eram feitos manualmente. Diante das facilidades, surgem novas práticas ilícitas que têm como principal instrumento o computador associado à internet, o que significa que os crimes já existentes estão sendo aperfeiçoados, conforme será visto a seguir.

Ante a esta nova realidade que convencionou-se chamar de globalização, as comunidades em todo o mundo passaram a atuar no espaço cibernético, também chamado de ciberespaço, e, inevitavelmente, mudou para esse ambiente indivíduos de índoles diversas, inclusive os criminosos. Sobre crimes cibernéticos, a legislação mais importante é o Marco Civil da Internet (MCI), que traz princípios e prevê garantias, direitos e deveres para os internautas no Brasil, originada no Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 2.126/2011, em 26 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011).

O projeto inicial do MCI buscou apresentar normas claras sobre os direitos, deveres, garantias e princípios para regulamentar o uso da internet no Brasil. Era necessário defender alguns fundamentos a fim de que a internet no Brasil fosse preservada como um espaço de colaboração. Assim, como lembra Malaquias (2015), qualquer iniciativa de regulamen-

tação posterior deve observar as diretrizes e os princípios eleitos como fundamentais, a exemplo da privacidade.

As interpretações judiciais à época negligenciaram os princípios fundamentais e a arquitetura da internet, levando o Comitê Gestor da internet no Brasil (CGI.br) a editar, no ano de 2009, as *Diretrizes para o Uso e Governança da internet no Brasil*, em que foram delineados os dez princípios fundamentais para regulamentar a internet, levando em consideração a harmonia dos preceitos constitucionais para assegurar o adequado funcionamento tecnológico no mesmo compasso exigido pela sociedade cibernética pátria, amplamente analisado anteriormente por esta pesquisa.

Outro importante projeto votado e aprovado foi o PLC 89/03 (Projeto de Lei 84/99), apresentado em 13 de novembro de 2003 (Deputado Luiz Piauhylo), que se transformou na Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, tipificando crimes informáticos e modificando o Código Penal. Esses dispositivos foram incluídos no Capítulo VI, que regulamenta os crimes contra a liberdade individual e, a seu turno, estão inseridos na Seção IV, na qual encontram-se tipificados os crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

Nesse projeto, a invasão de sistemas no sentido de obter segredos comerciais e industriais ou conteúdos de caráter privado, utilizando-se de técnicas remotas não autorizadas e violando mecanismos de segurança, tem a previsão da pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa. Traz como agravante a hipótese de o criminoso divulgar, comercializar ou transmitir a terceiros os dados obtidos ilegalmente.

A invasão de dispositivo ou rede local com o objetivo de destruir ou alterar dados ou informações, além de instalar *malwares* para obtenção de vantagens ilícitas ou apenas por vandalismo, foi penalizada com três meses a um ano de detenção e multa. Foi enquadrado no mesmo crime o indivíduo que produzir, oferecer, distribuir, vender ou divulgar programa de computador com a finalidade de executar crimes cibernéticos em computadores, *smartphones*, *tablets* ou outros dispositivos informacionais e em redes locais.

Segundo o autor do referido projeto, essa estruturação de tipos preenche a omissão atual na lei penal. Entretanto, seu mais ferrenho opositor, o Deputado Federal Eduardo Azeredo (PSDB-MG), relator de outro projeto (PLC nº 84/1999) com características bastante diferentes, faz denún-

cia contra o casuísmo governamental afirmando que o governo, durante muito tempo, foi omissivo e que em razão do vazamento das fotografias da atriz Carolina Dieckmann, foi votado rapidamente um projeto que não foi sequer discutido em nenhuma comissão. Essas declarações são bastante significativas para demonstrar e ilustrar a importância que os parlamentares têm atribuído ao tema da cibercriminalidade.

Até o ano de 2012, quando se conseguia chegar ao cibercriminoso, eram utilizadas as leis que já existiam para punir os crimes cometidos. Ainda não existiam mecanismos legais específicos para punir os autores de crimes cometidos pela internet. A título de exemplificação, um criminoso que viesse a roubar informações de um determinado internauta usando de astúcia ou beneficiando-se da boa fé da vítima poderia ser enquadrado, por exemplo, no crime de estelionato (Art. 171⁵⁴ do Código Penal).

Com o vazamento de fotos sensuais da atriz Carolina Dieckman em outubro de 2012 na Web, a ex-presidente Dilma Rousseff sancionou duas leis que alteraram o Código Penal Brasileiro para estabelecer os crimes virtuais e suas respectivas sanções. A Lei Carolina Dieckman (Lei nº 12.737/2012) e a Lei Azeredo (Lei nº 12.735/2012) entraram em vigor no dia 2 de abril de 2013 no Código Penal Brasileiro, com o fito de tipificar diversas condutas no ambiente virtual (MALAQUIAS, 2015).

No Brasil, em consequência do crescente número de usuários da internet, urgente se fazia sua regulamentação e, em tal realidade, se deu a origem do MCI, com a Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres que deveriam ser considerados no uso da internet no Brasil. Essa legislação busca, além da garantia dos princípios dos usuários, como sua privacidade, respeito aos direitos humanos e o exercício da cidadania nos meios digitais, o estabelecimento das diretrizes relacionadas à exploração comercial e governamental desse espaço digital.

Iniciada pelo Projeto de Lei nº 2.126/2011, pelo Poder Executivo, a Lei nº 12.965/2014, antes de sua sanção, foi motivo de inúmeras controvérsias. Cuidando de temas como neutralidade de redes, armazenagem dos registros de conexão, guarda do registro das aplicações de internet, privacidade, função social da rede, responsabilidade por material infringente, armazena-

54 “Art. 171-Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”(BRASIL, 1940, p. 3).

mento de dados no país e cumprimento da legislação nacional, dentre outros pontos, surgiram debates em demasia, dos quais participaram usuários, provedores de conexão e de conteúdo nacionais e internacionais, detentores de direitos autorais e o governo (BRASIL, 2014).

Referente à garantia da privacidade dos usuários da internet, a nova lei trouxe algumas certezas que até então ensejaram dúvidas, tanto aos que se consideravam atingidos em sua dignidade no mundo virtual, como também para os operadores do Direito. Assim, com a Lei nº 12.965/2014 foi consolidada a ideia de que os direitos constitucionais valem também para o mundo virtual (BRASIL, 2014).

De efeito, percebe-se que uma atenção maior aos direitos concernentes à vida privada do usuário foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda restam, entretanto, diversos questionamentos quanto aos limites de invasão da privacidade, principalmente quando se discutem relações trabalhistas, até mesmo pelo fato de o legislador não ter como prever todas as novas situações deparadas pelos empregadores e empregados todos os dias. Ademais, o legislador buscou a proteção da vida privada dos usuários da internet também em outros pontos. Exemplo está no *caput* do Art. 10 da Lei nº 12.965/2014, que tem o intuito de proteger a privacidade no tocante à guarda e disponibilização de registros de conexão, acesso e de dados pessoais, exprimindo assim:

A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (BRASIL, 2014, s.p.).

Em tal circunstância, o cidadão teria como limitar as informações que ele permite que tornem públicas, ainda que em detrimento da sua privacidade. “Trata-se da autodeterminação informacional fundada na perspectiva de que o próprio usuário deve ter controle sobre as suas informações pessoais, autodeterminando-as” (RODOTÀ, 2008, p. 267).

Como se pode notar, mesmo em meio aos embates travados para a aprovação da nova lei, esta abrangeu diversos conteúdos, alterando normas

bem como as relações entre usuários e empresas da área. Até a aprovação do MCI, as múltiplas incertezas jurídicas quanto à matéria barravam direitos e garantias constitucionais, quando ligadas ao mundo virtual. Era, portanto, necessária uma regulamentação para a internet que limitasse não somente os poderes das empresas, mas, também, dos governos sobre os usuários, dando oportunidade à implantação de um modelo distinto de gerenciamento para a grande rede.

1.2 O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Segundo Ruaro (2015), a autodeterminação informativa é a possibilidade de um indivíduo, titular de determinado dado, exigir que seus dados não sejam tratados. Dito de outra forma, é a capacidade, possibilidade e liberdade que as pessoas têm para decidir sobre o tratamento de seus dados, e, se desejarem, interromper este tratamento. Conforme acentua Rodotà (2008), esse direito considera ilegítima toda coleta de informações pessoais que for realizada sem um prévio conhecimento e explícito consentimento do interessado. Esse direito consiste em que determinadas informações coletadas sobre uma determinada pessoa não devem circular fora da instituição pública ou privada que tenha coletado essas informações originalmente para certa finalidade.

Segundo a previsão da Lei nº 12.965/2014⁵⁵, tal direito encontra plasmado nos dispositivos que: 1) veda o fornecimento a terceiros de registros de conexão e de acesso à aplicações de internet, exceto mediante consentimento livre, expresso e informado; 2) exige clareza e completude das informações sobre a coleta, uso, tratamento e proteção de seus dados pessoais; e 3) que apenas poderão ser empregados para as finalidades que fundamentaram sua coleta. A LGPD prevê expressamente que a autodeterminação informativa é um dos fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais⁵⁶. O objetivo legal é atribuir à pessoa o direito de saber o que é feito com as informações pessoais e decidir se autoriza ou não a utilização para fim diverso da que foi obtida.

55 Incs. VI e VII do Art. 7º da Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014).

56 Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018).

Porém, surge uma questão essencial: Como esse controle pode ser exercido pela pessoa para assegurar esse direito? A resposta mais importante é que a questão deixa de ser jurídica. É questão de gestão de políticas públicas da qual o direito já regulou. Assim, no mesmo sentido que a engenharia informática é capaz de criar inteligências artificiais para tratar informações, por meio dos mais diversos métodos de análise, a criação de ferramentas para que o indivíduo possa ter esse conhecimento e manifeste seu consentimento é algo muito simples de ser desenvolvido e posto à disposição da pessoa que for alvo dessa situação. Eis mais um desafio que deverá ser transposto a fim de que esse direito possa ter efetividade.

Nether (2018) explica que, historicamente, assim como os regimes absolutistas foram dando lugar a regimes democráticos, em diversos países no mundo, esse direito à autodeterminação informativa está sendo reconhecido gradativamente pelos sistemas jurídicos, e se consolidando como resultante da afirmação constante da necessidade de regimes democráticos. Como se vê, no Brasil está em fase inicial ou embrionária, tendo em vista a fase em que se encontra a recente vigência da Lei. Esse direito, como derivante do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, está sendo imprescindível nos dias atuais.

Dito isso, pode-se constatar que os dados pessoais precisam ter um significado e valor diferentes, bem como mais abrangentes de quando foi incluso no rol de direitos fundamentais na década de 1980, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A LGPD ingressa tardiamente no ordenamento pátrio, somente após mais de quinze anos da criação do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) — talvez porque o Brasil integra somente como país observador. Entretanto, a LGPD teve sua tramitação relativamente rápida no Poder Legislativo nacional, ingressando no final de maio de 2018 e sendo sancionada em agosto do mesmo ano. A rapidez dessa tramitação deveu-se aos ataques cibernéticos ocorridos recentemente em diversas redes privadas e públicas, especialmente em anos anteriores.

A finalidade da LGPD é a tutela da privacidade, pois nesse contexto dominado pelas tecnologias informativas os riscos de invasão da esfe-

ra particular do indivíduo se acentuam, tornando a esfera da privacidade mais vulnerável a invasões indevidas e injustificadas (BIONI, 2019).

Questão importante é a delimitação da titularidade do direito à proteção de dados pessoais. Parece não haver dúvidas em relação à condição da pessoa natural como destinatária imediata dessa modalidade de tutela. Porém, não são estes os únicos merecedores de proteção em relação aos seus dados, pois, como bem explana Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014), as pessoas naturais (e inclusive os entes despersonalizados) também são merecedores de atuarem como destinatárias das normas sobre a adequada gestão de dados.

Quanto à aplicação da LGPD, prevê-se que é aplicável em qualquer operação em que os dados pessoais sejam tratados por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, país de sua sede, ou país em que os dados estejam localizados. Entretanto, tal aplicação observa o aspecto da territorialidade quando alcança somente: 1) as operações efetuadas no território nacional (critério objetivo); 2) quando a operação a ser tratada for realizada fora do território nacional, mas os dados sejam de pessoas que estão no território nacional (critério subjetivo); ou 3) independentemente do local em que esses dados serão tratados, a coleta deles deve ter ocorrido em território nacional (critério objetivo) (MÉLO, 2019).

Faz-se necessário observar que, quando a Lei estabelece que “consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta”⁵⁷(BRASIL, 2018, s.p.), o aspecto da localização do indivíduo, mediante os protocolos de internet, conhecidos como a sigla IP⁵⁸, é um referencial necessário para se aferir se houve ou não essa violação dos direitos tutelados pela LGPD. Em uma sociedade em que as informações são as verdadeiras riquezas, a tutela da privacidade com fundamento nos dados pessoais que transitam na internet contribui decisivamente para que os poderes alcancem equilíbrio; poder que migrou da mão do soberano e constitucionalmente foi sendo atribuído ao povo.

57 § 1º do Art. 3º da Lei nº 13.709/2018 da LGPD (BRASIL, 2018).

58 “[...] é o principal protocolo de comunicação da Internet. É o responsável por endereçar e encaminhar os pacotes que trafegam pela rede mundial de computadores. Pacotes são os blocos de informações enviados na Internet e podem ser considerados como as cartas enviadas pelo serviço de correios” (PISA, 2012).

Por isso, o fim da privacidade não representaria somente um risco para as liberdades individuais, seria efetivamente conduzir ao fim da democracia (RODOTÀ, 2008).

A LGPD buscou estabelecer um sistema de proteção constituído por representantes do Estado e da sociedade civil. Entretanto, a efetividade dessa proteção vai depender do quanto o indivíduo esteja informado sobre quais instrumentos dispõe para que sua privacidade não seja violada sem que ele saiba, por meio das diversas interfaces tecnológicas que o atual mundo informatizado oferece para a comida e o consumo de uma maneira geral.

Assim, essa proteção prevista na Lei visa à proteção da privacidade que é direito da personalidade. Nesse âmbito de proteção, a dignidade da pessoa é o princípio de valor absoluto, conforme argumentado por Alexy (2008) ao elaborar as equações para solução da colisão de princípios. Chega a ser afirmado por Rodotà (2008) que a proteção de dados não constitui somente um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo de condição humana contemporânea, e que essa proteção pode ser compreendida como a junção de direitos que fundamentam a cidadania do novo milênio.

No que tange à eficácia territorial, como expõe Mélo (2019), a lei se aplica a operações de tratamento que acontecem no território brasileiro, estendendo-se a operações de tratamento que: acontecem fora do país, mas que os dados foram coletados no Brasil; se os dados se relacionarem a pessoas localizadas no território brasileiro; e se os dados pessoais tratados tiverem sido coletados no Brasil. Na Europa, a norma atual, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, é o Regulamento (UE) 2016/679 — conhecido como GDPR (Regulamento Geral da Proteção de Dados). A LGPD foi construída com fundamento na GDPR. Ela também tem jurisdição global, pois qualquer site sediado em qualquer nação que atue processando dados pessoais de cidadãos brasileiros deverá cumpri-la.

Quanto aos fundamentos legais referentes ao processamento de dados, Castro (2016) demonstra que a LGPD difere somente superficialmente da GDPR quando se trata de sua base legal direcionada ao processamento de dados. Assim, a LGPD e a GDPR se encontram alinhadas, com pequenas variações. No ponto em que a GDPR conta com seis bases legais para processamento, identifica-se dez na LGPD. Esta última divide a redação mais geral do GDPR em disposições mais específicas.

A título de exemplificação, o fundamento legal da GDPR cujo preceito é “**salvar a vida de alguém**”, na LGPD apresenta a seguinte divisão: “a) proteger a vida ou a segurança física; e, b) proteger a saúde, em um procedimento realizado por profissionais de saúde ou por entidades de saúde” (BRASIL, 2018, s.p.).

Ademais, a LGPD apresenta como *plus* uma fundamentação legal referente à proteção do crédito que a GDPR não adotou em sua completude. **Também os dados pessoais** contam com uma definição mais extensa na LGPD do que na GDPR. Segundo a LGPD, pode ser considerado como “dados pessoais” qualquer coisa que se relacione a uma pessoa singular possível de ser identificada. Na GDPR, a especificação vem pelos exemplos como nomes, gênero e endereços. **Castro (2016) pontua que na LGPD os dados sensíveis** são, como na GDPR, uma categoria distinta dos **dados pessoais**, incluindo informações sobre raça, etnia, crenças religiosas, ideias políticas, saúde, biometria, sexualidade, dentre outros. As limitações para que dados confidenciais sejam processados na LGPD são mais severas do que na GDPR.

Outro ponto, que foi observado por Lemoalle e Carboni (2018), é que a LGPD não disponibiliza definições acerca dos **dados pseudonimizados**, assim como a GDPR. A exceção são as pesquisas desenvolvidas por organizações que atuam na saúde pública. A seu turno, a GDPR é bastante específica no que se refere a seus requisitos relacionados ao processamento de dados pessoais com **fins de publicidade/marketing**, enquanto a LGPD nada dispõe sobre o tema. Destaque-se, ainda, que na GDPR, foi instituída a Avaliação de Impacto na Proteção de Dados (AIPD), cujo objetivo é mensurar os riscos afetos ao processamento de dados. A AIPD exige que os processadores notifiquem as autoridades responsáveis pela proteção de dados se forem identificados elevados riscos relacionados ao processamento de dados.

Também, segundo Mélo (2019), a LGPD institui a AIPD, mas não deixa claro como esta avaliação deve ser empregada, nem disponibiliza requisitos para que quaisquer autoridades de supervisão sejam notificadas. No entanto, na LGPD é obrigatório para as empresas que contem com um **oficial de proteção de dados** (OPD), enquanto este profissional só é necessário em algumas poucas circunstâncias na GDPR. As restrições de tempo para que as **violações de dados** sejam notificadas são especi-

ficadas explicitamente na GDPR (72 horas), enquanto a LGPD ordena livremente que as violações sejam notificadas às autoridades em “tempo razoável” (MÉLO, 2019).

Referente às multas, Lemoalle e Carboni (2018) destacam que, comparada com a GDPR, na LGPD, caso ocorram violações por não conformidade, as penalidades são menos severas. Os valores máximos das multas **por não conformidade** na GDPR encontram-se fixados em **20 milhões de euros** o que corresponde a **4%** do faturamento anual global de uma organização. A LGPD limita suas multas a um máximo de **50 milhões de reais** (em torno de 11 milhões de euros) ou **2%** do que uma empresa fatura anualmente no Brasil.

Quanto às aplicações territoriais, a LGPD trata a **transferência de dados pessoais em âmbito internacional** da mesma forma que a GDPR, avaliando se no outro país vigoram leis adequadas para a proteção de dados. No entanto, a LGPD (ao contrário da GDPR) não determina que os dados devem ser transmitidos pelo Brasil sem nenhum processamento adicional. A LGPD foi aprovada com um texto que focou na proteção dos dados pessoais, isto é, não protege, diretamente, dados que não tenham como titulares as pessoas físicas. Em outras palavras: a lei nasceu para proteger pessoas físicas e sua privacidade. Segredos de negócios, itens puramente financeiros, planos estratégicos, algoritmos, *softwares* e quaisquer outros documentos ou informações que não digam respeito a uma pessoa física não são protegidos pela lei⁵⁹ (MÉLO, 2019).

Vale ressaltar, além disso, que embora viva-se em um mundo no qual tudo tem nascido em ambientes digitais, não se ignora que ainda há registros em variados outros tipos de repositórios, muitos em papel. A LGPD não faz qualquer distinção sobre o repositório onde se encontram os dados pessoais, sendo plenamente aplicável, inclusive, a tudo o que estiver registrado em papéis (CRESPO, 2019).

CONCLUSÕES

Vive-se atualmente em uma sociedade em rede. Como a internet não tem fronteiras, nas relações digitais o limite da liberdade do indivíduo

59 Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018).

e dos negócios é a ética. Todos da rede têm o mesmo poder tanto para agir de forma protetiva como de forma destrutiva, e, portanto, o dever de praticar segurança da informação. Por isso é importante o fomento a uma cultura de cibersegurança.

Trata-se, a princípio, de uma mudança cultural, que deve efetivar-se através de investimentos em capacitação e aperfeiçoamento técnico com vistas a identificar e apontar os impactos socioeconômicos e os métodos para que a mudança esteja em conformidade com as regras. Essa mudança cultural consiste em um trabalho educativo para que todos tenham conhecimento da forma como funciona: riscos, direitos, limites e responsabilidades. Juntamente com as soluções tecnológicas e revisões de contratos, a capacitação das equipes está entre os pilares que devem nortear o planejamento das instituições.

Para que a legislação possa realmente se mostrar mais efetiva, é necessário que o usuário seja conscientizado, especialmente quanto à sua função de implementar as melhores práticas de segurança digital. Por esse motivo, as próprias leis estão trazendo consigo o dever de realizar campanhas de conscientização.

A recente pandemia foi um significativo fator de mudanças, muitas, inclusive, relacionadas ao tratamento de dados pessoais em razão da necessidade de atuar em *home office*. Mas a adaptabilidade depende de outros fatores, como desafios regulatórios (com mais normas regulando a proteção de dados no país e no mundo) bem como os desafios impostos pelo desenvolvimento tecnológico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.126, de 2011**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=918144&filename=Avulso+-PL+2126/2011. Acesso em: 22 mar. 2021.

CASTRO, Nuno Teixeira. Um novo quadro legal europeu em matéria de proteção de dados vislumbrando o Mercado Único Digital para a Europa. **Diário Insonias**. Disponível em: <http://www.insonias.pt/um-novo-quadro-legal-europeu-materia-proteccao-dados-vislumbrando-mercado-unico-digital-europa/amp/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Compliance Digital. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Governança, compliance e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FREITAS JÚNIOR, José Carlos da Silva, *et al.* Big Data e gestão do conhecimento: definições e direcionamentos de pesquisa. **Revista Alcance**, Biguaçu, v. 23, n. 4, p. 529–546, out./dez. 2016.

LEMOALLE, Edouard; CARBONI, Guilherme. Lei Europeia de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) e seus efeitos no Brasil. **JOTA — Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-europeia-de-protecao-de-dados-pessoais-gdpr-e-seus-efeitos-no-brasil-12022018>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova: a investigação criminal em busca da verdade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MÉLO, Augusto. **Proteção de dados pessoais na era da informação**. Curitiba: Juruá, 2019.

NETHER, Nicholas Augustus de Barcellos. **Proteção de dados dos usuários de aplicativos**. Curitiba: Juruá, 2018.

PISA, Pedro. O que é IP? **TechTudo**: internet, 2012. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-ip.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden. Privacidade e autodeterminação informativa: obstáculos ao estado de vigilância? **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 1, p. 41–60, jan./jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital**: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SILVA, Alexandre Assunção. **Sigilo das Comunicações na Internet**. Curitiba: Juruá, 2017.

SMART CONTRACTS, LGPD E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: COMPATIBILIDADES E CONFLITOS

*Débora Manke Vieira*⁶⁰

*Fabrizio Bon Vecchio*⁶¹

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias são maleáveis e podem se desenvolver em diversas direções: é nesse ponto que Negócios, Tecnologia e Direito perfeitamente podem e devem se encontrar, a fim de que o diálogo entre técnicos e reguladores ocorra para garantir a inovação em prol do bem público. As preocupações com a privacidade não são assunto novo e têm sofrido profundas alterações ao longo dos tempos. As grandes mudanças passaram a ser vistas no início do século XX, sejam elas sociais ou tecnológicas, sendo

60 Pesquisadora. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Instituto de Estudos Tributários. Membro-Associada Fundadora do Instituto Ibero-americano de Compliance. Membro Consultora da Comissão Nacional de Proteção de Dados e Novas Tecnologias da Associação Brasileira de Advogados (ABA). Revisora do Periódico científico *Jornal Jurídico- J2* da Ponte Editora (Portugal) e *e3* da Ponte Editora (Portugal).

61 Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA-AR). Presidente do Instituto Ibero-americano de Compliance (IACC). Professor convidado do LLM em Direito dos Negócios da UNISINOS, do Pós LLM em Lei Geral de Proteção de Dados da UNISINOS, da Especialização em Direito dos Contratos e da Responsabilidade Civil da UNISINOS, da Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da UNISINOS.

as que mais revolucionaram o modo como hoje concebemos o conceito de privacidade, favorecendo a disseminação de informação a um ritmo nunca visto anteriormente e, na grande maioria das vezes, disponibilizada sem o consentimento do seu proprietário.

Se a *Internet* não consegue esquecer, o maior constrangimento reside no fato de que ela nos fornece as ferramentas necessárias para encontrar qualquer tipo de informação, sobre qualquer cidadão, por mais anonimamente que este conduza a sua vida. Podemos imaginar um cidadão que preenche um contrato inteligente informando seu histórico médico, com moléstias e doenças, medicamentos utilizados, tratamentos em andamentos etc., enfim, dados pessoais que somente dizem respeito à sua privacidade sendo expostos em *websites* e diversos armazenamentos em nuvem provocando constrangimentos e situações especulativas. É cada vez mais difícil perceber em que situação os nossos dados pessoais estão sendo recolhidos, já que esta recolha se faz, em grande parte das vezes, de forma automática e digital. No mesmo sentido, também as próprias autoridades públicas de inúmeros ordenamentos jurídicos têm feito uso crescente das informações pessoais dos cidadãos, sob o pretexto da luta contra o terrorismo e outros crimes de similar gravidade.

O presente ensaio descreve o estudo dos *smart contracts*, sua interação com a Lei Geral de Proteção de Dados e a tecnologia *blockchain*, baseando-se na possibilidade de exercer o direito ao esquecimento quando os dados alocados nesses contratos serão devidamente excluídos. Dessa forma, é possível analisar as possíveis soluções para o direito ao esquecimento, se são factíveis e em quais circunstâncias verificamos as compatibilidades com a atual legislação brasileira em vigor.

Dessa forma, ao pactuarmos um contrato para fornecimento de serviços ou compra de determinado bem, a qual nível de segurança que nossos dados são submetidos? Seria possível exercer um direito ao esquecimento relacionado aos dados ali contidos? As informações alocadas dos usuários na *blockchain* podem ser apagadas? Após essa exclusão, ainda será possível visualizar os dados na *Internet*? Deixar rastros na *Internet* pode significar, em uma perspectiva mais elementar, deixar rastros para a eternidade. O resultado desastroso está propenso a lembrar e não criar nenhum incentivo para esquecer.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento visa preservar a privacidade dos cidadãos que assim se veriam escudados por um direito a ver os seus dados removidos da *web*, na ausência de razões legítimas para que eles lá permaneçam e pelas quais foram recolhidos. Qual o sentido, porém, em inovar utilizando tecnologias como a *blockchain* para executar essas informações se estamos diante de um Direito Contratual inseguro?

1 SMART CONTRACTS: DO SURGIMENTO AO FENÔMENO BLOCKCHAIN

A sociedade contemporânea contemplou a proliferação de novas tecnologias da informação e da comunicação (as denominada TICs), as quais trouxeram mudanças significativas na vida social, econômica e política, inaugurando uma era de globalização digital na qual há grande circulação de informações e dados, à medida em que se eliminam as fronteiras entre *Internet* e mundo físico. Essas tecnologias, em particular a *Internet*, vieram alterar drasticamente as formas de comunicação, interação e organização social, pretendendo ao mesmo tempo enquadrar de forma efetiva valores fundamentais, a exemplo, a liberdade e a segurança.

De forma a acompanhar essa evolução, o direito dos contratos tem buscado garantir mecanismos de prevenção à modificação da essencialidade contratual. A relação contratual é oriunda de uma relação de confiança, a qual tem origem nos primórdios das relações comerciais — devido à complexidade que é normalmente regulamentada em um contrato, garantido por intermediários, como bancos ou instituições governamentais. Esta relação de confiança, aqui caracterizada como a *Data Driven World*⁶², torna-se cada vez mais essencial e cada vez mais difícil garantir, porque a velocidade com que as transações econômicas à escala global evoluem não permite conhecer a parte que estamos contratando.

Devido à velocidade e fluidez com que a informação atualmente é transmitida, os termos contratuais estabelecidos hoje podem não ter efeito futuramente — já que alguns princípios estão ultrapassados. Além disso,

62 Podendo ser traduzida, a grosso modo, como “economia baseada em dados”, foi disseminada pelo Vale do Silício por grandes empresas de tecnologia — Tesla e Facebook — para direcionar as tomadas de decisões estratégicas. Através da análise e coleta de dados é possível influenciar e dirigir um negócio e quais metas podem ser atingidas.

os próprios intermediários veem-se limitados quanto a recursos (seja porque não dispõem de tecnologia suficiente, seja porque não conhecem as técnicas modernas de negociação), o que os impede de assegurar às partes contratantes uma negociação célere e eficaz, baseada na confiança e boa-fé entre aquelas.

Nesse âmbito, inserem-se os *Smart Contracts*, uma nova configuração que assume a celebração de contratos — que, em síntese, são uma nova espécie, ou modalidade de contratos de execução automática, na medida em que suas cláusulas são descritas no código-fonte em linguagem de programação —, pelos quais há troca de fundos, bens móveis e imóveis, ações e coisas às quais se possa atribuir um valor (ROCHA; PEREIRA; BRANGANÇA JUNIOR, *online*). Tais contratos foram desenvolvidos por Nick Szabo, advogado e criptógrafo, cujo propósito era corrigir as instabilidades tradicionais dos contratos e fazer cumprir os objetivos fundamentais destes documentos (SZABO, 1996, *online*), por meio da tecnologia *blockchain*⁶³, modificando o cenário existente em que as partes continuavam litigando sobre aspectos objetivos ou de interpretações ambíguas dos contratos.

Nos Contratos Inteligentes, Nick Szabo (1996, *online*) idealizou um contrato digital autoexecutável e autônomo, eliminando a figura de um intermediário ou terceiro, por meio de códigos matemáticos e algoritmos e, ainda, elencou quatro pilares como melhorias aos contratos. São eles: (1) o acompanhamento que dizia respeito à análise do desempenho de cada contrato por qualquer um dos responsáveis; (2) a exigibilidade priorizou a necessidade de garantia fiel à execução do contrato; (3) já a privacidade se inspirou na ideia de que o conhecimento sobre o conteúdo do contrato deveria ser distribuído entre as partes apenas no essencial para a devida execução; e, por fim, (4) a verificabilidade da execução ou da violação do contrato. Cabe referir que os Contratos Inteligentes nada mais são do que contratos típicos codificados e disponibilizados por uma base de dados. Esses negócios são execuções automáticas de um “conjunto juridicamente constituído ou mesmo de contratos mais simples, cuja formação pode se dar de forma verbal, mas que deverão obedecer à legislação para a sua ela-

63 A *blockchain* é um livro-razão imutável e compartilhado que facilita o processo de rastreamento de ativos e o registro de transações. De forma simplificada, qualquer item de valor pode ser negociado e rastreado em uma rede *blockchain*, reduzindo os riscos e os custos a todos os envolvidos.

boração” (CAMPOS, 2018, p. 109). Também podem ser compreendidos como negócios jurídicos — unilaterais ou bilaterais — imperativos e pactuados entre as partes e reduzidos em código ou algoritmos com execução imediata e autônoma.

Os *Smart Contracts* se caracterizam pela necessidade de uma assinatura digital, sendo essencialmente contrato de modo digital, que necessita de um *software* para programar suas cláusulas e um *hardware* para executá-las. Além disso, o cumprimento de um Contrato Inteligente é autônomo, eis que após a sua formalização independe da interpretação subjetiva de terceiros alheios ao negócio, bem como não depende exclusivamente da confiança entre as partes contratantes e entre os contratantes e algum tipo de intermediário (DIVINO, 2018, p. 2792).

Esse progresso tecnológico pode definir-se como disruptivo, pois vem revolucionando a maneira como concebemos as nossas instituições políticas, sociais e econômicas. A base para essa mudança paradigmática encontra-se na possibilidade que a tecnologia *blockchain* oferece para auxiliar pessoas e empresas a estabelecerem uma relação de confiança, sem a necessidade de presença física ou um intermediário que a garanta. A confiança na rede é estabelecida pelo registro imutável e permanente das informações sobre todas as transações realizadas em uma rede *blockchain* (BAMBARA; ALLEN; IYER; LEBERER; WUEHLER, 2018, p. 122–123) — basicamente qualquer bem (corpóreo ou incorpóreo) pode ser transacionado e registrado, reduzindo os riscos e custos para todos os envolvidos —, assegurando a autenticidade das informações lá registradas, certificando a segurança da transação. Potencialmente, resolve pequenos problemas de assimetria de informações e economia em pequenas transações sem necessidade de grande infraestrutura.

O papel da *blockchain* nesses contratos é o de garantir, por meio de provas criptográficas, a idoneidade das transações, diminuir os custos da transação e dar maior autonomia para as partes. Quando correlacionamos essas duas tecnologias — *Smart Contracts* e *blockchain* —, o que se percebe é que estamos falando de protocolos de confiança para além da garantia da transação de valores. Isto é, um *smart contract* passa a existir somente no momento em que uma ação é tomada para dar início à aceitação entre as partes, formando-o (RASKIN, 2017, p. 323).

Embora as cláusulas imutáveis sejam de extrema importância para a questão de segurança e força obrigacional dos contratos inteligentes, a preocupação se encontra justamente nessa peculiaridade, que a torna questionável em matérias como a da alteração circunstancial de cláusulas. Isso se dá, em primeiro lugar, porque muitas características contratuais não podem ser observadas apenas objetivamente. De todo o modo, ainda que essa objetividade fosse possível, existem situações que nem sequer são previstas no momento em que é concluído o pacto negocial. Podemos pensar que mesmo que posteriormente algum fator se alterasse, desaparecendo a essencialidade do contrato, sendo preciso considerar fundamentos subjetivos importantes para amparar as partes do contrato, estas ainda se manteriam vinculadas por conta da rigidez desse tipo de contratação.

Em uma comparação aos contratos tradicionais, apesar de serem mais custosos e maleáveis, os termos podem ser renegociados facilmente, por meio de uma interpretação conjunta entre os pactuados na intenção de corrigir os vícios aparentes do contrato e imprecisões de linguagem. Já nos *smart contracts* é um pouco mais dificultoso, visto que a transação na *blockchain* demanda uma transação de correção ou estimula uma alteração nas regras de validação dos blocos —*Hard Fork*⁶⁴ (esse tipo de alteração cria uma nova regra de funcionamento que invalida a regra anterior) — sendo que um dos pilares primordiais do *blockchain* é justamente a imutabilidade dos dados gravados.

Por conseguinte, a confiança é depositada no próprio instrumento contratual, ou seja, em programas que os codificam sem obter outras noções ou bases principiológicas que distinguem o que é correto ou não (TUR FAÚNDEZ, 2018, p. 111). Essa forma contratual pode deixar expostos os usuários, considerando que essas informações podem estar alocadas na rede mundial e acessadas por terceiros mal intencionados; e expor, desnecessariamente, dados pessoais dos pactuantes.

64 Hard Fork é uma alteração nas regras de um algoritmo incompatível com o protocolo original, isto é, quando ocorre uma ruptura com a versão anterior. Esse processo pode ser usado para melhorar um algoritmo existente ou criar um novo a partir daquele rompido, com alterações que permitam a criação de uma blockchain diferente.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ESTAMOS REALMENTE SEGUROS AO UTILIZAR A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN?

O direito ao esquecimento começou a ser discutido nos anos 1960, a partir do “caso *Lebach*”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando se percebeu a necessidade que tem o titular de um determinado serviço, dado ou fato de que suas informações sejam excluídas, quando não forem mais úteis ou quando a publicidade afetar os direitos fundamentais (MARTINS, 2005, p. 486). Já no Brasil, o direito de não ser lembrado contra a sua vontade remete à rubrica do direito ao esquecimento de fatos desabonadores, de natureza criminal, em que o indivíduo fora inocentado ou tenha cumprido sua pena. A problemática, porém, alcançou aqueles que pretendem ter informações desindexadas nos resultados de buscas pelo seu nome na *Internet*. Para firmarmos um conceito, podemos dizer que o direito ao esquecimento está relacionado à esperança do indivíduo em limitar passagens de sua vida no passado e seguir na construção de sua história sem que erros cometidos por si ou por terceiros — que, por alguma circunstância, dizem respeito a sua vida — possam inviabilizar o seu presente e o seu futuro — ou, ainda, o seu direito de recomeçar do zero (*clean slate*).

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (GDPR) depende o artigo 17 acerca do *right to be forgotten*⁶⁵, apontando desde possibilidades de aplicação, exigências técnicas para os controladores de dados e até mesmo hipóteses restritivas de sua aplicação. Dentre essas restrições, citam-se o cotejo com a liberdade de expressão e direito à informação; a proteção de dados para fins de *compliance* com instituições públicas; a garantia do interesse público; a proteção de fatos científicos, de pesquisas históricas, de estatísticas e, por fim, o exercício da defesa judicial.

No direito brasileiro, embora não se empregue o termo direito ao esquecimento, o artigo 16 da Lei Geral de Proteção de Dados dispõe que os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, quando o próprio titular deles sentir a necessidade de solicitar sua exclusão ou

65 O “direito a ser esquecido” foi sancionado pela União Europeia permitindo que informações desatualizadas ou irrelevantes possam ser passíveis de serem ‘apagadas’ da Internet.

à autoridade nacional, cujo poder é o de impedir o tratamento dos dados, entendendo que se trata de um direito transindividual. No artigo 17 e 18 da Lei Geral de Proteção de Dados, o direito à portabilidade reassegura o controle do titular dos dados sobre as suas informações pessoais, visando ao seu bloqueio em plataformas fechadas (JANAL, 2017, p. 59). Nessa linha, destaca-se o princípio do consentimento, surgindo como um instrumento para o exercício de autodeterminação informativa do indivíduo, conferindo o poder de anuir — ou não — com a coleta e tratamento de suas informações.

O direito à autodeterminação informativa foi reconhecido, precipuamente, pelo Tribunal Constitucional Alemão. Com o julgamento da Lei do Censo Alemã, a corte afirmou que esse direito pressupõe que, “mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informações [...] o indivíduo exerça sua liberdade de decisão sobre as ações a serem precedidas ou omitidas em relação a seus dados” (VIEIRA, 2007, p. 88), declarando nulos os dispositivos referentes ao tratamento de dados e reconhecendo o direito do cidadão de negar informações de caráter pessoal. No mundo digital, é praticamente impossível vislumbrar, na concreção prática, uma ordem de esquecimento, seja pela falta de controle no tráfego e destino em que as informações navegam pela rede, seja pela dificuldade em rastrear onde esses dados foram compartilhados — na melhor das hipóteses estarão alocados em incontáveis *websites* e nuvens de armazenamento e, em um cenário catastrófico, irá se criar o chamado “Efeito Streisand”⁶⁶, tema de interesse jornalístico, em que o efeito colateral daquele que pretende esquecer uma informação apenas capta maior atenção do público, acarretando uma superexposição do fato (LUZ, 2019, p. 203).

Uma alternativa para manter a segurança aos contratos inteligentes são as intercessões dos chamados “Oráculos” — empresas que possuem um sistema que permite a comunicação com estes contratos, ofertando

66 Em 2003, uma base de dados online de fotos da Califórnia, a California Coastal Records Project, tornou pública uma foto da mansão da atriz Barbra Streisand. A famosa decidiu processar o fotógrafo responsável pelo registro e um site de venda de fotos. Requereu uma indenização de 50 milhões de dólares como reparação por violação de sua privacidade. Antes de entrar com esse pedido na justiça norte-americana, a imagem havia sido acessada apenas 6 vezes, duas delas pelos seus advogados; após a demanda, a foto se tornou um sucesso, recebendo 420.000 visualizações no período de um mês (JANSEN; MARTIN, 2015).

informações externas necessárias para a sua execução e, de acordo com o resultado de pesquisa obtido, após aprovação das partes, transmitem e codificam o instrumento contratual. Essas empresas possuem chaves privadas que desbloqueiam os *tokens* e fornecem as informações assinadas, passando a valer como genuínas e verdadeiras, criando novamente um cenário de confiança. Ocorre que, “para o administrador da rede/*Security Officer*, simular essa etapa, de maneira benigna (ou seja, alguém de dentro da própria empresa fazendo em detrimento a um atacante/adversário real), pode ajudar a descobrir um dispositivo vulnerável da mesma forma que um atacante com o mesmo nível de acesso dentro da rede poderia fazer” (MONTANARO, 2021, p. 348–349). Nessas operações, um algoritmo *pruning*⁶⁷ é utilizado para excluir o maior número de informações possíveis sem corromper o programa — sendo necessário efetuar um levantamento de informações dos usuários, que não são importantes para a *blockchain*, e definir com segurança quais dados podem ser removidos sem prejudicar a integralidade da tecnologia.

Não podemos desconsiderar que os *smart contracts* apresentam um armazenamento barato das informações de fácil recuperação (permitindo uma maior possibilidade de acesso e difusão) e alcance global, minimizando a necessidade de presença física para que se possam acessar os dados produzidos em qualquer jurisdição. Esses fatores nos levam a crer em um risco muito grande para os usuários/pactuantes, uma vez que, após a sua invalidação na *blockchain*, torna-se basicamente improvável rastrear onde esses dados foram armazenados e distribuídos.

CONCLUSÃO

Ainda que a tecnologia *blockchain* não seja a solução para todos os problemas de privacidade e não venha revolucionar de forma absoluta muitos dos aspectos de nossas vidas, essa nova ferramenta pode ter um impacto substancial em muitas áreas. Por essa razão, torna-se necessário estar preparado

67 Pode ser definido como a remoção de neurônios de uma rede neural ou a remoção de partes de uma árvore de decisão. Isso pode acontecer porque não há significativa contribuição para interpretação da árvore; a estratégia comum é aumentar a árvore até que os nós se distanciem e, em seguida, usar a “poda” para remover os nós que não fornecem informações adicionais.

para os desafios e oportunidades que essa nova forma tecnológica apresenta, conhecendo o seu funcionamento e acompanhando o seu desenvolvimento no amparo aos *Smart Contracts*. A tecnologia *blockchain* possui um potencial imenso para revolucionar as transações de informação, sendo uma séria candidata a substituir a forma como contratamos atualmente.

É possível que o tema adquira contornos mais complexos em breve espaço de tempo, desafiando mitos jurídicos tais como a territorialidade, o grau de proteção exigido pela personalidade humana e a própria compreensão do direito. É possível, ainda, que as incertezas tecnológicas tornem esse problema obsoleto nos próximos anos, ou que surjam outros ainda mais complexos e desafiadores. Contudo, são nesses espaços e momentos de descoberta que o direito moderno parece ainda mais desorientado, e a velocidade tecnológica ecoa em um estado caótico de indefinição. Assim, mostra-se ser imperativo construir um direito novo, talvez mais atento às suas próprias limitações, de modo a fornecer respostas apropriadas ao tempo em que vivemos.

Ainda dentro do espaço restrito da temática, podemos concluir esta discussão afirmando com segurança que não devemos nos ater a termos técnicos próprios das ciências jurídicas para discutir o direito ao esquecimento em situações tão delicadas quanto os dados pessoais dos pactuantes de um contrato inteligente sendo expostos por milhares de agentes pelo mundo virtual. Os *smart contracts* vieram para afastar a burocracia, reduzir custos e, sobretudo, permitir uma maior confiabilidade e segurança às partes; no entanto, a tecnologia *blockchain* pode se tornar um empecilho para a exclusão desses dados após sua utilização, de modo que este se mostra como mais um desafio criado pelo momento disruptivo que se descortina.

REFERÊNCIAS

BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R.; IYER, Kedar; LEBERER, Solomon; WUEHLER Michael. **Blockchain: A Practical Guide to Developing Business**. Law and Technology Solutions, McGraw-Hill, 2018.

CAMPOS, Emília Malgueiro. **Criptomoedas e Blockchain: O Direito no Mundo Digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

- DIVINO, Sthéfano. *Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios*. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 4, n. 6, p. 2.771–2.808, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-a-no-4-2018-n6/182>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- JANAL, Ruth. **Data Portability: A Take of Two Concepts**. *Intell Prop. Info. Tech. & Elec. Com*, 2017.
- JANSEN, Sue Curry; MARTIN, Brian. The Streisand Effect and Censorship Backfire. **International Journal of Communication**, p. 656–671, 2015.
- LUZ, Pedro Henrique Machado. **Direito ao Esquecimento no Brasil**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2019.
- MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.
- MONTANARO, Domingo. Gestão de Vulnerabilidades. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- RASKIN, Max. The law and legality of Smart Contracts. **Georgetown Law Tech Review** 305, 2017. Disponível em: <https://georgetown-lawtechreview.org/wpcontent/uploads/2017/05/Raskin-1-GEO.-L.-TECH.-REV.-305-.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca; PEREIRA, Débora de Oliveira; BRAGANÇA JUNIOR, Sergio Henrique Fernandes. **Smart Contracts e Blockchain: uma reflexão sobre os desafios jurídicos decorrentes das inovações tecnológicas**. Disponível em: <https://even3.blob.core.windows.net/anais/131567.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets**, 1996. Disponível em: https://alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContratcs.html. Acesso em: 15 de jul. 2021.

TUR FAÚNDEZ, Carlos. *Smart contracts: análisis jurídico*. **Colección de derecho de las nuevas tecnologías**. Madrid: Reus Editorial, 2018.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) — Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PRIVADA SOB A PERSPECTIVA DA IMPERIOSA (IN)OBSERVÂNCIA DOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR — ANS

*Péricles Queiroz Araújo*⁶⁸

INTRODUÇÃO

A consagração do direito à saúde na Constituição de 1988, como um direito fundamental, consolidou o anseio popular no sentido de receber do Estado a prestação de serviços de saúde, sem distinção de raça, sexo ou posição social. Vê-se, portanto, na Carta Cidadã, um passaporte para uma vida digna.

A mudança de uma saúde pública concedida apenas para os trabalhadores formais, dentro do conceito de “cidadania regulada”, para um modelo no qual o Estado irá promover a saúde para todos, logicamente não tardou a gerar conflitos de interesses entre os próprios beneficiários do direito fundamental à saúde. Como é cediço, a saúde e seus meios para a detecção de doenças ou tratamentos, exigem do ente patrocinador quan-

68 Chefe da Assessoria Técnico-Jurídica do Departamento de Saúde da Polícia Militar do Distrito Federal. Mestrando em Ciências Jurídicas Universidad Columbia — Paraguai. Especialista em Direito Médico e da Saúde. Graduado em Direito UNIEURO.

tias elevadas de financiamentos, sendo que, normalmente, quem recebe o tratamento não é quem arca com os custos.

Diante de tais dilemas, verifica-se que, para a promoção da resolução dos conflitos em serviços de saúde, é que o poder judiciário é chamado para estabelecer, dentro da previsão constitucional, qual seria o limite de atendimento em saúde que estaria dentro do “nucleo duro” dos direitos fundamentais à saúde. Desde pronto, esclarece-se que tanto o direito à saúde coletiva quanto à privada não escapam da voraz necessidade de embates judiciais, pois o direito posto na Constituição não pode ser uma mera recomendação para os órgãos do Estado.

Tendo em vista o escopo do presente estudo, focado com exclusividade na saúde suplementar, cabe analisar e responder: o poder judiciário, na sua função típica de dizer o direito, estaria limitado aos parâmetros estabelecidos pelos órgãos competentes ao que deve ou não ser prestado?

A hipótese é que, havendo previsão legal acerca das formas e procedimentos para a análise das melhores técnicas de saúde, atendidas as questões de sustentabilidade financeira da pessoa jurídica, bem como a ampla previsão dialógica de todos os setores interessados, deveria o poder judiciário obedecer aos critérios estabelecidos pela ANS.

Como será visto, o direito fundamental à saúde não significa que será prestado tudo de tudo, mas tudo daquilo que é possível, sem o sacrifício do serviço para outras pessoas. O tema torna-se atual na medida em que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo o papel de protagonismo às agências reguladoras do setor de saúde, tal qual ocorreu com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA, no Tema de Repercussão Geral n° 500, que disciplinou a obrigatoriedade de dispensação de medicamentos com a chancela daquela agência.

Da mesma forma, agora o Superior Tribunal de Justiça foi chamado à decidir, por intermédio da 2ª Seção, sobre a taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS.

1 DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A inclusão do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais na Constituição Cidadã foi uma conquista que não saiu apenas da consti-

tuinte, mas que veio se aperfeiçoando desde as Conferências Nacionais de Saúde, principalmente a oitava, cujos temas foram incluídos no texto da Constituição Federal, conforme lições de Menicucci (2011, p. 186).

Além da previsão constante no artigo 6º, denominado “dos Direitos Sociais”, pela primeira vez a saúde recebeu uma seção destinada aos princípios e regulações, dentro do Capítulo da Seguridade Social, estabelecendo, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, estabelendo-se por intermédio de políticas públicas que visem à “redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Segundo Martins (2020, p. 1.438) a previsão constitucional, além de conter o direito à saúde, estabeleceu que é obrigação do Estado, também, promover políticas públicas que busquem a prevenção e o atendimento de tal direito. Nesse sentido, para o autor, a omissão do Estado em elaborar as políticas que estabeleçam prioridades e metas para o Governo acarreta em inconstitucionalidade por omissão, por violação aos princípios, na sua modalidade de proteção insuficiente.

Buscando regulamentar o mandamento constitucional de saúde coletiva, coube ao legislador ordinário elaborar a lei federal nº 8080/90, conhecida como “regulamento do Sistema Único de Saúde — SUS”, cujos princípios foram expressamente esculpados, primando, essencialmente, pela universalidade e integralidade dos serviços de saúde para a população.

Nesse sentido, tem-se uma norma constitucional que foi devidamente regulamentada com princípios e diretrizes que caminham no aperfeiçoamento do acesso universal e em todos os níveis de assistência, bem como para a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”, conforme artigo 7º da supracitada lei.

Numa análise atenta dos artigos constitucionais e legais, verifica-se que a saúde pública pode ser prestada nas formas direta, pelo Estado, ou indireta por pessoa jurídica de direito privado, mediante contratos ou convênios. Dessa forma, existindo tal possibilidade, convém estabelecer as seguintes premissas: a uma, na saúde coletiva segue-se os princípios estabelecidos de universalidade e integridade, dentre outros; a duas, na saúde coletiva, é possível a prestação de serviços por pessoas jurídicas de direito

público e de direito privado; e a três, quando for prestado por pessoa jurídica de direito privado trata-se, na verdade, de uma complementação do SUS, logo, segue as regras deste.

Estabelecidas as premissas supra, cabe verticalizar o estudo e analisar os fundamentos das atividades privadas na saúde no Brasil. Descartada a ideia de que a pessoa jurídica de direito privado esteja na condição de complemento ao SUS, resta afirmar que estará atuando no mercado de saúde, como prestador de serviços convencional e de acordo com as regras comerciais.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 199, dispõe que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Pois bem, sendo livre à iniciativa privada e sendo o ordenamento jurídico um conjunto de normas e regras que estão sempre em harmonia, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo das operadoras de planos de saúde, seguirão os princípios da autonomia privada, tal qual estabelece o artigo 170 da Carta Magna.

Em tópico específico, serão tratadas as questões acerca das pessoas jurídicas de direito privado que atuam na saúde suplementar e serão melhores definidas as balizas para que tais atividades possam ser exercidas, em pleno atendimento ao mandamento constitucional previsto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal.

Como se percebe, no Brasil, existe a possibilidade de que os serviços de saúde sejam prestados pelo Estado e pelo particular, sendo que a este fenômeno foi denominado de “mix público-privado”. Conforme Menicucci (2011, p. 58) a estrutura do sistema de saúde, composto por público e privado, deveu-se de uma sequência de decisões governamentais, anteriores à própria Constituição de 1988, que visavam superar a deficiência da saúde pública. Não é mister deste trabalho adentrar nas lições sobre o que, de fato, teria ocasionado a opção do constituinte, mas o fato é que foi determinada tal configuração, não sendo possível alterar, salvo por emenda constitucional.

Como visto linhas alhures, a saúde coletiva é regida por princípios constitucionais específicos que divergem da saúde privada ou saúde suplementar. Assim, nosso escopo estará delimitado apenas quanto à judicialização na saúde suplementar.

1.1 DA SAÚDE SUPLEMENTAR E DE SUAS CARACTERÍSTICAS

Com suporte na própria Constituição Federal, se a saúde coletiva foi regulamentada pela lei n° 8080/90, a saúde suplementar foi construída pela lei n° 9656/98, que passou a reger os planos e seguros privados de assistência à saúde em todo o território nacional. Desde pronto, percebe-se o intuito do legislador quando determinou que estarão submetidos àquela lei as pessoas jurídicas que atuam na atividade privada de saúde, afastando-se, portanto, da esfera do Sistema Único de Saúde.

Sabe-se que o legislador não foi tão célere para realizar seu mister e permitiu que o setor de saúde privado permanecesse por décadas sem qualquer regulação, ou seja, o que guiava as prestadoras de saúde, no âmbito privado, era o próprio mercado. Nagib Filho apud Figueiredo (2012, p. 32) transcreveu a postura de um Estado liberal absenteísta como aquele que “deixa fluir as forças naturais do mercado, isto é, não corrige nem dirige os aspectos economicos”.

Somente no ano de 2000 é que foi publicada a lei n° 9961/2000, criando a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS cuja missão é a de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”, conforme o seu artigo 3°.

Nesse sentido, a partir do momento da criação da ANS, regulando o setor de saúde suplementar, deve-se dar-lhe o “crédito” para que desenvolva sua função da melhor maneira, principalmente para zelar pelos interesses dos usuários.

Tem-se, então, uma atividade econômica de prestação de serviços de saúde, específica para parcela da população, regulada por uma agência reguladora — portanto, pelo próprio Estado —, e que tem como um dos seus escopos o cumprimento do contrato estabelecido e analisado pela Agência, conforme as previsões legais e infralegais. Segundo Figueiredo (2012, p. 7) o direito de saúde suplementar firma-se em normas de direito público e direito privado cuja finalidade é a disciplina dos vários setores envolvidos (Estado, prestadoras de saúde, consumidores) num mercado de assistência privada à saúde.

Com isso, repisa-se, todas as condições necessárias para o funcionamento das operadoras estão previstas em normas legais e infralegais, previamente estudadas e fixadas, bem como estão materializadas num instrumento contratual com o usuário. A doutrina especializada apresenta um interessante exemplo para a perfeita compreensão do que é a saúde suplementar:

[...] uma relação contratual somente será devidamente disciplinada pelo direito se estiver, concomitantemente, permeada de elementos econômicos e jurídicos. Isto porque, ao mesmo tempo, constitui uma relação econômica, por meio do pagamento da prestação pactuada, bem como uma relação jurídica, que obriga as partes contratantes aos deveres celebrados. Por sua vez, a atividade de tributação do Estado somente se tornará efetiva e justa se observar princípios tanto de ciências jurídicas — a fim de estabelecer os elementos objetivos e subjetivos da exação em tela — quanto de ciências financeiras, com a finalidade de normatizar os critérios de cálculos do tributo, em face de seus elementos de direito. (FIGUEIREDO, 2012, p. 11).

Ponto importante que deve ser mencionado é que, apesar de ser uma prestação de serviço de saúde baseada em pagamento, permitido, apenas, para parte da população com tal capacidade financeira, isso não autoriza qualquer discriminação ou rejeição por motivo de doenças preexistentes, idade ou outra situação que cause desequilíbrio contratual por parte das operadoras de saúde.

Como será visto no tópico seguinte, a ideia de Estado regulador conduz ao entendimento de que a técnica e a expertise dos envolvidos é que guiará o serviço e não “outra força” do próprio Estado, por exemplo o Poder Judiciário. A este caberá a função de análise de legalidade e conformidade com o que foi estabelecido e não o desmantelamento da estrutura criada pelo legislador e estudada pelo órgão competente.

Em resumo, ao julgador não é dado o poder de decidir sobre matérias específicas de economia, mercado, tecnologia do setor de saúde ou outro ramo do conhecimento. Cabe-lhe, portanto, analisar os fatos, as manifestações e fundamentações constantes no processo, e guiar para a sua perfeita condução. Nesse sentido caminha a lição de Carlini:

Quando a proteção do usuário coloca em desequilíbrio o mercado é preciso retomar as reflexões e mesmo em um tema sensível como saúde privada, resgatar o pressuposto fundamental de que os contratos são formalizados como instrumento de previsibilidade das operações que eles representam. (CARLINI, 2014, p. 131).

Corroborando com o entendimento supramencionado o fato de que na elaboração de uma norma infralegal, pela ANS, existe a plena participação da sociedade e dos interessados. A lei nº 9656/98 criou, em seu artigo 17-A, a Câmara de Saúde Suplementar — CAMSS, cuja finalidade é consultiva e permite a participação de vários setores envolvidos, dentre eles os Conselhos de Classes, a Central Única dos Trabalhadores, a Associação Médica Brasileira e o Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

As funções e a composição dos membros da Câmara de Saúde Suplementar constam na Resolução Normativa nº 237/2010, e simboliza um verdadeiro órgão consultivo para as decisões que envolvem serviço de saúde suplementar. Salvatori e Ventura (2012, p. 115) lecionam que as “agências reguladoras consistem também em espaços de mediação de conflitos entre diferentes atores componentes do mercado regulado e buscam, dessa forma, solucionar problemas nos quais existam interesses divergentes”.

Apresentadas as características principais da saúde suplementar no Brasil, cabe avançar na regulação do mercado de saúde suplementar, ponto este desconhecido por muitos.

1.2 DA RÍGIDA REGULAÇÃO DO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Tratar de saúde suplementar é correlacionar a atividade do particular, baseada em interesses econômicos, com normas de direito público estabelecidas pelo órgão competente, no caso a ANS.

Hordienamente, quando se debate sobre saúde privada, as únicas palavras que se ouvem é que o “rol da ANS é exemplificativo”, portanto, é dever da operadora autorizar o serviço para o contratante. Todavia, quando se estuda com profundidade sobre o assunto, percebe-se o quão rasa é a ideia fixada e como ela vai de encontro aos próprios fundamentos da saúde suplementar.

Como visto, cabe à ANS regular a saúde suplementar no Brasil, levando-se em conta todos os aspectos — não apenas o de medicina — para que o mercado atenda às expectativas da sociedade. Repisa-se que não se trata apenas e tão somente de medicina, mas de todos os aspectos que, direta ou indiretamente, influenciam na atividade.

A saída do conceito de *pacta sunt servanda*, existente antes da regulação estatal, ou seja, de que o usuário assinava um contrato — muitas das vezes de responsabilidades desproporcionais — para um conceito de intervenção e regulação do Estado, antes mesmo de que a operadora possa entrar no mercado, não pode ser relegada ao ostracismo.

As exigências rígidas estabelecidas pela ANS, em relação aos operadores de saúde, devem ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário quando defrontar-se com uma ação de pedido de serviços não constantes no contrato, por exemplo.

À título de aprofundamento, menciona-se a questão da Análise de Impacto Regulatório — AIR, recentemente introduzida no ordenamento jurídico, por intermédio da lei n° 13.848/2019, regulamentada pelo decreto federal n° 10.411/2020, que disciplina a necessidade de que, antes de qualquer medida de regulação, seja realizado o estudo pertinente, com a participação de todos os interessados, *ex vi* os artigos 4° a 6° da lei:

Art. 4° A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5° A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6° A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (BRASIL, 2019).

Não restam dúvidas de que o legislador conferiu mais esta ferramenta de controle do mercado, inclusive para o setor de saúde suplementar, e que deve ser levada em consideração em qualquer ação judicial. Se houve o cumprimento da lei, bem como a devida discussão da questão, não pode toda esta fundamentação ser jogada por terra no contexto de uma ação judicial.

Outra informação, que poucos conhecem, é quanto à necessidade de comprovação de sustentabilidade financeira da operadora de saúde suplementar. Para tanto, a ANS estabeleceu fórmulas que atuam diretamente na solvência e liquidez das prestadoras de serviços de saúde suplementar. Na Resolução Normativa ANS n° 392/2015 e na Instrução Normativa n° 54/2017 constam as previsões para garantia de ativos, ou seja, o capital reservado para que a operadora arque financeiramente com as suas obrigações assumidas.

Não é preciso muito estudo técnico para entender que tais garantias estarão de acordo com aquilo que a empresa se dispôs a oferecer aos seus clientes. Logo, qualquer alteração extracontratual, incluída por sentença judicial, terá o condão de fragilizar as suas finanças e prejudicar todos os consumidores vinculados àquele contrato. E essa é a lição do professor Amorim quando trata sobre as finanças da pessoa jurídica operadora de serviços de saúde:

Tal medida se revela de extrema importância, uma vez que, para atuar no mercado de saúde suplementar, as operadoras precisam se demonstrar capazes de manter a qualidade da assistência à saúde prestadas a seus beneficiários. Sendo assim, o valor constituído de ativos garantidores deve ser suficiente para cobrir o montante correspondente às provisões técnicas. (AMORIM, 2013, p. 165).

De outra banda existem, também, como toda regulação de serviços, as sanções em face de descumprimento das normas inerentes à saúde suplementar. A Resolução Normativa ANS n° 124/2006 dispõe sobre as penalidades aplicáveis às operadoras de saúde suplementar, podendo ir desde advertência, passando por multas rigorosas, até a “inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras,

corretoras de seguros e instituições financeiras”, assim como estabelece o artigo 2º da resolução.

Por fim, uma vez que o presente trabalho não terá o condão de esgotar toda a matéria inerente à regulação da ANS, cabe mencionar que a Resolução Normativa ANS nº 416/2016 estabeleceu uma importante ferramenta de prevenção de falhas na prestação do serviço. Trata-se do Monitoramento do Risco Assistencial, cujo objetivo é o de analisar as operadoras em situação de risco em suas atividades e estabelecer medidas antecipadas para a solução do problema detectado pela Agência.

Com base na RN nº 416/2016, o procedimento de análise é composto por três fases: a) identificação; b) monitoramento da evolução assistencial; e c) subsídio de ações preventivas e corretivas sobre a operadora com alto risco. Como se percebe, todas essas fases servem para que não haja comprometimento do serviço e o consequente prejuízo aos consumidores do plano de saúde.

Vistas as considerações básicas sobre a regulação no setor de saúde suplementar, cabe, no tópico seguinte, dispor sobre as ações judiciais e uma possível mudança de entendimento por parte das Cortes Superiores.

2 DOS “CONFLITOS JUDICIAIS” NA SAÚDE SUPLEMENTAR E DA POSSÍVEL MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

O fenômeno da judicialização da saúde, pública ou privada, é ponto polêmico em qualquer pesquisa científica ou artigo específico, pois, afinal, trata-se de um direito constitucional, um direito fundamental.

O corte temático, judicialização na saúde suplementar, foi feito para minimizar os riscos de não se alcançarem os objetivos propostos, ou seja, de que o julgador, em sua atividade típica de poder judiciário, deve observar as fundamentações exaradas pelo órgão competente, nesse caso, a ANS.

Viu-se que, com a criação das Agências Reguladoras, o Estado passou a ter um mecanismo dinâmico e atualizado de elaboração de normas infralegais com o escopo de melhor dirigir algumas atividades, mais especificamente aquelas essenciais como a saúde privada.

Como ponto crucial em nossa pesquisa, estabeleceu-se um marco temporal indicando que o poder judiciário pode estar no caminho de que os serviços prestados por pessoas jurídicas, públicas ou privadas, constantes no espectro de um direito fundamental, devem possuir limites previamente estabelecidos.

Foi no Recurso Extraordinário n° 657.718, julgado em 2019, em sede de saúde coletiva, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA ou em caráter experimental, salvo em situações excepcionalíssimas.

Assim, o Supremo firmou, por maioria de votos, que não pode ser concedido medicamento, por decisão judicial, que não tenha o registro da ANVISA, exceto se: a) caso de mora desarrazoável no processo de apreciação do pedido de autorização (com prazo superior ao previsto na Lei n° 13.411/2016); b) doenças raras e ultrarraras; c) existência de registro por órgãos de regulação no exterior; d) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; e e) a ação deverá ser proposta em face da União.

Com se percebe, a Suprema Corte deu primazia à ANVISA, justamente por deter o conhecimento técnico para promover a devida análise dos pedidos de autorização de medicamentos. Entretanto, tal competência não significa liberdade para olvidar-se dos prazos concedidos, deixando a sociedade sem a devida resposta.

Em complemento, o professor Flávio Martins, citando o Ministro Barroso, transcreveu parte do voto constante no RE n° 657.718:

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves que pode morrer de cura, vítima do excesso de ambição, de falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis — seja por inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade — bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. (MARTINS, 2020, p. 1.440).

O parâmetro objetivo foi descrito pelo Estado, por intermédio de seu legislador e pelo Poder executivo, cabendo, portanto, ao judiciário analisar o caso concreto e ver se foram atendidos. Percebe-se a importância da decisão supra quando enquadrada no contexto de saúde coletiva, cujos princípios basilares consistem na universalidade e integralidade, como visto anteriormente.

Após a decisão da Suprema Corte os holofotes voltaram-se para a saúde complementar, uma vez que as ações judiciais também ocorrem rotineiramente. E não tardou para que o Superior Tribunal de Justiça — STJ fosse chamado a decidir sobre o alcance das decisões judiciais nos contratos de prestação de serviços de saúde suplementar.

Com a divergência existente entre as Turmas de Direito Privado (3ª e 4ª), a questão foi conduzida para a 2ª Seção a fim de que fosse pacificada. Por um lado, a 3ª Turma entende que o rol estabelecido pela ANS é meramente exemplificativo, podendo-se, pelas vias judiciais, ampliá-lo em benefício do consumidor (AgRg no AREsp 634.543/RJ). De outro, a 4ª Turma entende que é taxativo, ou seja, que o Poder Judiciário não pode impor às operadoras de serviços e saúde algo que não conste no rol da ANS (REsp 1.733.013).

Cabe mencionar que no Resp 1733013, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, as fundamentações utilizadas foram as constantes no bojo do presente artigo, ou seja, privilegiando as funções da ANS e sua competência, bem como a sustentabilidade das empresas prestadoras.

Até o presente momento, na 2ª Seção do STJ, no processo Eresp 1886929/SP, somente houve manifestação do voto do relator Luis Felipe Salomão, no sentido da taxatividade do rol da ANS, ou seja, aquilo que foi estudado e analisado pela agência é o que vale para a concessão de decisões judiciais. Após a deliberação do relator, a ministra Nancy pediu vista do processo, momento em que se suspendeu a deliberação.

Para se ter uma noção do impacto que esta decisão vai gerar, segundo a Federação Nacional de Saúde Suplementar — FenaSaúde, a judicialização da saúde suplementar afeta “direta e indiretamente 47,3 milhões de beneficiários de planos de saúde, além de toda uma cadeia que engloba operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde”.

Também, dados extraídos do FenaSaúde demonstram que, no ano base de 2017, no poder judiciário “foram classificados 564.090 processos,

em todas as instâncias, na categoria de direito do consumidor de planos de saúde — o equivalente a quase 1/3 das ações registradas referentes à judicialização da saúde”.

Conforme pesquisa realizada por Trettel *et al.* (2017, p. 7), demonstra-se que, das decisões judiciais envolvendo reajustes de planos e cobertura, para além do previsto no contrato, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de um total de “92,4% dos acórdãos foi dada razão ao consumidor, sendo que 88% o consumidor teve sua pretensão integralmente acolhida e em outros 4,4% sua pretensão foi acolhida em parte; e em apenas 7,4% dos recursos julgados a operadora de plano de saúde logrou êxito”.

Por fim, mas não menos importante, cabe mencionar a tentativa do Conselho Nacional de Justiça que firmou entendimentos nas Jornadas de Direito da Saúde com a finalidade de auxiliar os magistrados nos julgamentos das causas. À título de exemplificação, cita-se o enunciado n° 23 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ:

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio. (BRASIL, 2019).

Entretanto, pelos números mencionados, os Enunciados do CNJ não estão sendo proveitosos, uma vez que, na maioria das vezes, apenas o consumidor, que entende como possível toda e qualquer forma de prestação de saúde, mesmo não estando no contrato que ele mesmo firmou, é quem se aproveita das decisões judiciais.

CONCLUSÕES

Como verificado, o presente artigo teve o escopo de apresentar a judicialização com outra roupagem, ou seja, de forma que o leitor possa perceber que existem órgãos com capacidade técnica para regular e controlar o setor de saúde suplementar. Tratar como corretas decisões judiciais que

desconsideram os regulamentos estabelecidos pode ser uma fórmula prejudicial para o coletivo, inclusive para o próprio consumidor.

Descreveu-se a importância da ANS como protetora dos interesses do consumidor, mas sem olvidar das demais variáveis que compõem o mercado de saúde suplementar. A correta análise de regulação não permite que os serviços sejam prejudicados por insuficiência financeira e a consequente perda da qualidade, o que justifica, por si só, a inclusão de limites aos serviços de saúde.

Por seu turno, o poder judiciário não é competente para alterar os fundamentos estabelecidos pela ANS sob pena de fragilizar todo o sistema de saúde suplementar em detrimento de casos judiciais.

Como se percebe, a celeuma está longe de acabar, mas o caminho será definido pelo próprio Poder Judiciário, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que definirá pela taxatividade ou não do rol da ANS.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aline Neves de. Obrigações contábeis das cooperativas operadoras de planos de saúde com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS): uma pesquisa de campo realizada com operadoras do estado de São Paulo e do Mato Grosso do Sul. **Revista Interatividade**, v. 1, n. 2, p. 165–179, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUCIADOS%20APROVADOS%20E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%20C3%9ADE.%20%20C3%9ALTIMA%20VERS%20C3%83O.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agên-

cias reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília: Diário Oficial da União, 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: Diário Oficial da União, 3 jun. 1998.

BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 28 jan. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1886929/SP.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão: Diário da Justiça Eletrônico, 20/02/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pauta/buscar/?seq_documento=128911619. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718/MG.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 22/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 25 set. 2021.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

LIMA, João Alceu. Judicialização excessiva da saúde: causas, consequências e soluções. **Fenasaude.** Disponível em: fenasaude.org.br/noticias/judicializacao-excessiva-da-saude-causas-consequencias-e-solucoes.html. Acesso em: 24 set. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil**: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Editora FioCruz, 2011.

SALVATORI, Rachel T.; VENTURA, Carla A. A. A Agência Nacional de Saúde e a política de saúde mental no contexto do sistema de saúde de assistência à saúde: avanços e desafios. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 115–128, 2012.

TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saude Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo v. 19 n. 1, p. 166–187, mar./jun. 2018.

ARTIGOS – DIREITOS SOCIAIS

VISÃO SOB A ORIGEM DO CONTRATO SOCIAL — ROUSSEAU

*Maria Angélica Guedes de Santana*⁶⁹

INTRODUÇÃO

Numa Europa do século XVIII, o chamado “século das luzes”, cuja época foi marcada por lutas sociais, ocorria o desenvolvimento da burguesia e o estímulo à crença na racionalidade baseada nas concepções cartesianas.

Na França, o Iluminismo, instrumento teórico por meio do qual a burguesia questionou o poder dos reis absolutistas, contou com três grandes nomes: Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Os dois primeiros desenvolveram transformações moderadas, enquanto o último sugeria transformações extraordinárias.

A escola econômica fisiocrata, da qual é famosa a expressão *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*, rejeitava o metalismo e acreditava ser a terra a única fonte de riqueza. O comércio e a atividade manufatureira seriam apenas meios de fazer circular a riqueza. Os principais nomes dessa escola foram Guesnay, Gournay e Turgot.⁷⁰

O liberalismo econômico, cartilha do capitalismo liberal, fundava-se nas ideias do britânico Adam Smith, considerado o pai da

69 Graduanda do Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

70 Trecho retirado de <http://www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/rousseau/contexto-historico>. Acesso em: 16 ago. 2018.

economia como ciência, e afirmava ser o trabalho a única fonte de riqueza, já o despotismo esclarecido consistiu no assessoramento de diversos reis absolutistas europeus por seus ministros “esclarecidos”, possibilitando a realização de reformas de cunho iluminista, de forma a atenuar as tensões entre monarcas e burguesia.³ (ARCOS,2018)

As reformas enfatizaram o aspecto econômico, mas também estimularam a cultura, as artes e a filosofia. O resultado de tais transformações foram revoltas, lutas e surgimentos de grandes nomes.

Os reis franceses, entretanto, permaneceram irredutíveis a qualquer tentativa de reforma, culminando no rompimento da ordem vigente com a revolução burguesa iniciada em 1789. O sucesso da Revolução Francesa e da independência dos Estados Unidos fizeram com que as ideias iluministas deixassem de ser meras propostas e passassem a fundamentar o sistema conhecido como liberalismo político, que iria se consolidar em grande parte do Ocidente a partir do início do século XIX. Em meio a tais transformações sociopolíticas, como uma Europa encontra meios de ressurgir após todos os entraves e dificuldades?

O NASCIMENTO

Numa Genebra recém convertida ao Calvinismo no ano de 1712, nasce Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), órfão, autodidata e pobre. Jean foi criado por suas tias, que posteriormente o colocaram como aprendiz numa oficina, o que não refletia suas ideias precursoras. Ao chegar na sua juventude, foge em busca de novas aspirações, que o levam a um padre católico que lhe prepara para se converter ao Catolicismo.

Rousseau conhece, então, Madame Warrens, de quem anos depois se torna amante. Essa relação resultou no seu grande desenvolvimento intelectual, por meio do acesso aos muitos livros e à vasta cultura. Em torno de amplo conhecimento, Rousseau tornasse um dos principais filósofos do Iluminismo e um precursor do Romantismo, passando a defender a ideia da volta à natureza, a excelência natural do homem, vindo a surgir a necessidade do contrato social para garantir os direitos da coletividade, demonstrando estilo único, apaixonante e eloquente.

Com seu espírito eminentemente revolucionário, torna-se teórico da Grande Revolução de 1789 e de todas as agitações subversivas dos séculos XVIII, XIX e XX. Acreditava que a civilização havia corrompido os homens e que os melhores povos — e os mais felizes — eram aqueles que se achavam mais próximos da natureza. Para ele os homens nascem bons, mas a sociedade os torna perversos. A consequência desse pensamento era que, com a mudança das instituições sociais, o homem poderá reencontrar sua primitiva bondade e fazer desaparecer do mundo o egoísmo.

LUTA EM BUSCA DOS IDEAIS

Com sua tese, Rousseau fez um sucesso extraordinário. As bases ideológicas do pensador remontam à ideia de que, como os homens não podiam obter novas forças, mas apenas se unir e dirigir as que já existiam, não haveria outra forma a não ser agir em somatório — em conjunto —, de forma que suas forças reunidas pudessem agir sobre as resistências, encaminhando-lhes em prol de um único interesse. A partir dessa união, buscar-se-ia uma forma de associação que defendesse e protegesse a pessoa e os bens de cada associado de toda a força comum. Seria por meio de tal força, elo de união de todos, que cada associado obedeceria somente a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes. Em princípio, esse era o problema fundamental que o contrato social solucionaria.

O sonho político de Rousseau. Sonho individualista no princípio, mas que se consuma em sonho comunitário e estatal, onde se exprime a nostalgia do Todo social.⁷¹ Sonho patriótico, mas simultaneamente igualitário, de onde brota, contra os abusos e a arbitrariedade do Poder concreto, como também contra os caprichos do egoísmo individual, um apaixonado apelo à razão, à justiça, à moralidade, à virtude. Virtude, como a entendia Montesquieu, que acarreta renúncia a si mesmo, depuração de si mesmo por amor da pátria. (CHEVALLIER, 2002, p. 192).

71 Assim reencontra Rousseau, ao termo de sua investigação política, o mais profundo pensamento de Aristóteles.

Para se chegar a um conceito atual que hoje temos do Contrato Social, este foi discutido por outros dois contratualistas além de Rousseau. O contratualíssimo é uma abordagem da ética e da filosofia política com base na teoria dos contratos sociais.

Assim sendo, são chamados de “contratualistas” os filósofos que buscaram explicar a origem da sociedade e o fundamento do poder político em um contrato social entre os indivíduos (seja ele implícito ou explícito), marcando o fim do estado natural e o início da vida social e política. Os principais nomes dessa forma de filosofia política são os ingleses Thomas Hobbes e John Locke e o francês Jean-Jacques Rousseau, que viveram entre os séculos XVI e XVIII.

Chegando a diferentes conclusões, os três contratualistas afirmavam que a origem do Estado e da sociedade está num contrato social: anteriormente, as pessoas teriam vivido em um estado de natureza, mas através de um pacto firmado entre a maioria dos indivíduos de uma comunidade foram estabelecidas as regras de convívio social e instauradas as instituições do poder político.

Quatorze anos após *O espírito das Leis*, em 1762, surgira outra grande obra política, destinada a engrandecer menos, mas a resolver em igual proporção o espírito humano: *O Contrato Social*, de Rousseau. Depois, sobre os temas propostos por Locke, Montesquieu e Rousseau, senhores menores do pensamento político, de 1770 a 1789, exercitariam sua ágil pena, cada vez mais audaciosa à medida que na França se gastavam as molas do absolutismo. Haveria ainda lugar para uma grande obra política? A famosa brochura do Padre Sieyès, *Que é o Terceiro Estado?*, viria trazer a resposta afirmativa, justamente às vésperas da Revolução. Brochura, obra, portanto restrita nas dimensões, mas grande na repercussão e no alcance. (CHEVALLIER, 2002, p. 161).

Para Hobbes, o estado de natureza era um estado de igualdade natural entre os seres humanos, no qual, para se impor ou se defender, e na ausência de um Estado ou normas reguladoras, os indivíduos entrariam em um estado generalizado de guerra. Nota-se que essa ideia se opõe à concepção aristotélica de que os seres humanos seriam seres políticos por natureza,

predispostos à convivência harmônica em sociedade. Hobbes destaca o conflito inerente à natureza humana e explica que essa tensão seria apenas controlada por meio de um contrato entre as pessoas, permitindo assim o surgimento do Estado e a convivência em sociedade.

Na visão de Locke e Rousseau, por sua vez, o estado de natureza se diferenciava do estado de guerra hobbesiano. Locke acreditava que esse estágio pré-social era uma situação real e pacífica, caracterizada pela mais perfeita liberdade e igualdade entre os indivíduos, que já seriam dotados de razão e desfrutavam da propriedade privada, considerada por Locke um dos direitos naturais do ser humano. Porém, os inconvenientes do estado de natureza fizeram com que os indivíduos livremente estabelecessem entre si um contrato social que garantisse seus direitos fundamentais, especialmente o da propriedade privada e a proteção da comunidade frente aos perigos internos e externos.

Para Rousseau, o ser humano nasceu livre, porém teria encontrado uma série de obstáculos ao exercício de sua liberdade natural. Ao contrário de Locke, Rousseau acreditava que a propriedade privada teria sido um dos principais motivos de degradação daquela situação inicial de liberdade rumo à desigualdade e desarmonia, motivando assim os indivíduos à realização de um pacto social com o objetivo de estabelecer a liberdade civil.

O SOBERANO

“O homem nasceu livre, e por toda parte se acha em grilhões... Como se fez tal mudança? Ignoro-o. Que pode torná-la legítima? Creio estar em condições de responder a esta pergunta”. Essas famosas linhas, que dão início ao Contrato, indicam imediatamente, e sem ambiguidade, que o autor pretendendo estudar uma questão de legitimidade, de direito, não de história. (CHEVALLIER, 2002, p. 165).⁷²

Para Rousseau, a obrigatoriedade social não poderia basear-se simplesmente na força. Existe o direito do mais forte, ao verificar-se que o direito se sobressai da força. “[...] Que significa um direito que perece ao cessar a força? Se é preciso obedecer por força, não se tem necessidade de

72 Texto de Rousseau sob na interpretação de Chevallier sobre o Soberano.

obedecer por dever [...]”(CHEVALLIER, 2002, p. 165). Dessa forma, o contrato social busca a originalidade de um consentimento uniforme da grande maioria, formando um pacto, prevalência da vontade geral, adicionada à pura e simples vontade particular, movido pela moralidade, apresentando O Soberano como o corpo que reflete os desejos do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante análise comparativa, verificou-se que Hobbes destaca a tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, que os homens tiveram que abdicar em proveito de um homem ou de uma assembleia os seus direitos ilimitados, fundando, assim, o Estado — o Leviatã, o Deus mortal —, que os submete à onipotência da tirania que eles próprios criaram.

Já Locke, por sua vez, baseia o contrato, e, portanto, o Estado, no consentimento de todos os que desejam criar um órgão para fazer justiça e manter a paz.

Por último, Rousseau entendia que o contrato deveria ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens — a que fatalmente teria de chegar sua doutrina, que funda o Direito e o Estado exclusivamente na igualdade dos homens, sem admitir nenhum princípio ou norma permanente que limitasse a vontade geral.

Contudo, como poderíamos encontrar uma forma de associação que pudesse defender e proteger com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associação — e pela qual cada um, unindo a todos, não sobrepusesse a vontade da grande maioria em prol da vida de uma sociedade disciplinada, pacífica e feliz, abdicando de sua opinião em benefício do grande grupo?

A doutrina do contrato social tem lá suas contradições irremediáveis, mas os que conseguiram adequar e redirecionar seus princípios base criaram, afinal, uma doutrina diferente, obedecendo às leis e contrapondo todas as irregularidades que venham a emergir no decorrer do processo, não ocorrendo os reais anseios da grande maioria — O Povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 48. ed. São Paulo: Globo, 2002.

- BIBLIOTECA KARL A. BOEDECKER. São Paulo: FGV-EAESP, 2003. 95. Disponível em: www.fgvsp.br/biblioteca. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. 8.ed. Texto Integral. Tradução de Lydia Cristinai. Rio de Janeiro: Agir, 2002.
- CURSO DE CIÊNCIAS POLÍTICAS. Disponível em: www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/rousseau/contextohistorico. Acesso em: 16 ago. 2018.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Normas para apresentação de monografia**. 3. ed. Escola de Administração de Empresas de São Paulo.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. 1. ed. Texto Integral. Tradução de Pietro Nassetti. Martin Claret, 2000.
- WEFFORT, Francisco C. (org). Os clássicos da política. Volume 1. 6, ed. São Paulo: Ed. Ática, 1995.

REDUÇÃO DE DANOS E SAÚDE MENTAL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS DOS USUÁRIOS DE DROGAS

*Katia Helena Pereira Camargo*⁷³

INTRODUÇÃO

Pode-se observar que, no cotidiano da sociedade, o tema das drogas ainda é permeado por discursos de preconceito, estigmatização e exclusão social. Preconceito e exclusão que também se refletem pelo fato de ainda serem poucas as discussões sobre direitos sociais das pessoas que fazem uso prejudicial de álcool e outras drogas.

No campo da saúde pública brasileira, as orientações teóricas e clínicas com relação ao cuidado à pessoa em uso de drogas são duais, conformando um espectro que se estende entre a abstinência e à lógica de Redução de Danos (RD) como modelos de tratamento. Por um lado, o cuidado direcionado à lógica da abstinência como única forma de tratamento desconsidera o direito de liberdade de escolha, imprime opressão, coerção jurídica e moral. Outra forma de opressão ocorre no tratamento oferecido pelas Comunidades Terapêuticas de cunho religioso, que submetem o usuário ao isolamento social e à abstinência. A lógica da abstinência não

73 Graduada em Serviço Social. Especialista em Assistência a Usuários de Álcool e Outras Drogas — PROJAD — Instituto de Psiquiatria Universidade Federal do Rio de Janeiro — IPUB/UFRJ. Sanitarista (Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca — ENSP/FIOCRUZ).

reconhece o sujeito como dotado de direitos, acentua a vulnerabilidade social da população usuária e tenta impor, historicamente, a extinção das drogas na sociedade.

Por outro lado, o cuidado e a atenção, em RD, entende o usuário como dotado de direitos sociais, potencializa a cidadania, o direito de liberdade de escolhas, o protagonismo, e a autonomia na vida e no seu autocuidado. Um dos propósitos da Redução de Danos está em reconhecer e respeitar singularidades, modo de vida e a relação que cada sujeito estabelece com a droga. Trata-se de uma orientação de tratamento que também considera os determinantes econômicos, sociais e políticos que perpassam a vida do usuário. A RD objetiva traçar estratégias que não visam a abstinência, mas a redução e a amenização dos riscos e agravos decorrentes do uso de AD, buscando a defesa da saúde mental e da vida dos sujeitos (TEIXEIRA *et al.*, 2017).

Considerando que historicamente o uso de drogas faz parte da sociedade e que esse uso produz distintos efeitos na vida do usuário, o presente trabalho se inicia contextualizando o uso milenar das plantas consideradas como “mágicas”, capazes de tratar, curar e causar prazer mas também sofrimento ao homem (LIMA; TAVARES, 2012).

1 ESTRATÉGIAS E POLÍTICAS RELACIONADAS ÀS PESSOAS QUE FAZEM USO DE DROGAS: BREVE PERCURSO HISTÓRICO

Ao falarmos da história do homem no mundo, não é possível contextualizar sem entrar no tema do uso de drogas, fenômeno transversal à história da humanidade. Desde os primórdios, existiu a sinergia entre natureza e cultura no cultivo e uso de plantas em atos religiosos, festivos, nutricionais e terapêuticos. Até o século XV, as plantas foram consideradas alimentos e cura para algumas doenças, porém, ao longo do tempo foram constatados que algumas delas eram psicoativas. Dessa forma, as plantas passaram a fazer parte do mercantilismo da droga como lógica de mercadoria e funções terapêuticas (LIMA; TAVARES, 2012). Para Delgado (2005) citado por Lima e Tavares (2012), é necessário reconhecer que as drogas podiam não só causar a cura, como também ser veneno e matar, euforizar e deprimir, ou seja, proporcionar prazer e sofrimento.

A relação do homem com tais substâncias perpassa a história da humanidade e as mudanças observadas quanto ao padrão de consumo refletem profundas transformações socioculturais. O isolamento de princípios ativos e a produção de novas substâncias a partir do século XVIII e a sua crescente popularização entre diferentes segmentos sociais foram fenômenos acompanhados da fragilidade do lastro cultural, que regulamentava o consumo com finalidade ritualística, religiosa, terapêutica e mesmo recreativa em civilizações antigas (ALVES; LIMA, 2013, p. 11).

Outro aspecto que merece reflexão, tratando-se de discutir o tema do uso de drogas na sociedade, diz respeito à alta variabilidade sobre o uso e comercialização de drogas anteriormente.

No Brasil, o uso de outras drogas nem sempre foi considerado ilegal. A cocaína, a heroína e a morfina eram consumidas pelas elites urbanas, sobretudo no Rio de Janeiro. Também a morfina e a cocaína eram utilizadas para fins terapêuticos, sendo facilmente encontradas nas drogarias e no comércio ambulante (NEVES, 2018, p. 29).

Entretanto, em 1925, sob influência americana, do debate em nível internacional, o Brasil já manifestava preocupações sobre uso/consumo prejudicial de tais substâncias psicoativas. Em suma, já se configurava um passo para legitimar a ilegalidade de ordem global, instituição de medidas proibicionistas e controle do saber médico sobre a questão (CECÍLIO, 2010 apud NEVES, 2018).

O século XX demarcou a discussão sobre o uso de drogas atrelada às questões de segurança, pautada na repressão e desconsiderando a prevenção em saúde pública. O consumo de álcool, por exemplo, era responsável por parte das internações psiquiátricas, foco de grandes preocupações dos médicos da Liga Brasileira de Higiene Mental, que cobrou do Poder Legislativo medidas no combate ao fenômeno, mas não encontraram apoio esperado do governo (MACHADO; BOARINI, 2013; SILVEIRA; D'TÔLIS, 2016). Os usuários eram considerados degenerados, enviados a porões da Santa Casa de Misericórdia, com práticas da eugenia — coercitivas e próprias da fase conhecida como movimento de higiene

social (higienismo). Muitas vezes, as medidas coercitivas eram praticadas por próprios profissionais da saúde, contribuindo na exclusão social dos usuários, vistos como um mal que precisa ser extirpado do convívio social.

1.1 PROIBICIONISMO E GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL

O Brasil alinhou-se a tratados e leis condizentes ao movimento proibicionista com ações implementadas às repressões, opressões e combate ao uso/consumo de drogas. Em 1938, foi estabelecida a Lei de Fiscalização de Entorpecentes por meio do Decreto-Lei n.º 891, em que “se torna necessário dotar o país de uma legislação capaz de regular eficientemente a fiscalização de entorpecentes” (BRASIL, 1938). Com isso, o país fomenta a repressão e opressão ao uso de drogas e segue o viés da tendência internacional no decorrer dos anos. Em 1968, por exemplo, o Brasil editou o Decreto-Lei 385 com sanções penais para usuários e traficantes (NEVES, 2018).

Em 1970 é sancionada no país a Lei n.º 5.726. Tal lei não estabeleceu menção ao tratamento e cuidado da população usuária de drogas, à exceção dos denominados na sociedade e no judiciário como transgressores e drogados. Ou seja, uma visão conservadora, polarizadora e criminalizante do uso de substâncias e um processo estigmatizante do usuário (NEVES, 2018; ALVES, 2009).

O decreto n.º 6.368, de outubro 1976, reafirmou a tendência de abordar o uso e a dependência de drogas no campo médico-psiquiátrico. De modo geral, é importante problematizar a reafirmação da lógica jurídica e da psiquiátrica, em alinhamento aos padrões moralizadores impostos pelo proibicionismo à exigência da abstinência no trato ao uso de drogas (NEVES, 2018).

O proibicionismo e a guerra às drogas respondem ao propósito de diversos interesses embutidos na sociedade. Além disso, destacam que a proibição ocasiona mais lucro do que a legalidade e acrescentam que a droga é vista como mercadoria: as drogas lícitas como álcool, tabaco, café, dentre outras, por exemplo, são objetos de interesse do capital na sua produção, exportação, manutenção e consumo, pois gera lucro ao sistema capitalista (LIMA; TAVARES, 2012).

Nesse contexto, as décadas de 70 e 80 mantiveram-se alinhadas às políticas voltadas à repressão ao uso de drogas no Brasil, propiciando investimentos em instituições de isolamento social e imposição de abstinência, tais como as Comunidades Terapêuticas (CTs). Em sua maioria, consistiam em instituições de cunho religioso, não governamental e contribuíam com o aumento da opressão aos usuários de álcool e outras drogas, bem como do estigma social associado a esses sujeitos (MACHADO; BOARINI, 2013; NEVES, 2018).

A coerção e a conseqüente guerra às drogas aprisionam e encarceram milhares de pessoas, dentre esses jovens que a pouco saíram da infância, entram na adolescência e na fase adulta com crimes relacionados ao tráfico de drogas e são classificados como marginais, bandidos e transgressores. Pobres e vulneráveis são criminalizados e discriminados nos moldes excludentes da economia brasileira. Todavia, não podemos deixar de registrar: as drogas atravessam todas as classes sociais, não importa se classe média ou classe alta. Não é exclusiva da população menos favorecida, mas o fato é que para o pobre quase tudo se marginaliza e se condena (LIMA; TAVARES, 2012).

À medida que cresce o encarceramento por uso de drogas ilícitas sem distinção de uso próprio ou por associação direta ao tráfico, aumenta a violação de direitos em todas as esferas da vida dos sujeitos. As violações dos direitos são atribuídas às políticas repressoras contrárias ao que preconiza a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao declarar que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948; LIMA; TAVARES, 2012).

Com a democratização do país e sob efeito de importantes movimentos político-sociais, os anos 2000 configuram avanços significativos com a criação da Lei nº 10.216, de 24 de agosto de 2001. A Lei dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e reorienta o modelo de assistência em saúde mental, estendendo-se a pessoas com questões relacionadas ao uso de álcool e outras drogas.

O avanço para o tratamento de pessoas com problemas decorrentes do uso de álcool e outras drogas adveio com a implementação da Portaria nº 3.088, de 23 de novembro de 2011, com a instituição da Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental

e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS. A Lei foi organizada no intuito estratégico de superação da fragmentação nas regiões de saúde no que tange à atenção e à gestão do cuidado. Portanto, é direcionada para as diversas complexidades e necessidades das pessoas com problemas mentais e/ou para a população em uso de drogas e seus agravos (FERNANDES; RIBEIRO, 2016).

Entretanto, em 2017, a Resolução Nº 32 da Comissão Intergestores Tripartite — CIT estabelece as Diretrizes para o Fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) e institui a “Nova Política Nacional de Saúde Mental”. Em seu Art. 4º — Pactuar critérios de acompanhamento e monitoramento da RAPS, estabelece metas e indicadores qualitativos e quantitativos, estimulando ainda a adequada regulação do acesso dos usuários aos diferentes pontos de atenção da Rede. Na mesma oportunidade, a Portaria nº 3.588 alterou as portarias de Consolidação 3 e nº 6 para dispor sobre a Rede de Atenção Psicossocial, normatizando a “Nova política Nacional de Saúde Mental” (BRASIL, 2017).

A Resolução 01/2018 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) define novas diretrizes para o realinhamento e fortalecimento da Política Nacional sobre Drogas, aprovada pelo Decreto nº 4.345 de 2002, que colaborou com a formulação da “Nova Política Nacional sobre Drogas”. Na mesma direção, o Decreto nº 9.761 de 2019 aprova a Política Nacional sobre Drogas — PNAD e institui a “Nova Política Nacional sobre Drogas” (BRASIL, 2018).

Em sequência ao retrocesso nas políticas sobre drogas e de retração dos avanços conseguidos antes, a Lei nº 13.840/2019 altera a Lei nº 11.343/2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas ao definir as condições quanto: a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Torna-se evidente que o cenário brasileiro expõe historicamente o tensionamento e a instabilidade em relação às questões e leis relacionadas ao uso das drogas. De um lado, o fortalecimento de forças conservadoras e proibicionistas, baseados na lógica da abstinência como modelo de tratamento; do outro lado, o tratamento baseado na Redução de Danos sob a ótica da saúde pública (LIMA; TAVARES, 2012).

1.1.2 A REDUÇÃO DE DANOS NO BRASIL

A epidemia de HIV/AIDS era uma preocupação não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo, a exemplo da Austrália, da Europa e dos Estados Unidos. A grande preocupação relacionava-se a pessoas em uso de drogas injetáveis, cujas seringas eram potenciais disseminadoras do HIV (ANDRADE, 2011). Os registros de casos de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) aumentavam a cada ano, de tal modo que, em 1989, por exemplo, o Brasil registrou 6.295 casos e em 1997 já contabilizava 22.593 casos (MACHADO; BOARINI, 2013). No Brasil, em um cenário de uma política de guerra às drogas, ocorreram as primeiras intervenções de Redução de Danos (RD) no ano de 1989 em Santos (SP), onde ocorrera a primeira tentativa do programa de trocas de seringas.

A RD parte da premissa de promover acesso e cuidado em saúde com distribuição de insumos que venham a prevenir e/ou diminuir os agravos em saúde: seringas descartáveis, preservativos, manteiga de cacau, cachimbo, dentre outros. Porém, a adoção da RD se mostrava desafiadora porque, somadas aos crescentes números da epidemia de AIDS entre usuários de drogas injetáveis, havia as questões das drogas consideradas ilícitas e a parca abordagem dos serviços em saúde mental a esse segmento.

Inicialmente, as ações da RD ocasionaram polêmicas, controvérsias e principalmente resistência pois eram vistas como incentivo ao uso/consumo das drogas, com gasto do dinheiro público. Contudo, mesmo diante do cenário controverso e desafiador, a RD foi aprovada como estratégia de saúde pública por meio do Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEM), posteriormente substituído pelo Sistema Nacional Antidroga (MACHADO; BOARINI, 2013).

Em 1995, efetivamente na cidade de Salvador, na Bahia, é implementado o primeiro programa de troca de seringas do Brasil e da América Latina, como uma política médico-sanitária no trato principal da HIV e posteriormente da Hepatite C e das Hepatites virais (ANDRADE, 2016). Entre 1995 e 2003, haviam mais de 200 Programas de Redução de Danos (PRD), parte deles contando com oferta de trocas de seringas advindos dos recursos da CN-DST/AIDS (ANDRADE, 2011).

Contudo, tal como apontamos, os primeiros Programas de Trocas de Seringas (PTS) do Brasil sofreram grandes resistências por parte de di-

versos setores da sociedade. Era comum o argumento de que tais práticas incentivavam o consumo de drogas além de ser uma ilegalidade. Dessa forma, intensificava-se o preconceito e o estigma aos usuários de drogas. Todavia, os estudos originados de experiências em outros países e publicados como exitosos descreviam que os PTS salvavam vidas e que os investimentos não oneravam a sociedade ou o governo. Desse modo, o Programa de DST/AIDS foi aos poucos se fortalecendo e ganhando espaço no cenário brasileiro (ANDRADE, 2011). Tal fortalecimento, entretanto, não nos permite esquecer que houve uma lacuna histórica na implementação e ações do programa de redução de danos, no Brasil.

Atualmente, o Brasil enfrenta desafios somados a importantes retrocessos em relação à RD, a exemplo da publicação, no Diário Oficial da União, da Resolução do Ministério da Justiça nº 1 de 9 de março de 2018, que define a aprovação da abstinência pelo Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas e “previu uma postura radical pela não descriminalização das drogas e adoção da abstinência como regra geral a nortear todas as ações institucionais da política de drogas” (WORM; MIGANI, 2019, p. 61).

Não se pode esquecer que “A exigência da abstinência como única opção na construção das políticas públicas corrompe toda construção histórica de oferta de serviços de saúde com vistas à redução de danos, já implementada pela rede SUS” (WORM; MIGANI, 2019, p. 74). O impacto dessa nova orientação e da aprovação do Decreto nº 9.761/2019 que instituiu a nova Política de Drogas — PNAD demonstram o retrocesso da política de RD e se configura como cenário de violações dos direitos em saúde e dos direitos sociais dos usuários (WORM; MIGANI, 2019).

2 OS DIREITOS SOCIAIS

Somos o reflexo de lutas contra as desigualdades sociais que permeiam nossa história, bem como dos direitos conquistados nessas lutas. Embora tais desigualdades se estendam durante toda a história da humanidade, considerando a necessidade de um recorte temporal, iniciaremos nossa reflexão sobre os direitos sociais a partir da Revolução Industrial, no contexto inglês de meados do século XVIII.

Como sabemos, com o surgimento da Revolução Industrial em sua primeira fase, na Europa, no final do século XVIII, o modo de produ-

ção econômico do capitalismo caracteriza a exploração ferrenha da classe burguesa em opressão aos pequenos trabalhadores em situações submissas e em condições desumanas de trabalho, além da apropriação privada dos meios de produção e reprodução da força de trabalho (IBANHES, 2010). Posteriormente essa fase tomou dimensões globais e se recriou em ciclos nos quais o lucro e a vantagem configuram a base do propósito da existência do capitalismo, evidenciando a dicotomia entre o desenvolvimento econômico e humano baseados nos direitos (VICENTINO, 2002).

Nessa conjuntura, faz-se relevante destacar dois marcos subsequentes provenientes das lutas por direitos. O primeiro marco ocorreu a partir da Revolução Francesa em 1789, período do iluminismo, importante corrente político-filosófica em luta constante no reconhecimento de novas demandas políticas, econômicas e sociais em prol da liberdade, igualdade e fraternidade (TELLES, 1999).

O segundo marco adveio da Declaração dos Direitos dos Homens pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa em 1789, a qual explicitava a necessidade de a sociedade prover a subsistência dos cidadãos. Ou seja, tinha caráter assistencialista, mas com os mínimos providos pelo Estado Liberal em respostas às questões sociais, principalmente aos trabalhadores infelizes com suas condições de trabalho, os sem trabalho e os que estavam sem condições mínimas de saúde para o trabalho (TELLES, 1999).

Entretanto, a questão social, ao se expressar em versões diversificadas das desigualdades sociais e econômicas, tornou-se um desafio aos povos em termos econômicos e políticos. Atinge os diferentes países, aparecendo com menor ou maior intensidade conforme suas conjunturas, isto é, trata-se de um fenômeno que assolou toda classe trabalhadora no período industrial-concorrencial (NETTO, 2011).

A questão social intensifica o processo do desemprego, da criminalidade, da exclusão social e da penalização dos pobres, além de acentuar as péssimas condições de saúde e de vida de crianças, adultos e idosos. Assim, na construção urbano-industrial no âmbito liberal, desconstrói-se as diversidades de vidas comunitárias, prevalecendo o aumento das desigualdades sociais e econômicas (IBANHES, 2010). Inclusive, para Ibanhes (2010), sobre os escritos de Marshall (1983–1981), a questão básica e latente seria a possibilidade de haver progresso das classes trabalhadoras até o ponto em que todos os homens fossem iguais. A igualdade

explicitada não dizia respeito a uma igualdade econômica — pois para o autor haveria os princípios liberais de livre mercado —, porém uma igualdade que traria todos os trabalhadores a uma condição de homens e não de objeto de trabalho — ao se refletir sobre as classes trabalhadoras, pensar no efeito que os homens produzem sobre o seu trabalho e não o contrário (IBANHES, 2010).

Concomitante a isso, Ibanhes (2010), baseado em Marshall (1893–1981), chama a atenção para os acontecimentos históricos que explicitavam o clamor por cidadania e geração de direitos em resposta aos problemas sociais, de modo que se fazia urgente a implicação na reformulação de políticas públicas para responder a tais questões. De acordo com Coutinho (2005) “os direitos têm sempre sua primeira expressão na forma de expectativa de direito, ou seja, de demandas que são formuladas, em dado momento histórico determinado, por classes ou grupos sociais” (COUTINHO, 2005, p. 5).

Para Couto (2010), embasado no estudo de Bobbio (2004), foi a partir de dois importantes acontecimentos que surgiu a ideia para conquista dos direitos. O primeiro se expressa sob a doutrina filosófica jusnaturalista que entende o direito atrelado à condição humana, em si mesmo como detentora dos direitos. O segundo embasa a ideia de que os direitos decorrem de movimentos históricos de lutas às necessidades humanas e são balizados por condições econômicas e sociais.

Tal como afirmamos, as lutas por direitos têm sua trajetória despertada pelas desigualdades sociais que permeiam a nossa história. Em âmbito mundial, os direitos sociais, direitos civis e os direitos políticos tiveram maiores visibilidade a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948. A declaração explicita que os direitos não nascem com os indivíduos, eles se constituem dos fenômenos sociais e são resultados da história. Dessa forma, na maioria dos países do mundo ocidental os direitos foram reconhecidos pós-segunda guerra mundial, e elencados para todos os indivíduos — mesmo com variações de ciclos históricos — o direito a uma vida digna, à saúde, ao lazer, à educação, ao trabalho e ao repouso (TELLES, 1999; COUTINHO, 2005).

No Brasil, os direitos sociais ganharam visibilidade tardiamente. A concepção universalista de direitos é evidenciada a partir do marco representativo da Constituição Federal de 1988, embasada no firmamento

da democracia após anos de poder da ditadura militar. Tal visibilidade oportunizou debates e embates por uma sociedade mais justa e igualitária (TELLES, 1999).

A Constituição Federal Brasileira, reconhecida como “Constituição Cidadã”, instituída em caráter liberal na evolução dos direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, como cidadania e dignidade, evidencia que a democracia é para todos. Além disso, a CF elencou uma gama de direitos e deveres individuais e coletivos, considerando a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, de forma a garantir o direito aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, ao longo dos seus 78 incisos (BRASIL, 1988; TELLES, 1999; IBANHES, 2010).

Dentro da ótica da cidadania, os direitos sociais são evidenciados no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais e encontram-se previstos no artigo 6º: trabalho e moradia, educação, alimentação, saúde, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Mais recentemente, em 2010, a Emenda Constitucional 64 agregou a alimentação no âmbito dos direitos, como um direito social (BRASIL, 1988; BRASIL, 2010; IBANHES, 2010).

Entretanto, para Coutinho (2005), a noção de cidadania não é dada como posse natural dos indivíduos, antes, é resultante de uma histórica luta de reafirmamento contínuo que nos seus meandros envolve, inicialmente, a classe trabalhadora. Além disso, entre diferenças e desigualdades, agrupam-se as diversidades de sujeitos sociais, os menos favorecidos, desamparados em bairros pobres da periferia, a condição humilhante da população negra, discriminada e excluída historicamente, a marca de inferiorização das mulheres e também a brutal violência a partir da condição de etnia, de classe e idade, dentre outros (TELLES, 1999).

Diante desse contexto, o estudo das políticas sociais deve ser marcado pela necessidade de pensá-las como “concessões ou conquistas”, na perspectiva marxista, a partir de uma ótica da totalidade. Assim, as políticas sociais são entendidas como fruto da dinâmica social, da inter-relação entre os diversos atores, em seus diferentes espaços e a partir dos diversos interesses e relações de força (PASTORINI, 2004).

Vieira (1992) expõe que não há política social desligada das lutas sociais. De modo geral, o Estado assume algumas das reivindicações popula-

res, ao longo de sua existência histórica. Os direitos sociais dizem respeito, inicialmente, à consagração jurídica de reivindicações dos trabalhadores. Certamente, não se estende a todas as reivindicações, mas na aceitação do que é conveniente ao grupo vigente do momento (VIEIRA, 1992, p. 23). A partir dessa compreensão, podemos dizer que as políticas sociais foram implantadas, no Brasil, a partir de 1930 como resposta mínima no sentido de garantir consensos em torno da necessidade de minimização das desigualdades (PEREIRA, 2001).

Atualmente a nova agenda neoliberal desconsidera as questões sociais dos sujeitos. Brandão (2018), ao citar os estudos de Behring (2009), destaca que no contexto neoliberal “as restrições impostas às políticas sociais (seletividade e focalização dos benefícios, serviços e programas) e a regulação estatal da economia, que redundaram no agravamento das desigualdades sociais” (BRANDÃO, 2018, p. 60); ou seja, há novas formas de predominância do mercado financeiro como principal regulador social na tríade Estado — Mercado — Sociedade (CARVALHO, 2008, p. 23).

Nesse cenário, as lutas por direitos sociais se (re)colocam permanentemente entre conflitos e demandas no confronto com a lógica do capital mundializado (CARVALHO, 2008). Sob esse prisma, podemos dizer que a realidade da sociedade de outrora é tão latente como a bruta realidade contemporânea na qual os cidadãos lutam constantemente para reafirmação, no dizer de Hanna Arendt, “do direto a ter direitos”, diante da corrosão em curso no país (TELLES, 1999).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho foi explorar a abordagem aos direitos sociais na produção bibliográfica a respeito da Redução de Danos. Através da revisão bibliográfica, observa-se de maneira geral que a RD é uma importante ferramenta não somente de cuidado e atenção no tratamento em saúde mental à pessoa em uso prejudicial de álcool e outras drogas, mas também impulsionadora do protagonismo, do exercício da cidadania e na afirmativa dos Direitos Humanos, dos Direitos sociais e, principalmente, dos Direitos em saúde. Como modelo de tratamento, a RD visa incentivar o direito primordial de liberdade de escolha dos usuários, presente neste estudo.

A RD fortalece a efetivação dos direitos sociais, presente nas ações intersetoriais, a valorização às singularidades, à vida e ao respeito, além de incentivar a inserção social e a autonomia de pessoas em uso prejudicial de álcool e outras drogas. Dessa forma, a RD estabelece um contraponto às ações proibicionistas ligadas ao modelo da abstinência, ao entender que o sujeito estabelece uma relação singular com a droga.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Vânia S.; LIMA, Isabel M. S. O. Atenção à saúde de usuários de álcool e outras drogas no Brasil: convergência entre a saúde pública e os direitos humanos. **RDisan**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 9–32, 2013.
- ANDRADE, Tarcísio M. de. Panorama atual da política de drogas no Brasil: a redução de danos. In: SOUZA, Ândrea *et al.* (org.). **Entre Pedras e Fissuras: A construção da atenção psicossocial de usuários de drogas no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2016.
- ANDRADE, Tarcísio M. de. Reflexões sobre Políticas de Drogas no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, n. 12, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002**. Institui a Política Nacional Antidrogas (PNAD). Revogada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4345.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm#:~:text=Todo%20estabelecimento%20qu%C3%ADmico%20ou%20farmac%C3%AAutico,Nacional%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Entorpecentes. Acesso em: 23 abr. 2021.

- BRASIL. Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010.** Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art75. Acesso em: 6 ago. 2020.
- BRASIL. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Revogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15726.htm#:~:text=LEI%20No%205.726%2C%20DE%2029%20DE%20OUTUBRO%20DE%201971.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20medidas%20preventivas%20e,ps%C3%ADquica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 23 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Revogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.
- BRASIL. Ministério Da Saúde. Comissão Intergestores Tripartite. Resolução nº 32, de 14 de dezembro de 2017.** Estabelece as Di-

retrizes para o Fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS). Disponível em: http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-MS-n%C2%BA-32-de-14-de-dezembro-de-2017_Estabelece-diretrizes-para-fortalecimento-da-Rede-de-Aten%C3%A7%C3%A3o-Psicossocial.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 3088, de 23 de dezembro de 2011**. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 26 nov. 2020.

CARVALHO, Alba M. P. de. A luta por direitos e a afirmação das políticas sociais no Brasil contemporâneo. **Revista de Ciências Sociais**, v. 39, n.1, 2008.

CÉZAR, Michelle de A.; OLIVEIRA, Maurício A. Redução de danos: uma experiência na atenção básica. **Mental**, v. 11, n. 21, p. 486–500, 2017.

COUTINHO, Carlos N. Notas sobre cidadania e modernidade. **Revista Ágora: Políticas Públicas e Serviço Social**, ano 2, n. 3, 2005.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FERNANDES, Juliana C.; RIBEIRO, Clarisse S. Saúde Mental e Serviço Social: entre o campo e o núcleo. *In*: ROSA, Lucia (org.). **Atenção Psicossocial e Serviço Social**. 1. ed. São Paulo: Ed. Papel Social, 2016.

IBANHES, Lauro C. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? **Bol. Inst. Saúde**, v. 12, n. 3, p. 213–219, 2010.

- LIMA, Rita de C. C.; TAVARES, Priscilla. Desafios recentes às políticas sociais brasileiras sobre as drogas: enfrentamento ao crack e proibicionismo. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 4, n. 2, p. 6–23, jul./dez. 2012.
- MACHADO, Letícia V.; BOARINI, Maria L. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia da redução de danos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 33, n. 3, p. 580–595, 2013.
- NETTO, José P. **Capitalismo Monopolista e Serviço Social**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- NEVES, Aline G. S. **As políticas públicas de álcool e outras drogas no Brasil**: uma análise da construção política de 1990 a 2015. 2018. Tese (Doutorado em Políticas Públicas e Saúde) — Pós-graduação em Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/25762>. Acesso em: 1 set. 2020.
- PEREIRA, Potyara A. P. Questão Social, Serviço Social e Direitos de Cidadania. **Temporalis/ABEPSS**, ano 2, n. 3, jan./jun. 2001.
- SILVEIRA, Ricardo W. M. da; D’TÔLIS, Paulo O. A. O. Impactos da Ação de Agentes Redutores de Danos segundo Profissionais da Rede SUS. **Rev. abordagem gestalt.**, Goiânia, v. 22 n. 1, jun. 2016. Disponível em: pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-791886. Acesso em: 7 set. 2018.
- TEIXEIRA, Mirna *et al.* Tensões paradigmáticas nas políticas públicas sobre drogas: análise da legislação brasileira no período de 2000 a 2016. **Ciênc. Saúde Colet.**, ano 22, n. 5, p. 1.455–1.466, mai. 2017.
- TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. São Paulo: Ed. Atual, 2002.
- VIEIRA, Evaldo A. **Democracia e política social**. Polêmicas do nosso tempo, 49. São Paulo: Cortez, 1992.

WORM, Naima; MIGANI, Eric J. Retrocesso na política nacional sobre drogas: aprovação da resolução da abstinência pelo conselho nacional de políticas sobre drogas. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 60–80, jan./jun. 2019.

ARTIGOS – EMPRESAS

A EMPRESA E AS OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS: A SEGMENTAÇÃO DE MERCADO E A DEFINIÇÃO DE ATRIBUTOS PARA A ELABORAÇÃO DE PROPOSIÇÕES DE VALOR

*Adalberto Benevides Magalhães Neto*⁷⁴

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é um recorte do trabalho apresentado como requisito para a conclusão de MBA empresarial, trazendo à tona a problematização sobre Empresas voltadas às vendas de curto prazo e focadas essencialmente na produção e/ou no produto, ao invés de focadas em oportunidades de negócios. As referidas empresas, em geral, não monitoram de forma eficaz seus clientes e nem seus concorrentes. Da mesma forma, algumas dessas empresas não definem ou aperfeiçoam as ofertas que direcionam aos consumidores, limitando-se a produzir um bem e esperar que o mercado o adquira, sem identificar necessidades, sem estabelecer proposições de valor estrategicamente superiores às dos concorrentes e sem monitorar resultados e tendências para o desenvolvimento de novos produtos e mercados.

74 Mestre em Administração (UECE), MBA em Gestão Empresarial (Fundação Dom Cabral), professor da UNIFAMETRO (Graduação e Pós-graduação) e coordenador acadêmico do curso de Administração.

Essas empresas utilizam o marketing como um instrumento de venda daquilo que produzem e não como um meio de identificar e atender a necessidades diversas do consumidor e de agregar valor à solução dessas demandas. Visam cada vez mais conquistar novos clientes sem conceder a mesma importância à construção de relacionamentos de longo prazo com os clientes já existentes (CHEKITAN, 2005). Sujeitam-se, assim, a um maior risco no que tange à sua própria continuidade e à satisfação de todos os *stakeholders* relevantes, tais como clientes, acionistas, colaboradores, fornecedores e distribuidores.

Tais organizações nem sempre avaliam novas oportunidades, não selecionam mercados-alvo e nem definem estratégias de marketing. Elas tendem a apresentar um comportamento reativo, não se antecipando e nem se posicionando adequadamente perante o mercado consumidor. Tais empresas não perceberam a crescente rapidez no surgimento de novas tecnologias e a conseqüente obsolescência de produtos; a nova dinâmica de mercado centrada na hipercompetição, pela qual produtos de diferentes categorias concorrem pela renda do consumidor; e nem o atual mundo sem fronteiras (MENDES, 2006).

A descrição acima constitui realidade para muitas empresas, em especial as pequenas e médias que não possuem um processo de gestão de marketing definido e implantado. A administração de marketing consiste na arte e ciência de escolher mercados-alvo e de captar, manter e fidelizar clientes por meio da criação, entrega e comunicação de um valor superior para o cliente (KOTLER, 2006). Esse processo, se bem executado, redireciona os esforços de venda da empresa reativa para o atendimento das necessidades do cliente pela empresa proativa. Conforme afirma Peter Drucker citado por Kotler (2006): “o objetivo do marketing é conhecer e entender o cliente tão bem que o produto ou o serviço seja adequado a ele e se venda sozinho. Idealmente, o marketing deveria resultar em um cliente disposto a comprar”. Trata-se de um desafio a ser superado, em especial, por empresas ainda focadas unicamente na produção (baixo custo) ou, quando muito, na melhoria do produto que fabrica (qualidade e desempenho superiores).

Valor, de acordo com Porter apud Mendes (2006), refere-se “àquilo que os compradores estão dispostos a pagar, e o valor superior provém da oferta de preços mais baixos do que os da concorrência, por benefícios equivalentes, ou do fornecimento de benefícios singulares que mais do que

compensam um preço mais alto”. Valor ao cliente refere-se, assim, à relação evidenciada entre os benefícios (utilidade) e os custos percebidos pelo consumidor no que tange à determinada oferta, ou seja, refere-se à relação entre o que o cliente recebe e o que ele cede em troca. Ele optará por aquela oferta que lhe trazer maiores benefícios com menores custos ou, em outras palavras, que lhe ofereça maior valor. Tal percepção, porém, difere de um cliente para outro. Compete à empresa, então, selecionar seus clientes e definir e diferenciar suas ofertas para cada mercado-alvo a fim de obter lucro.

Justifica-se dessa forma a importância do marketing e o seu papel de compreender como se entregar valor, levando-se em conta que existem, entre diferentes clientes, distintas percepções sobre o que estes necessitam e desejam. Esse processo é denominado gestão de marketing e compreende três etapas: a) criar e entender valor (marketing estratégico): desenvolvimento e posicionamento de uma proposta de valor; b) entregar valor (marketing tático): desenvolvimento do composto da oferta em termos de produto, preço, praça e promoção; e, c) sustentar e monitorar valor (resultados de marketing): avaliação do valor recebido pelo cliente e pela empresa.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral discutir oportunidades de negócios no âmbito das empresas a partir da gestão de marketing, sobretudo no que se refere à segmentação de mercado e definição de atributos para a elaboração de proposições de valor. Para tanto, os objetivos específicos são: problematizar o processo de entender valor, a partir de conceitos de segmentação e mercados alvo, posicionamento e produto, bem como elaborar reflexões sobre o composto de marketing SIVA.

No que diz respeito à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa, que quanto aos objetivos, caracteriza-se como exploratória, haja vista almejar "proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses" (GIL, 1991. p. 46). Ademais, realizou-se uma pesquisa bibliográfica para identificar fatores relevantes sobre posicionamento e proposições de valor.

1 O PROCESSO DE ENTENDER VALOR

O ponto de partida para se entender o processo de gestão de marketing visando o alcance dos objetivos propostos neste projeto, refere-se à descrição de cada etapa que o constitui, abordando os pontos mais importantes de cada estágio. Dessa forma, ao longo desta seção, discorre-se

a respeito de tal processo, em especial concentrando-se no marketing estratégico, em seus estágios de criação e entendimento de valor, uma vez que a questão do posicionamento e definição de propostas de valor junto a determinados grupos de clientes constituem o foco deste trabalho.

A organização deve entender em detalhes o macroambiente em que se insere e o mercado em que atua, uma vez que se identificam percepções de valor diferentes de acordo com grupos de clientes distintos, além de interpretar tendências e oportunidades de mercado.

Uma mesma empresa pode ter clientes que desejam um produto de alta qualidade, aceitando pagar um preço premium por este atributo, e clientes que, da forma inversa, priorizam preço baixo ao invés de alta qualidade. A empresa deverá então apresentar a cada cliente uma proposta de valor diferenciada de acordo com seus desejos e necessidades. Em não o fazer, há o risco de se oferecer ao cliente atributos e/ou benefícios que este não deseja ou prioriza, o que fará que tal oferta tenha um alto custo e seja, dessa forma, preterida por uma proposta concorrente.

O descompasso acima exemplificado justifica a preocupação fundamental desta etapa de se entender valor: os clientes, se assim se mostrar pertinente, devem ser divididos em grupos com percepções similares. As duas atividades centrais do processo de entender valor referem-se à segmentação de mercado e à seleção de mercados-alvo. Com essas duas atividades, agrupam-se os clientes de acordo com suas percepções de valor (benefícios e custos), o que caracteriza a segmentação de mercado e selecionam-se aqueles aos quais a empresa tem maior capacidade de atender com melhor rentabilidade em relação à concorrência, o que caracteriza a seleção de mercado-alvo ou *targeting* (FUNDAÇÃO DOM CABRAL, 2008). Para Kotler (2006), entender valor relaciona-se à identificação e definição do perfil de grupos distintos de compradores que diferem em suas necessidades e preferências (segmentação de mercado); à seleção de um ou mais segmentos que interessem à empresa ingressar (mercados-alvo); e à determinação e divulgação, para cada segmento-alvo, dos principais benefícios que diferenciam os produtos da empresa (posicionamento de mercado).

1.1 CONCEITOS DE SEGMENTAÇÃO E MERCADOS-ALVO

A segmentação de mercado constitui uma das mais poderosas idéias do marketing, relevante nos processos de entender o cliente, desenvolver

produtos e definir estratégias (COHEN, 1998). A seguir apresentam-se algumas definições para segmentação, propostas por diferentes autores, e que são consideradas ao longo deste trabalho.

Grisi, citada por Siqueira (1999), afirma que a segmentação de mercado “objetiva a determinação de diferenças significativas entre grupos de compradores, separando-os em conjuntos diferenciados, de maneira a possibilitar à empresa a seleção daqueles nos quais pareça mais conveniente concentrar seus esforços, robustecendo com isso a sua competitividade em relação aos concorrentes”.

Eric Viardot, citado pelo mesmo autor, afirma que “segmentação é o processo de determinar a posição exata de grupos de clientes cujas necessidades podem ser satisfeitas pela empresa. Um segmento de mercado reagrupa clientes que têm as mesmas exigências, hábitos de compra ou qualquer outra característica significativa”.

Ao analisar diversos conceitos, Siqueira (1999, p. 26) define segmentação como “o ato de dividir o mercado em grupos distintos de consumidores homogêneos, de acordo com necessidades e comportamentos de compra semelhantes, o que levaria as empresas a desenvolver compostos de marketing distintos para cada segmento”. A segmentação de mercado relaciona-se diretamente com o conceito de mercados-alvo, conforme afirma Siqueira:

Uma empresa não pode satisfazer todos os consumidores em um mercado ou, ao menos, todos os consumidores igualmente. Há vários tipos de clientes potenciais, com necessidades e desejos diversos. Cada organização deve estudar o mercado e escolher os segmentos em que pode servir, com lucro, melhor do que os concorrentes. Para realizar essa tarefa, ela precisa medir e fazer previsões da demanda, segmentar o mercado; escolher os mercados em que ela tenha mais competência para atuar e que sejam mais vantajosos e, enfim, decidir que lugar — distinto e desejável — seus produtos vão ocupar na mente dos consumidores (SIQUEIRA, 1999, p. 18).

Kotler (2006, p. 22) corrobora com este pensamento ao afirmar que “para cada mercado-alvo escolhido, a empresa desenvolve uma oferta de

mercado. A oferta é posicionada, na cabeça dos compradores-alvo, como algo que fornece um ou mais benefícios centrais. As empresas são mais bem sucedidas quando escolhem seu mercado-alvo cuidadosamente e preparam programas de marketing sob medida para ele”.

Bonoma e Shapiro, citados por Siqueira (1999), listam as razões a seguir segundo as quais a segmentação é necessária: proporciona melhor conhecimento do mercado e do modo como e por que os consumidores compram; permite dirigir a atenção da empresa para aqueles segmentos de mercado em que ela tenha competências; facilita e estimula o desenvolvimento de estratégias que venham, de maneira lucrativa, satisfazer as necessidades dos diversos segmentos, bem como promove uma vantagem competitiva diferenciada. Kotler (2006) corrobora com esse pensamento ao afirmar que a empresa, por meio da segmentação, pode planejar, definir preços, divulgar e fornecer o produto para melhor satisfazer o mercado-alvo.

Porém, nem toda segmentação é útil. Para que se justifique tal processo, determinado segmento de mercado deve atender aos seguintes critérios: a) ser mensurável, em termos de tamanho, poder de compra e características; b) ser substancial, ou seja, grande e rentável o suficiente para ser atendido; c) ser acessível, podendo ser alcançado e atendido; d) ser diferenciável, havendo segmentos distintos e que respondam de forma diferente a cada elemento do composto de marketing; e) ser acionável, ou seja, deve ser possível desenvolver programas efetivos de atração e retenção dos segmentos (KOTLER, 2006). Ademais, as empresas devem ter cuidado para não segmentar demasiadamente seu mercado.

Segundo Kotler (2006), a segmentação de mercado pode contemplar o marketing de segmento, o marketing de nicho, o marketing local e a customerização. O marketing de segmento consiste em atender grandes grupos de clientes que possuem as mesmas preferências. A empresa identifica as preferências dos clientes e avalia a necessidade de segmentar o mercado. Se as preferências não forem tão heterogêneas a ponto de se considerar desnecessária essa tarefa, define-se a forma de posicionamento. A empresa pode fazer uso de ofertas flexíveis, contendo uma solução básica, valorizadas por todos os membros do grupo, e opções, valorizadas por alguns membros, como forma de atender distintos desejos de grupos do mesmo segmento.

O marketing de nicho ocorre quando se identifica um subsegmento dentro de um segmento maior e é aplicado quando se identifica um grupo que procura por um *mix* de benefícios distintos e se dispõe a pagar um preço *premium* por isso. Em geral, a demanda é menor do que aquela verificada em um segmento mais amplo, mas a concorrência é menor e a receita advém da especialização da oferta. Em muitos casos, as empresas mais destacadas nesse tipo de marketing são antigas, familiares ou de capital fechado, atuam em mercados estáveis, dedicam-se aos seus clientes, oferecem desempenho superior, serviço responsável, entrega pontual (ao invés de baixo preço) e proximidade com o consumidor, estando a alta gerência em contato direto e regular com os melhores clientes (KOTLER, 2006).

O marketing local idealiza programas de marketing de acordo com os desejos e as necessidades de grupos de clientes locais, regionalizando-se a oferta. Ao mesmo tempo em que tal abordagem é defendida por alguns por não atender às necessidades locais de forma genérica, mas sim direcionada, outros argumentam que ela eleva os custos de manufatura, reduz as economias de escala, aumenta os problemas de logística e pode comprometer a imagem da marca se as ofertas passarem a ser percebidas de forma diferente em cada localidade.

O marketing customizado refere-se ao atendimento personalizado do cliente, quando este define o produto que deseja adquirir, geralmente a partir de uma série de atributos disponibilizada pelo fornecedor. Não se trata de algo a ser praticado por todas as empresas, principalmente aquelas que atendem ao comércio organizacional com produtos de pequena diferenciação e especificações rígidas. Como afirma Kotler (2006, p. 243), “cada empresa deve decidir se é mais vantajoso criar ofertas para segmentos ou para clientes individuais”. Enquanto a segmentação é vista como um processo mais eficiente e que requer menos informações do cliente, permitindo maior padronização das ofertas, a customização é defendida por alguns por possibilitar maior precisão no atendimento das necessidades individuais.

A segmentação de mercados consumidores, relativamente ao cliente final, pode ocorrer em função de características geográficas, demográficas, psicográficas ou comportamentais (KOTLER, 2006). A segmentação geográfica divide o mercado em diferentes unidades geográficas, como

países, estados, regiões, focando as distintas características locais existentes. A segmentação demográfica, por sua vez, divide o mercado em grupos de variáveis básicas, como idade, sexo, renda, raça, ocupação, religião, dentre outros. Na segmentação psicográfica os compradores são divididos em diferentes grupos, com base no estilo de vida, personalidade e valores. Por fim, a segmentação comportamental divide os compradores em grupos segundo seus conhecimentos, atitudes, uso e resposta a determinado produto. No que tange a esta última, cita-se o modelo de conversão, desenvolvido por Chip Walker e citado por Kotler (2006), o qual avalia o nível do compromisso psicológico do consumidor com as marcas e sua abertura para a mudança. O modelo segmenta os usuários de uma marca em quatro grupos, conforme o nível de compromisso, do mais baixo para o mais alto (conversíveis, superficiais, regulares e arraigados) e classifica os não usuários também em quatro grupos, de acordo com o seu nível de disposição e abertura para experimentar outra marca, do mais baixo para o mais alto (altamente indisponível, fracamente indisponível, ambivalentes e disponíveis).

1.2 CONCEITO DE POSICIONAMENTO

Segundo Kotler (2006, p. 304), “nenhuma empresa pode vencer se seus produtos e ofertas lembram qualquer outro produto ou oferta. As empresas devem buscar posicionamento e diferenciação relevantes”.

A discussão se o conceito de posicionamento é novo, velho ou adaptado de algo já existente remonta o início da década de 70, conforme argumenta Maggard (1972) em seu artigo *Positioning revisited*. O autor provoca o leitor ao questionar se o posicionamento de fato iniciava uma nova era no marketing, ao considerar não apenas o posicionamento do produto frente a similares, mas a imagem da marca e o papel que ela ocupa na mente dos consumidores, ou se o posicionamento não passava de uma nova abordagem de conceitos já existentes da estratégia de marketing, tais como segmentação e diferenciação de produto. O autor lista distintas formas de se considerar o posicionamento, desde uma ideia a um comportamento socialmente responsável.

Discussões à parte, posicionamento pode ser definido como “a ação de projetar o produto ou a imagem da empresa para ocupar um lugar

diferenciado na mente do público-alvo. O objetivo é posicionar a marca na mente dos consumidores a fim de maximizar a vantagem potencial da empresa (KOTLER, 2006, p. 305)”. Trata-se de oferecer diferentes coisas a diferentes pessoas (AAKER, 1982). A importância da definição de proposições de valor refere-se à diferenciação dos produtos com relação àqueles concorrentes, fazendo jus a um possível preço *premium*. Trata-se de uma decisão estratégica crucial, uma vez que o posicionamento pode ser fundamental para a percepção e decisão de escolha dos clientes. A respeito das etapas iniciais do processo de gestão de marketing, afirma ainda Kotler que:

Toda estratégia de marketing é construída de acordo com o trinômio SMP — segmentação, mercado-alvo e posicionamento. A empresa descobre necessidades e grupos diferentes no mercado, estabelece como alvo as necessidades e os grupos que é capaz de atender de forma superior e, então, posiciona seu produto e sua imagem de modo que o mercado-alvo os diferencie. Se, nesse trabalho de posicionamento, houver uma falha, o mercado ficará confuso (KOTLER, 2006, p. 304).

A partir da segmentação definem-se então os requisitos dos clientes que irão determinar as características dos produtos e serviços a serem ofertados, assim como as formas de compra e de comunicação, ou seja, posiciona-se a oferta de acordo com os atributos e/ou benefícios que os clientes julgam relevantes. Como resultado do posicionamento, a empresa deve definir sua proposta de valor, que pode ser entendida como o conjunto de benefícios que ela oferece aos clientes para satisfazer suas necessidades, ou seja, um motivo convincente pelo qual o mercado-alvo deve comprar determinado produto. Pode ser uma combinação de produtos, serviços, informações e experiências, focando atributos como benefício e preço. Quanto mais essa proposta for direcionada a atender as necessidades do cliente, proporcionando valor e satisfação, mais a oferta se diferenciará em relação aos concorrentes, inclusive em mercados caracterizados pela comoditização. Quanto melhor a qualidade e o serviço oferecido e quanto menor o preço, em geral, maior a satisfação do cliente. Anderson (2006) afirma que, sob a pressão de se manter os custos baixos, os clientes

podem basear-se apenas em preços em seus processos de compra. Cabe ao fornecedor fazê-los entender e acreditar no valor superior de sua oferta.

Em geral, uma empresa pode adotar as seguintes opções principais de posicionamento: a) eficiência operacional: atingir grandes escalas de produção a um custo muito baixo; b) diferenciação pelo produto: ter produtos e serviços inovadores; c) intimidade com o cliente: conseguir entender a necessidade do cliente, oferecendo-lhe uma solução para completar as suas necessidades. Uma vez definido o posicionamento da empresa, o segundo elemento busca indicar a proposta de valor, ou seja, procura-se deixar claro a qual benefício e/ou necessidade do cliente a empresa está atendendo. Segundo Mendes (2006, p. 12), “trata-se do nível mais delicado do planejamento estratégico, e em que se registra o maior número de erros das organizações, pois estas insistem em continuar oferecendo seus produtos e serviços. Na verdade, o cliente compra mais do que um produto ou serviço, ele compra um pacote de benefícios, tais como atendimento, conveniência, retorno do investimento, informação, assistência técnica, financiamento e acesso”. Tal proposta de valor é então implementada de acordo com a segmentação de mercados-alvo efetuada, mediante o estabelecimento de uma estrutura funcional adequada da empresa e distinta de seus concorrentes. Ou seja, a empresa deve desenvolver uma estrutura forte e diferente, de modo a dificultar que seus concorrentes consigam as mesmas vantagens. Em resumo, segundo Mendes (2006, p. 13), o grande desafio para a empresa consiste em “encaixar o posicionamento à proposta de valor, construindo uma estrutura de entrega diferente e atendendo a clientes e segmentos dispostos a pagar pelo que entendem como benefício; isso é o que realmente torna uma estratégia eficaz”.

Segundo Kotler (2006, p. 34), “em uma economia extremamente competitiva, uma empresa só pode vencer ajustando o processo de entrega de valor e selecionando, proporcionando e comunicando um valor superior”. É estabelecido assim um padrão comparativo com a concorrência. Segundo Kotler:

O posicionamento exige que as semelhanças e as diferenças entre as marcas sejam definidas e comunicadas, ou seja, para definir o posicionamento é preciso determinar uma estrutura de referência e, para tanto, é necessário identificar o mercado-alvo e a concorrência,

assim como as associações ideais com a marca no que diz respeito aos pontos de paridade e de diferença (KOTLER, 2006, p. 305).

O trabalho de posicionar uma marca deve considerar, inicialmente, os produtos com os quais a marca compete e que funcionam como seus substitutos próximos para, então, estabelecer os pontos de paridade e de diferença. Para se estabelecer uma estrutura de referência competitiva, porém, deve-se compreender o comportamento do consumidor e o conjunto de critérios que ele usa ao escolher uma marca. O fornecedor deve, por meio do estabelecimento dos pontos de paridade e de diferença, responder como as possíveis vantagens listadas em sua proposição de valor se comparam com aquelas constantes nas melhores ofertas concorrentes.

Dessa forma, os pontos de diferença são entendidos como qualidades ou benefícios que os consumidores associam fortemente a uma marca, avaliam positivamente e creem que não poderiam ser comparáveis com os de uma marca concorrente. Trata-se da defesa do produto e constitui fator fundamental para o posicionamento competitivo da marca. Os pontos de paridade, por sua vez, referem-se a associações não exclusivas da marca, ou seja, aspectos em que a marca se equipara às concorrentes, e podem se referir à categoria (condições necessárias à escolha da marca, ou seja, o que se espera de uma marca) e à concorrência (associações destinadas a anular os pontos de diferença do concorrente). Tratam-se de atributos que apresentam em essência o mesmo desempenho ou funcionalidade daquelas relativas às melhores ofertas concorrentes.

O gerenciamento dessas questões, mediante equiparação dos pontos fortes dos concorrentes (pontos de paridades) e destacando-se, com nítida superioridade, em outros aspectos (pontos de diferença), deve possibilitar à empresa uma forte posição competitiva (KOTLER, 2006).

A empresa deve desenvolver e tangibilizar sua oferta, após ter criado sua proposta de valor. Os atributos físicos e funcionais do produto devem ser definidos, assim como o preço a ser praticado, os canais de distribuição a serem utilizados e a forma de promoção e divulgação da proposta de valor outrora definida. Essas questões a serem definidas pela empresa, responsáveis pela entrega de valor ao cliente, definem o chamado composto de marketing ou marketing *mix*. Viabilizá-lo não depende apenas do setor de marketing, mas de um trabalho integrado de todas as áreas da empresa.

De acordo com Kotler (2006, p. 17), na definição do composto de marketing os seguintes itens são levados em consideração na determinação de cada um de seus elementos constituintes: a) produto: variedade, qualidade, design, nome da marca, características, embalagem, tamanhos, serviços, garantias, devoluções; b) preço: preço de lista, descontos, concessões, prazo de pagamento, condições de financiamento. As decisões de determinação de preços dependerão dos níveis de concorrência e sensibilidade ao preço, por parte do mercado; c) promoção: vendas, propaganda, força de vendas, relações públicas, marketing direto; d) praça: canais, cobertura, variedades, locais, estoque, transporte. A seguir, tecem-se considerações a alguns aspectos relativos aos itens que compõem o marketing *mix*.

1.3 PRODUTO

O composto de marketing tem seu planejamento iniciado na formulação de uma oferta para satisfazer as necessidades do cliente, a qual deve considerar as características e a qualidade do produto, *mix* e qualidade dos serviços prestados e preço apropriado (KOTLER, 2006). Segundo Kotler (2006, p. 366), “produto é tudo o que pode ser oferecido a um mercado para satisfazer uma necessidade ou desejo”. O mesmo, na elaboração da oferta, deve ser composto por cinco níveis, os quais formam a hierarquia de valor para o cliente e têm por objetivo agregar maior valor para o mesmo. Os dois primeiros níveis referem-se ao benefício central oferecido, ou seja, o que o cliente de fato deseja obter e sua tangibilização em um produto básico. O terceiro nível refere-se ao produto esperado, ou seja, são incluídos na oferta os atributos e as condições que os compradores normalmente esperam ao comprar tal produto.

Nesse sentido, o produto ampliado objetiva exceder as expectativas do cliente e refere-se à diferenciação do mesmo. Ressalta-se, porém, que os benefícios ampliados, em um curto espaço de tempo, tendem a se tornar benefícios esperados em função da reação da concorrência. No sentido contrário, concorrentes podem desenvolver versões mais simples do produto, focando-se apenas no produto básico e visando atingir clientes interessados apenas no benefício central.

O produto potencial, por fim, refere-se ao nível mais elevado na hierarquia de valor para o cliente e abrange todas as ampliações e transfor-

mações a que o produto deve ser submetido no futuro. Trata-se de novas maneiras de se satisfazer o cliente e de se diferenciar a oferta, muitas vezes considerando aspectos que os clientes sequer sabem que vão querer ou necessitar, mas que a empresa já entende como tendência e como futuros padrões de competição.

Dessa forma, a diferenciação do produto, sobretudo no que tange à identidade de uma marca, ganha importância na definição deste item do *mix* de marketing. Alguns produtos são facilmente diferenciáveis, enquanto outros não, o que os leva a correr o risco de serem tratados como *commodities*. Nesse último caso, deve ser avaliada a condição de se promover a diferenciação dos serviços oferecidos, tais como facilidade de pedido, entrega, treinamento do cliente, instalação, orientação ao cliente, manutenção e reparo.

2. COMPOSTO DE MARKETING: SIVA

Em acordo com o conceito de se agregar valor à oferta, como abordado ao se tratar posicionamento de mercado e proposições de valor, Chekitan (2005) propõe a revisão do conceito de marketing *mix*, transferindo o foco do atendimento das necessidades de manufatura e venda do fornecedor para o atendimento das necessidades do consumidor. Assim, em lugar do tradicional Produto, Promoção, Preço e Praça, quatro outros elementos são propostos para compor um novo *mix* de marketing identificado pela sigla SIVA⁷⁵, acrônimo formado pelas letras iniciais das palavras Soluções, Informações, Valor e Acesso.

A essência deste composto de marketing refere-se a desenvolver soluções em lugar de apenas produtos; oferecer informações ao invés de simplesmente promoção; criar valor ao invés de trabalhar apenas preço; e possibilitar acesso onde, quando e como os clientes quiserem experimentar tal solução ao invés de limitar-se a pensar em quais locais dispor os produtos. Segundo o autor, essa nova abordagem possibilita novas oportunidades e modifica a forma como uma empresa se relaciona com seus clientes.

Ao comparar o uso das duas abordagens, Chekitan (2005) enfatiza que o composto de marketing tradicional (4Ps) parte de uma visão inter-

75 Em inglês, Solutions, Information, Value e Access.

na da organização, de dentro para fora, percorrendo as seguintes etapas: estabelecimento de metas organizacionais; identificação dos recursos organizacionais necessários ao alcance destes objetivos; desenvolvimento e distribuição de produtos e serviços (essência do marketing *mix* ou 4Ps); e avaliação dos resultados e retornos. Segundo o autor, em nenhum momento o cliente entra propriamente no ciclo aqui descrito.

Na abordagem SIVA considera-se uma visão externa, dirigida ao mercado e orientada de fora para dentro. As etapas do marketing *mix* incluem: entendimento do mercado e clientes, o que eles desejam e se a organização é capaz de atendê-los com os recursos que dispõe; estabelecer proposições de valor ao cliente de acordo com o que ele quer, necessita e valoriza; entregar o valor procurado pelo cliente; e, por fim, mensurar a entrega de valor ao cliente e não apenas os resultados obtidos pela organização.

Em suma, o marketing *mix* SIVA, de acordo com Chekitan (2005), é construído em concordância com o real conceito do marketing ao identificar as necessidades, vontades e desejos dos clientes e os atender de forma lucrativa para a organização. O desafio, para a SIVA, é levar a melhor, mais rápida, mais barata e mais inteligente maneira de entregar a solução mais adequada ao cliente. Nesse intuito, todos os setores da empresa devem estar perfeitamente integrados, todos os colaboradores devem ser solucionadores de problemas e entregadores de valor enquanto que os responsáveis pelo marketing estratégico devem prover o acesso e o conhecimento necessário.

Lewke (2008) corrobora com essa linha de pensamento ao afirmar que a competência principal necessária ao se considerar o cliente externo não diz respeito à venda em si, mas em se estabelecer relações duradouras baseadas em valor. Não se trata de atender o cliente com o produto que você fornece hoje, mas saber o que ele precisará em um futuro breve, até mesmo antes do próprio cliente. Não consiste em ouvir o cliente eventualmente, mas conhecer seus processos e necessidades e apoiá-lo em tomadas de decisão.

CONCLUSÕES

A gestão do valor entregue, inserida num contexto de orientação para o mercado, é uma poderosa abordagem estratégica, adequada ao cenário

atual de hipercompetitividade e de constantes mudanças do ambiente, do consumidor e das próprias empresas. Nem todas as ideias aqui apresentadas são novas, muitas delas até parecem óbvias, mas sua riqueza consiste justamente na grande simplicidade teórica, em oposição ao grau de dificuldade de sua aplicação prática.

Diante do exposto, a conclusão a que se chega é que a empresa deverá fundamentar suas proposições de valor enfatizando esses atributos e, para tanto, deverá estruturar-se de forma a tangibilizar tal proposição. Deverá investir em garantia da qualidade, tecnologia e processos de forma a tornar fato a proposição aqui visualizada. Dessa forma, ter-se-ia, como sugere a literatura, uma oferta flexível, contendo uma solução básica, valorizada por todos os membros do grupo, bem como opções valorizadas por alguns membros, como forma de atender distintos desejos de grupos do mesmo segmento.

Com relação ao atributo preço, a redução de custos de produção mediante estratégia de eficiência operacional deve ser uma meta constante. Para tanto, deve-se ter como objetivo, em todos os setores da empresa, melhorias em processos, automatização, redução do desperdício ao fim do processo e do retrabalho ao longo do mesmo, visando maior produtividade. Também se deve priorizar melhores negociações com fornecedores, embora o custo de matéria-prima não seja tão relevante na composição final do preço do produto, ao tempo em que se busca melhores condições de venda junto aos clientes ao se enfatizar os pontos fortes da empresa já reconhecidos pelo mercado.

Quanto à qualidade do produto, deve-se investir em novos laboratórios, equipamentos e em pessoal técnico de manutenção e de controle de qualidade. Diante do exposto conclui-se que, no mercado organizacional, conhecido como B2B, o esforço de marketing concentra-se em mostrar aos compradores das empresas que os produtos a serem adquiridos os ajudarão a atingir receitas maiores e custos menores. Aspectos como força de vendas, preço e reputação da empresa no que tange à confiabilidade e qualidade desempenham um importante papel na tarefa de convencer o comprador a adquirir o produto. Em outras palavras, deve-se fazer com o que o cliente perceba o valor da oferta e opte pela mesma.

REFERÊNCIAS

- AAKER, David A.; SHANSBY, J. Gary. Positioning your product. **Business Horizons**, v. 25, Issue 3, p. 56–57, may/jun. 82 (AN 4528497). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- ANDERSON, James C.; NARUS, James A.; ROSSUM, Wouter Van. Customer Value propositions in Business Markets. **Harvard Business Review**, Boston, v. 84, n. 3, p. 90–99, mar. 2006.
- BREUR, Tom. The importance of focus for generating customer value. **Journal of Financial Services Marketing**, v. 11, Issue 1, p. 64–71, aug. 2006. DOI: 10.1057/palgrave.fsm.4760001. (AN 22632002). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- COHEN, Steven H.; RAMASWAMY, Venkatram. Latent Segmentation Models. **Marketing Research**, v. 10, Issue 2, p. 14–21, summer 98. EBSCOhost.
- COUTINHO, Heitor Leopoldo Nogueira. **Projeto Empresarial: guia para elaboração**. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2008.
- CRITTENDEN, Victoria L.; CRITTENDEN, William F.; MUZYKA, Daniel F. Segmenting the business-to-business. **Journal of Strategic Marketing**, v. 10, Issue 1, p. 3–20, mar. 2002. DOI: 10.1080/09652540110100448. (AN 6007914). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- DEV, Chekitan S.; SCHULTZ, Don E. Simply SIVA. **Marketing Management**, v. 14, Issue 2, p. 36–41, mar./apr. 2005. (AN 16975250). EBSCOhost.
- FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Apostila de Marketing do Curso MBA Empresarial**. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2008. *Overview*.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

- HOOLEY, Graham J.; SAUNDERS, John A.; PIERCY, Nigel F. **Es-
tratégia de Marketing e Posicionamento Competitivo**. 2. ed.
São Paulo: Prentice Hall, 2001.
- HUTT, Michael D. **B2B: Gestão de Marketing em Mercados In-
dustriais e Organizacionais**. Tradução de Luciana de Oliveira
Rocha. 7. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.
- HUTT, Michael D.; SPEH, Thomas W. **Business Marketing Man-
agement: A strategic view of industrial and organizational markets**.
8. ed. United States: South-Western Pub, 2004.
- JOHNSON, Mark W.; CHRISTENSEN, Clayton M.; KAGER-
MANN, Henning. Reinventing your business model. **Harvard
Business Review**, v. 86, Issue 12, p. 50–59, dec. 2008. (AN
35386627). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- KLUYER, Cornelius A. de; PEARCE II, John A. **Estratégia: uma visão
executiva**. Prentice Hall.
- KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane, **Administração de Market-
ing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- KOTLER, Philip; PFOERTSCH, Waldemar. **B2B Brand Manage-
ment**. 1. ed. Springer Verlag NY, 2006.
- LEVITT, Theodore. Miopia no Marketing. **Harvard Business Review**,
AL, Santiago, v. 82, n. 7, p. 88–99, jul. 2004.
- LEWKE, Reynold; KELNER, Steve. What Does It Mean to Focus on
the External Customer? **CIO**, v. 21, Issue 7, p. 56, 15 jan. 2008. (AN
31329394). EBSCOhost.
- LONGHI, Patrícia. **Proposta de Posicionamento para a TVCOM**.
2004. Trabalho de conclusão de curso (MBA Empresarial) — Fun-
dação Dom Cabral: Porto Alegre, 2004.
- MAGGARD, John P. Positioning revisited. **Journal of Marketing**, v.
40, Issue 1, p. 63–66, jan. 76. (AN 5000788). EBSCOhost.

- MALHORTA, Naresh. **Pesquisa de Marketing**: uma orientação aplicada. Tradução de Laura Bocco. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.
- MENDES, Luís Augusto Lobão. Entrega de Valor como elemento estratégico para obter um melhor posicionamento de mercado. **Caderno de Ideias** (CI0628). Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2006.
- PISCOPO, Maria Gabriela. **Creating Value Through Customer Specific Marketing** Investments In A B2b Context. **AMA Winter Educators' Conference Proceedings**, v. 18, p. 190–197, 2007. (AN 32571670). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- RIBEIRO, Áurea Helena Puga; CASTRO, Iris Leite de. Do valor à lealdade: escalas para medir níveis de lealdade e os seus antecedentes. **Caderno de Ideias** (CI0631). Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2006.
- SAUSEN, Karsten; TOMCZAK, Torsten; HERRMANN, Andreas. Development of a taxonomy of strategic market segmentation. **Journal of Strategic Marketing**, v. 13, Issue 3, p. 151–173, sep. 2005. (AN 17941673). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- SELDEN, Larry; MACMILLAN, Ian C. Manage customer-centric innovation—systematically. **Harvard Business Review**, v. 84, Issue 4, p. 108–116, apr. 2006. (AN 19998913). Database: Business Source Complete. EBSCOhost.
- SIQUEIRA, Antônio Carlos Barroso de. **Segmentação de mercados industriais**. São Paulo: Atlas, 1999.
- YANKELOVICH, Daniel; MERR, David. Rediscovering market segmentation. **Harvard Business Review**, Boston, v. 84, n. 2, p. 122–131, feb. 2006.

SOCIEDADES LIMITADAS UNIPESSOAIS E O “FIM” DAS EIRELI: ELEMENTOS PARA O ESTUDO DE PADRÕES DE REFORMA INSTITUCIONAL NO BRASIL

*Guilherme Saraiva Grava*⁷⁶

INTRODUÇÃO⁷⁷

Este trabalho tem como objetivo o exame dos padrões observáveis nas iniciativas de reforma da legislação societária no Brasil a partir de um olhar interdisciplinar entre o Direito e a literatura que estuda o processo de transformação das instituições. Em particular, procura-se aplicar a tipologia proposta por Mahoney e Thelen (2009) na análise da sucessão de três leis: (1) a Lei n. 12.441/2011, que criou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) e inaugurou a possibilidade de se estabelecer uma sociedade com apenas um sócio no sistema brasileiro; (2) a Lei n. 13.874/2019, que criou a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) como uma alternativa mais flexível e moderna do que a Eireli; e (3) a Lei n. 14.195/2021, que automaticamente converteu todas as Eireli em SLU sem, no entanto, revogar os dispositivos do Código Civil que regulavam

76 Advogado, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Professor no Centro Universitário Paulistano.

77 Este trabalho atualiza e aprofunda discussões realizadas em Grava (2020).

as primeiras. O advento dessas normas, conclui-se, manifesta um caso classificado pela tipologia estudada como transformação institucional em camadas (*layering*), em que regras são acrescentadas a estruturas mais antigas que não são completamente removidas do ordenamento.

Para atender a essa proposta, a presente pesquisa combina, em sua estratégia metodológica, a revisão bibliográfica do referencial teórico mencionado com uma breve análise qualitativa da tramitação e dos textos dos Projetos de Lei (PL) e das Medidas Provisórias (MP) que trataram dessas diferentes figuras de sociedade unipessoal no Brasil ao longo dos últimos dez anos (entre 2011 e 2021)⁷⁸. Sendo assim, o trabalho encontra-se dividido em três seções. Na seção seguinte apresenta-se uma descrição das diferentes fases que envolveram a introdução progressiva das figuras unipessoais — a Eireli e a SLU — no Direito Brasileiro. Na segunda seção trata-se dos diferentes padrões de transformação institucional delineados por Mahoney e Thelen (2009) como um referencial a ser aplicado na avaliação das normas em estudo. Por fim, a terceira seção reúne os pontos discutidos nas duas primeiras seções e examina os resultados encontrados. Espera-se, ao final, que este estudo possa oferecer elementos para a formulação de hipóteses para futuros trabalhos a respeito da legislação societária e da compreensão dos processos de reforma de instituições no País.

1 SOCIEDADES UNIPESSOAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

1.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS SOBRE AS SOCIEDADES UNIPESSOAIS

Na concepção mais tradicional da literatura, “as sociedades eram resultantes da união de esforços de duas ou mais pessoas, que possuíam o interesse comum de lucrar [...] com a exploração de certa atividade” (COELHO, 2012, p. 46). Assim, tinha-se como aspecto mais relevante

78 Os documentos utilizados são citados nas Referências constantes ao final do presente trabalho. O material foi coletado a partir de um levantamento realizado nos sites da Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/>) do Senado Federal (<https://www12.senado.leg.br/>), do Congresso Nacional (<https://www.congressonacional.leg.br/> e do Planalto (<https://www.gov.br/planalto/pt-br>).

o fato de que estas organizações deveriam representar a reunião de uma pluralidade de sócios, atuando conjuntamente, através de um acordo ou contrato. Com o passar do tempo, contudo, a rigidez desse cenário modificou-se e diversos países passaram a incorporar em seus ordenamentos a figura das sociedades unipessoais como estratégia para instrumentalizar a limitação de responsabilidade do empresário individual. Dentre os que incorporaram essa técnica, é possível destacar Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Portugal, Reino Unido, Grécia e Luxemburgo (COELHO, 2012, p. 46).

Não foi o caso, porém, da legislação brasileira: durante muitos anos a única hipótese de sociedade unipessoal admitida era a Sociedade Subsidiária Integral — caso específico em que uma companhia tem como único acionista outra sociedade brasileira (REQUIÃO, 2012, p. 202). Coelho (2012, p. 46) ressalta, porém, que como a Subsidiária Integral consistia em uma companhia que não poderia ser formada de outro modo que não por meio da atuação de outra sociedade, tal instituto não correspondia, efetivamente, “ao instrumento societário de limitação da responsabilidade de empresários individuais que os direitos estrangeiros estavam, pouco a pouco, incorporando”. De certo modo, é possível dizer que um traço inicial de mudança desse panorama pôde ser observado a partir de 2002, com a instituição de um novo Código Civil, quando se passou a permitir que as Sociedades Limitadas (LTDA) permanecessem, por um período não superior a 180 dias, com apenas um sócio em seu quadro — situação que, por exemplo, poderia decorrer de eventos como o falecimento de um quotista, sua retirada ou até mesmo a aquisição de sua participação (COELHO, 2012, p. 47).

Iniciativas de reforma da legislação societária no Brasil, ao longo dos anos, esbarravam nas divergências teóricas a respeito das ressalvas feitas pela literatura jurídica à existência de um negócio jurídico a ser praticado pelo sócio isoladamente, isto é, se seria possível celebrar um “contrato consigo mesmo”. Também se questionava a existência de potenciais riscos para elusão ou evasão fiscal, conforme verificado no direito comparado em países como Liechtenstein, conhecidos como paraísos fiscais (COELHO, s.d., s.p.). Dessa forma, como era impossível aos empresários autônomos adotar qualquer alternativa que não o exercício da empresa como pessoas físicas (assumindo diretamente os riscos econômicos da atividade),

muitos eram levados a constituir Sociedades Limitadas (LTDA) com o artifício de uma distribuição ficta do capital social, constituindo a entidade com alguém que aceitasse figurar como sócio simbólico detentor de um percentual irrisório das quotas disponíveis. Esse cenário de informalidade, porém, sofreu drástica mudança com a propositura do PL n. 4.605/2009.

1.2 PL N. 4.605/2009 E A CRIAÇÃO DA EIRELI NA LEI N. 12.441/2011

O PL n. 4.605/2009, que resultaria na Lei criadora das Eireli em 2011, apresentava a seguinte redação em sua forma original:

Art. 1º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 985–A:

“Art. 985–A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

§ 1º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 2º A firma da empresa individual de responsabilidade limitada deverá ser formada pela inclusão da expressão “EIRL” após a razão social da empresa.

§ 3º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio pessoal do empresário, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 4º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada os dispositivos relativos à sociedade limitada, previstos nos arts. 1.052 a 1.087 desta lei, naquilo que couber e não conflitar com a natureza jurídica desta modalidade empresarial.” (BRASIL, 2009a, p. 3.041).

Como se observa, seguindo a tendência do direito comparado, o projeto tratava o novo instituto (naquela fase ainda chamado de “Eirl”) com um regime muito próximo ao das LTDA. Assim, apenas seriam introduzidas algumas regras gerais, determinando a aplicação subsidiária do regime das limitadas no que couber. Também se reforçava que somente o patrimônio social da empresa responderia pelas suas dívidas, “não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio pessoal do empresário” (BRASIL, 2009a, p. 3.041) — aspecto que reforça o papel da Eireli como uma forma individual de sociedade com responsabilidade limitada. Adicionalmente, ainda previa que a Eirl poderia ser formada como decorrência da concentração de quotas de outros tipos de sociedades, e que somente seria possível a uma pessoa exercer a titularidade de uma única empresa deste tipo.

Esse projeto, todavia, embora contendo importantes características que foram incorporadas à versão final da lei, sofreu profundas modificações ao longo de sua tramitação. Isso porque embora as dificuldades teóricas a respeito das sociedades unipessoais tivessem cedido espaço à necessidade prática que a Eireli pretendia atender, o receio com as implicações decorrentes da incorporação do instituto no Direito nacional acabou por justificar a adoção de duas medidas restritivas que limitariam o alcance do novo instituto. A primeira delas é a obrigatoriedade de integralização total do capital no ato de instituição, tema que decorreu do apensamento à proposta em estudo do PL n. 4.953/2009 do Deputado Federal Eduardo Sciarra (DEM/PR) (BRASIL, 2009b, p. 12.772). A segunda é a previsão de que a Eireli deveria ter um capital social não inferior a cem salários-mínimos, regra que surgiu com a apresentação do substitutivo no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), relatado pelo Deputado Federal Marcelo Itagiba (PSDB/RJ). Em seu relatório, o parlamentar explica o motivo da introdução desse novo requisito:

Registro, também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se

trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual [...] Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. (BRASIL, 2010, p. 51.709).

Combinando essas disposições, o texto final aprovado, convertido na Lei n. 12.441/2011, ficou assim disposto após a sua inserção ao Código Civil de 2002:

Art. 980–A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

O resultado tornou os requisitos para a titularidade de uma Eireli muito mais rigorosos e burocráticos do que os aplicáveis às LTDAs tradicionais — aspecto que, de certo modo, comprometeu ao menos em parte a finalidade do novo instituto em servir como instrumento facilitador da atividade empresarial por empresários autônomos. Oito anos mais tarde, em um contexto que favoreceu iniciativas de alteração da legislação privada a fim de remover ou simplificar elementos vistos como entraves burocráticos, a Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), resultante da conversão da MP n. 881/2019, modificou novamente o cenário então em vigor ao criar outra figura jurídica unipessoal para o quadro societário vigente, desta vez sem os entraves da Eireli: a SLU.

1.3 MP N. 881/2019 E A EMERGÊNCIA DA SLU NA LEI N. 13.874/2019

Como mencionado, a edição da MP n. 881/2019 procurou apresentar um pacote de estímulos à atividade econômica no País ao introduzir um conjunto de reformas destinados à redução da presença do aparelho burocrático estatal nas atividades privadas, diminuindo custos e ampliando a liberdade e a autonomia particulares. Diante de um vasto número de proposições, foi proposta a modificação do regime jurídico das sociedades unipessoais no País — reconhecendo os entraves dispostos à criação de Eireli nos termos da Lei n. 12.441/2011. Assim, afirma a sua justificativa da MP:

Também se prestigia o valoroso papel de avanço, por mais liberdade econômica, pelo Congresso Nacional, ao se restaurar os fins devidos para que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) foi criada. Com altos requisitos (e, então, elevados custos de transação para estabelecimento), [...] seguindo a tendência mundial que se consolidou há décadas, regulariza-se, finalmente, a sociedade limitada unipessoal, de maneira a encerrarmos a prática que se multiplicou exponencialmente em que um sócio é chamado tão somente para preencher a necessidade de pluralidade, sem real cota significativa no negócio. (BRASIL, 2019b, p. 17).

Se por um lado a leitura do texto deixa nítida a preocupação do legislador com a redução dos custos de transação para o estabelecimento da Eireli, por outro é curioso observar que a proposta ao final apresentada optou não por reformar as regras do instituto, mas, na realidade, escolheu usar a SLU como uma estratégia alternativa. Sendo assim, de acordo com o texto original da MP, enquanto o regime jurídico aplicável às Eireli permaneceria inalterado, as LTDA agora passariam a contar com duas modalidades diferentes — a pluripessoal, conforme já adotada no país há muitos anos, e a unipessoal.

Considerando as grandes semelhanças entre as Eireli e as SLU, seria possível pensar que as segundas surgiriam como alternativas para substituir as primeiras. De fato, em determinado momento da tramitação da MP, chegou-se a cogitar a introdução de regras de transição de modo que as Eireli constituídas sob o regime anterior pudessem, ser convertidas gradativamente em SLU — é isso o que se observa das disposições previstas no parecer de relatoria do Deputado Federal Jeronimo Georgen (Progressistas/RS), em seu art. 66. Tais regras, no entanto, foram suprimidas por um substitutivo quando da tramitação do projeto já na sua fase perante a Câmara dos Deputados. O texto final da lei, portanto, preserva a distinção entre esses dois tipos de estruturas societárias, que não se confundem:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

Do ponto de vista normativo, a reforma pouco mais fez do que acrescentar dois parágrafos ao art. 1.052 do Código Civil de 2002, a fim de autorizar, expressamente, a constituição e manutenção de LTDA com apenas um sócio. Com exceção do atributo da unipessoalidade, portanto, a SLU em nada difere desse tradicional tipo societário já difundido no campo empresarial há muitos anos. Na prática, todavia, os congressistas

acabaram por provocar o total esvaziamento de sentido no recém-criado instituto da Eireli já que, além das restrições apontadas anteriormente, este também não é nada mais do que uma LTDA de apenas um sócio — traço que, aliás, já havia levado alguns autores como Coelho (2012) a referir-se à EIRELI como uma “sociedade limitada unipessoal”. Uma tentativa de concluir esse processo de substituição foi finalmente retomada em 2021 — mas a reforma final, no entanto, acabou por mais uma vez não se pautar por uma ruptura definitiva.

1.4 MP N. 1.040/2021 E O “FIM” DAS EIRELI NA LEI N. 14.195/2021

Com o surgimento da SLU, as Eireli, na prática, tornaram-se um instituto sem relevância. Criou-se um cenário em que, embora fosse possível em tese a abertura de uma nova entidade com o uso do antigo modelo, inexistiam incentivos para tanto, já que a SLU oferecia ao empresário as mesmas vantagens da unipessoalidade e da limitação de responsabilidade sem exigir a integralização imediata de cem salários-mínimos nem limitar quantidade de SLU que podem ser titularizadas por alguma pessoa. Apesar disso, as Eireli preexistentes à Lei da Liberdade Econômica, como se viu, manteriam a sua forma original, inexistindo na lei qualquer mecanismo de transformação de um tipo societário em outro.

Algum tempo depois, em março de 2021, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o texto da MP 1.040/2021 — mais uma vez invocando o objetivo de aprimorar o ambiente de negócios e desburocratizar procedimentos societários (BRASIL, 2021a). Dentre seus muitos assuntos, a redação original da MP não tratou da questão das sociedades unipessoais. Contudo, no curso de sua tramitação, ao projeto de conversão da MP em lei foram acrescentados dispositivos para: (1) extinguir a Eireli e (2) promover a conversão automática daquelas preexistentes em SLU. O Parecer do Senador Irajá Silvestre Filho (PSD/GO) explica essas alterações e seus fundamentos:

A proposição promove a extinção de uma espécie de pessoa jurídica: a Eireli (empresa individual de responsabilidade limitada). O motivo é que, em seu lugar, já existe a sociedade simples unipes-

soal, que passou a ser permitida desde o advento da Lei da Liberdade Econômica. Para tanto:

a) o art. 57, XXX, “a”, da proposição revoga o inciso IV do art. 44 do Código Civil — CC (que prevê a Eireli como pessoa jurídica), além do art. 980–A do CC;

b) o art. 41 da proposição estabelece a conversão automática das Eirelis em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração do ato constitutivo, tudo nos termos de regulamento do Drei.

Entendemos que a transformação automática das Eirelis em sociedades limitadas unipessoais afasta as burocracias que teriam de ser enfrentadas pelos inúmeros titulares de Eirelis. Haverá, no entanto, discussões quanto à constitucionalidade dessa regra da transformação automática diante da vedação de retroatividade de leis contra ato jurídico perfeito. O tema parece controverso. Seja como for, por entendemos pela constitucionalidade e considerando que será pouco provável qualquer judicialização sobre isso em razão da falta de prejuízo, a alteração em pauta é meritória. (BRASIL, 2021b, p. 418–419).

Observando os comentários do parecer, constata-se uma preocupação em dar seguimento ao processo de reforma iniciado em 2019, com a aprovação da Lei da Liberdade Econômica, completando a substituição da Eireli pela SLU. É interessante constatar que o ponto mais polêmico, de acordo com o Senador, não é tanto a questão da extinção da Eireli em si, mas sim eventuais controvérsias emergentes do processo automático de conversão (ainda que o legislador tenha procurado reforçar a competência do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração — DREI em regulamentar o tema mais tecnicamente).

Ao sancionar a lei, no entanto, a Presidência da República acabou adotando uma postura curiosa: manteve a regra que convertia as Eirelis em SLU, mas vetou os dispositivos que revogavam os artigos do Código Civil que tratavam daquele tipo de sociedade (art. 57, XXIX, alíneas “a” e “e” do Projeto de Lei de Conversão). Esses dispositivos, tal como se

apresentavam, incluíam não somente a revogação da Eireli, mas também das normas que diferenciam a disciplina das sociedades empresárias das simples — sendo intenção do legislador unificar o regime das sociedades em um só. Diante desse contexto, considerando a impossibilidade do veto parcial de texto de alínea e a magnitude do impacto que a sanção desse texto implicaria, o Executivo acabou por optar pelo veto de todo o dispositivo (BRASIL, 2021c, p. 37 e 38). O texto final da lei ficou assim redigido:

Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo.

Parágrafo único. Ato do DREI disciplinará a transformação referida neste artigo.

[...]

Art. 57. Ficam revogados:

[...]

XXIX — os seguintes dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil):

a) (VETADO);

[...]

e) (VETADO);

Em conclusão, embora a ideia original tenha sido a de extinguir a Eireli e converter as preexistentes em SLU, o que acabou ocorrendo foi somente o processo de conversão, enquanto os dispositivos disciplinadores da Eireli permaneceram em vigor. Concluída esta revisão, a seção seguinte define os tipos de reforma institucional propostos por Mahoney e Thelen (2009) a fim de que, na última parte, seja possível retornar aos eventos apontados acima e discutir em que medida a transformação do papel das sociedades unipessoais no Direito brasileiro pode ser interpretada por esta literatura.

2 PADRÕES DA REFORMA INSTITUCIONAL GRADUAL EM MAHONEY E THELEN (2009)

De acordo com North, “instituições” são compreendidas como “qualquer forma de restrição que os seres humanos criam para moldar a interação humana” (NORTH, 1990, p. 4, tradução nossa). Podem, nesse sentido, consistir tanto nas regras formalmente estabelecidas em uma sociedade (como as normas jurídicas constitucionais, legais e infralegais), quanto nos constrangimentos de ordem informal que orientam tabus, costumes, tradições e códigos de conduta. Em todo caso, por consistirem nas restrições comportamentais que estabelecem as “regras do jogo”, instituições formais e informais são, a seu modo, responsáveis por estruturar a interação política, econômica e social entre os mais diferentes atores. O estudo das instituições na área do Direito, sob esse enfoque, é particularmente relevante uma vez que, ao criar incentivos ou desincentivos ao comportamento humano, tais arranjos acabam por promover resultados qualitativamente distintos — alguns desejáveis, outros não. Assim, uma vez que se tem um objetivo nítido a ser perseguido (como, por exemplo, eliminar os entraves burocráticos ao exercício da atividade empresarial), é papel dos juristas, em conjunto com especialistas de outras áreas, identificar as falhas estruturais no ordenamento jurídico em vigor a fim de desenhar novas regras mais virtuosas e adequadas ao alcance desses fins e ao contexto da realidade que se faz presente em dado momento.

Como ressaltam Mahoney e Thelen (2009), durante muito tempo o foco do estudo de reformas institucionais esteve colocado sobre a investigação de eventos de profunda transformação — como em casos de crise em que se apresentam “janelas de oportunidade” ou “*critical junctures*” que desestabilizam as relações de poder de modo a favorecer iniciativas de ruptura ou de reforma. Contudo, a literatura mais contemporânea tem identificado que, na realidade, muitas vezes as “mudanças importantes ocorrem de forma incremental, através de ajustes aparentemente pequenos que, todavia, podem acumular-se em transformações significativas” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. xi, tradução nossa). Nem sempre as maiores modificações no longo prazo são aquelas que ocorrem repentinamente ou de forma intencional — mas são resultado de um processo

mais abrangente, gradual e que irradia seus efeitos de forma não prevista inicialmente.

Ao debruçar-se sobre os elementos que afetam a distribuição de poder e a criação de tensões e pressões fomentadores de mutações institucionais graduais, Mahoney e Thelen (2009) propõem um enquadramento teórico que identifica quatro padrões de reforma principais: (1) *displacement*, (2) *layering*, (3) *drift* e (4) *conversion*.

Displacement (Deslocamento) é a “remoção de regras existentes e a introdução de regras novas” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 15, tradução nossa). Os autores entendem que essa mudança pode se dar de forma mais ou menos abrupta conforme o caso. Como existe a substituição de um conjunto de regras antigo por um novo, é comum observar nesse processo a presença de agentes “vencedores” e “perdedores” — aqueles que se viam em desvantagem em um contexto antigo, pressionam por transformação do sistema para que possam, sob um novo regime, sair vitoriosos.

Layering (Disposição em camadas), em sentido diverso, é a “introdução de novas regras dispostas sobre ou ao lado de regras preexistentes” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 15, tradução nossa). Nota-se, portanto, que não existe, nesse caso, a introdução de instituições completamente novas — na verdade, o cenário pode ser mais bem descrito como a inserção de “emendas, revisões ou adições” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 16). Se por um lado não está presente o mesmo traço de ruptura que o *displacement* propõe, de outro, como observam os autores, é possível que exista uma transformação substancial do sistema nos casos em que a lógica do funcionamento da instituição é mudada em sua essência. Enquanto o *status quo* se mantém, cada pequena alteração se dirige à formação de um desenho institucional profundamente distinto no longo prazo.

Drift (Redirecionamento) descreve “a mudança no impacto de regras existentes em razão de alterações no seu entorno” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 16, tradução nossa). Sendo assim, não há, nesse caso, nem a substituição de regras antigas e nem a introdução de emendas. Na verdade, a instituição mantém-se, formalmente, com a mesma estrutura que possuía anteriormente, mas o seu funcionamento ou impacto são alterados em razão de transformações que se manifestam nas condições externas. Os autores citam como exemplo a hipótese em que mudanças

na população em um distrito eleitoral levam a distorções na representação de certos eleitores em relação a outros.

Conversion (Conversão), por fim, é “a mudança na implementação de regras existentes em razão de sua readequação estratégica” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 16, tradução nossa). Também nesse caso não ocorre a modificação formal da instituição. O que se transforma, porém, não são as condições externas como em um contexto de *drift*, mas o modo como as regras são interpretadas ou implementadas: os atores exploram o instrumental existente, alterando seus propósitos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS SOCIEDADES UNIPESSOAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO COMO UM CASO DE *LAYERING* QUE PERDEU A CHANCE DE SER *DISPLACEMENT*

Considerando os elementos apontados na seção anterior, é possível retornar ao conjunto de normas apresentado anteriormente a fim de investigar quais tipos de reforma institucional — *displacement*, *layering*, *drift* ou *conversion* — ocorreram no tema em estudo. O aspecto mais importante a mencionar envolve precisamente a opção do legislador em não suprimir, em cada oportunidade nova, nenhuma das disposições normativas existentes anteriormente. Nesse sentido, é possível verificar a existência quatro diferentes fases:

(1) Na primeira fase, que antecedeu a introdução das leis estudadas neste trabalho, autorizava-se somente a criação de sociedades unipessoais do tipo “sociedade subsidiária integral”, sendo esta uma companhia que possui como único sócio outra pessoa jurídica. Também se passa a permitir, com o Código Civil de 2002, a unipessoalidade em sociedades LTDAs de forma temporária e nas situações em que, durante o exercício da empresa, ocorre a concentração das quotas;

(2) Na segunda fase existe a criação de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada muito próxima à figura das LTDAs tradicionais. O legislador, porém, receoso de abusos e distorções, inseriu uma série de condicionantes que restringiram o uso desse

tipo de estrutura societária; também preferiu a utilização da expressão “Eireli” para diferenciar este novo instituto daqueles que existiam até então;

(3) Na terceira fase as LTDAs de um único sócio são finalmente acolhidas pela legislação nacional, que não estabelece em face delas qualquer distinção em relação às demais LTDAs — sendo esta, verdadeiramente, uma “LTDA de um sócio só”. As Eireli permanecem como tipo societário autônomo;

(4) Por fim, a quinta e última fase se propôs, em um primeiro momento, a concluir a reforma introduzida na etapa anterior, removendo a Eireli do ordenamento e substituindo-a pela SLU. No entanto, em vez disso, houve um processo de conversão do tipo mais antigo no mais novo, mas, novamente, as regras da Eireli continuaram formalmente em vigor.

Como esse caso envolve a introdução de regras novas — e não mudanças de aplicação de regras preexistentes, seja por motivos externos, seja por mudanças na interpretação dos institutos — não é possível observar a ocorrência dos fenômenos enquadrados como *drift* ou *conversion* pela literatura. Adicionalmente, também não é possível identificar, nesse processo, a figura do *displacement*, uma vez que não houve, em nenhum momento, a “remoção de regras existentes e a introdução de regras novas” (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 15, tradução nossa). Esse processo chegou a ser debatido na aprovação da SLU e quase ocorreu em 2021, não fosse o veto presidencial. Seja como for, ao final do processo todas as estruturas anteriores foram mantidas pelo legislador. Por esse motivo é possível concluir que a introdução das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada no direito brasileiro segue um padrão típico de reforma institucional de tipo *layering*, em que adições e emendas são dispostas em paralelo (e não em substituição) às estruturas institucionais antigas (MAHONEY; THELEN, 2009, p. 15).

Embora esse processo possa ser compreendido como uma transformação menos traumática do que uma abrupta mudança de regime, o que se nota é que as regras posteriores não são indiferentes aos regimes que vigoravam anteriormente. Na realidade, cada inovação modifica, ainda que

parcialmente, o sentido as disposições que lhe antecederam. Sobre esse ponto, alguns exemplos mais notórios podem ser citados.

Com a previsão de que Eireli poderiam ser formadas a partir da concentração de quotas em quaisquer sociedades, incluindo as de tipo LTDA, o legislador enfraquece (senão torna sem efeito) a regra da dissolução compulsória nos casos em que ocorrer a concentração de quotas sob a titularidade de um único sócio por um prazo superior a 180 dias. Na realidade, em vez de a sociedade unipessoal se dissolver, como ocorria antes, no novo regime ela seria convertida em uma Eireli (caso, evidentemente, preenchesse os requisitos legais para a sua formação). A superação dessa regra torna-se ainda mais evidente, em um segundo momento, com a Lei n. 13.874/2019, já que, nesse caso, não há distinção alguma entre a LTDA tradicional e a SLU. Em outras palavras: como seria possível manter a regra que prevê a penalidade de dissolução compulsória das sociedades em razão da concentração de quotas por prazo superior a 180 dias quando, no regime atual, estas sociedades, em vez de dissolvidas, passarão a ser transformadas em SLUs?

Outro exemplo de regras que perderam o sentido pode ser encontrado no grande número de restrições impostas pelo legislador para a criação de Eireli. Sob o regime em vigor, nenhuma dessas condicionantes impede o empresário individual de exercer a empresa através de uma pessoa jurídica com responsabilidade limitada. Pelo contrário, se este desejar criar mais de uma entidade desse tipo ou se não tiver à disposição a quantia de 100 salários-mínimos para pronta integralização, como exige a Lei n. 12.441/2011, não existe nenhum óbice à criação de uma SLU em vez de uma Eireli, já que em relação àquela nenhuma dessas regras são aplicáveis. Assim, quais motivos sobram para que um empresário, a partir de 2019, prefira constituir uma Eireli em vez de uma SLU? A conversão do primeiro tipo societário no segundo, portanto, tal como consolidada pela Lei n. 14.195/2021, encontra-se amparada por essa lógica — mas o processo total de deslocamento não foi concluído, mais uma vez, ainda que se possa dizer que para todos os efeitos práticos as Eireli já perderam a sua relevância.

Os pontos apresentados acima representam apenas algumas reflexões que podem ser apresentadas, neste trabalho preliminar, a partir das observações que foram aqui desenvolvidas. Outras poderão ser mais bem

discutidas por outras pesquisas a partir dos comentários e hipóteses aqui levantados. De todo modo, pode-se dizer desde logo que, diante dessa multiplicidade de estruturas subsistindo simultaneamente — muitas delas, como se viu, incompatíveis entre si —, o sistema jurídico brasileiro torna-se, inquestionavelmente, mais complexo. Fica evidente, também, que pequenas alterações no arranjo institucional importam no longo prazo, ainda que de forma gradual e por vezes sem que seus desdobramentos sejam previstos desde o início. Mesmo que o legislador procure evitar rupturas, é certo que o direito societário que resulta desse processo é muito distinto daquele que havia antes das reformas aqui trabalhadas. Se a permanência destas normas que foram superadas terá alguma utilidade, se sua aplicação será motivo de insegurança jurídica ou se simplesmente o tempo fará com que a eficácia social se enfraqueça pelo desuso, é simplesmente impossível dizer neste momento. Ainda assim, mudanças fundamentais, de fato, ocorreram. Seu impacto, ao que parece, será inevitável.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados (Sessão de 13 de fevereiro de 2009)**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2009a. (Ano LXIV, nº 24).
- BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados (Sessão de 15 de abril de 2009)**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2009b. (Ano LXIV, nº 61).
- BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados (Sessão de 15 de dezembro de 2010)**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2010. (Ano LXV, nº 181).
- BRASIL. **Diário do Congresso Nacional (Sessão de 18 de julho de 2019)**. Congresso Nacional. 2019. (Ano LXXIV, nº 26).
- BRASIL. **Medida Provisória n. 1.040 de 29 de março de 2021**. Poder Executivo Federal. Brasília, 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3AaKTck>. Acesso em: 2 out. 2021.
- BRASIL. **Diário do Senado Federal (Sessão de 5 de agosto de 2021)**. Senado Federal. 2021b. (Ano LXXVI, nº 121).

BRASIL. **Estudo do Veto nº 45/2021 (Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei de Conversão nº 15 de 2021)**. Presidência da República, 2021c.

BRASIL. **Medida Provisória n. 881 de 30 de abril de 2019**. Poder Executivo Federal. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2K-Jey8t>. Acesso em: 24 nov. 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. A Sociedade Unipessoal no Direito Brasileiro. **Lex Magister**, sem data, sem paginação. Disponível em: <https://bit.ly/2UXkPiz>. Acesso em: 24 nov. 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. Volume II: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAVA, Guilherme. Padrões de reforma institucional e a introdução de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada no direito societário brasileiro. **Revista da UniPaulistana**, Centro Universitário Paulistano, n. 1, v. 1, p. 86–108, 2020.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. **Explaining institutional change: ambiguity, agency and power**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Volume II. 29. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARTIGOS – RELAÇÕES INTERNACIONAIS

ANÁLISE DA INTEROPERABILIDADE COMO INSTRUMENTO DISSUASÓRIO DE DEFESA INTERNACIONAL

*Osmar Rosales Júnior*⁷⁹

INTRODUÇÃO

As teorias de relações internacionais delimitam e tentam compreender o comportamento dos Estados nos diferentes contextos globais, buscando abranger todos os caminhos traçados para manutenção da soberania nacional e os instrumentos utilizados para isso. A corrente realista entende que o poder é o elemento central das relações internacionais, e sua regulação de forma global seria considerada impossível e utópica; dessa forma, cada Estado continua buscando a supremacia de suas forças sobre os demais (HOBBS, 2003). O idealismo acreditava que a paz e prosperidade no cenário internacional seriam garantidas pela democracia e pelo livre comércio, os quais promoveriam a cooperação e solução dos conflitos, através da negociação entre os atores globais (KANT, 2008). No contexto global, independente da corrente teórica basilar, o conceito de soberania sempre está relacionado à independência do Estado em relação a outros atores estatais, e o reconhecimento da capacidade de definir seu próprio destino, livre de interferências exteriores. A defesa nacional engloba ações

79 Mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea (UNIFA), Brasil. Formado em Administração Pública e Ciências da Logística pela Academia da Força Aérea (2014).

estatais de preservação da integridade das pessoas e contribui para a proteção coletiva e individual dos membros da sociedade, fornecendo a principal justificativa para o exercício da soberania e do monopólio do uso legítimo da força (VICTORIA, 2018).

A defesa e manutenção da soberania de um Estado é exercida por meio de diversas funções e ações, que envolvem estratégias diretas de imposição do poder de combate, através do controle de ameaças externas, mediante ao desenvolvimento de um poder dissuasório efetivo. Uma das funções de defesa é representada pela capacidade de execução das operações militares em prol dos interesses do Estado, utilizando-se de ações de inteligência, logística, comando e controle, proteção e movimento. A aplicação efetiva da violência é concebida pelo conjunto de meios destrutivos que as forças armadas possuem. Por outro lado, os Estados também devem prezar pela prevenção das ações adversárias, mantendo o alto nível de suas capacidades físicas, cognitivas e morais, de maneira confiável, proativa e persuasiva. A quantidade e especialmente a qualidade desses meios elevam o custo percebido por um adversário a um nível de tornar inaceitável a relação entre risco e benefício de uma ação (WASSER *et al.*, 2018). A existência de meios e sua pronta disponibilidade em diferentes momentos e locais é considerada essencial, independente do papel estratégico que as forças armadas venham a desempenhar — combate efetivo ou dissuasão —, e nesse contexto nasce a necessidade de tratar a cooperação entre os atores aliados como ponto central nos assuntos militares.

Ao longo da década de 70 observou-se o aprofundamento dos conceitos relacionados a interdependência global e interoperabilidade entre os países. As teorias realistas passaram a ser questionadas, trazendo para o cenário de debate as ideias neoliberalistas, que defendem a influência e reflexos das ações de cada país no contexto mundial e na atuação de seus aliados e opositores, expondo o conceito de dependência mútua e interdependência complexa. A dependência mútua mostra que em diversos campos da sociedade, tais como o econômico, o político, o social e o de defesa, existe dependência entre os atores internacionais, de maneira que os benefícios e perdas geradas para um país podem representar perdas ou ganhos para outros. A definição de interdependência relaciona-se às situações nas quais os protagonistas ou acontecimentos em diferentes partes de um sistema afetam-se mutuamente (NYE, 2009). A década de 90 trou-

xe o alinhamento dos conceitos de interdependência e interoperabilidade com o desenvolvimento de sistemas de informação e aumento do fluxo de dados em todos os níveis organizacionais, buscando sempre obter mais lucros ao longo da cadeia produtiva (MANOLA, 1995).

O desenvolvimento da interoperabilidade pode ser encarado como um dos principais instrumentos responsáveis pelo aprimoramento das relações entre os países no cenário das operações militares de defesa. A interoperabilidade abrange um vasto campo de atuação, que é influenciado desde o nível político, com a atuação dos órgãos governamentais, até o nível operacional, com a execução das tarefas propriamente ditas. Os níveis mais rasos têm foco na padronização e compatibilidade técnica de equipamentos, os níveis intermediários desenvolvem a interconectividade entre sistemas e os níveis superiores desenvolvem a comunicação entre organizações. O ambiente estratégico de defesa é moldado por relações efetivas de cooperação mútua e contínua entre os parceiros, aumentando a legitimidade das operações e principalmente a eficiência no cumprimento dos objetivos militares de defesa, o que aumenta a capacidade individual de cada país, permite a divisão de encargos entre os parceiros e fortalece o posicionamento da soberania dos países no cenário internacional (MOON; FEWELL; REYNOLDS, 2008).

A partir do exposto, o objetivo deste artigo é apresentar uma análise de sete diferentes tipos de interoperabilidade e suas influências no planejamento e execução da dissuasão. A justificativa deste estudo está na necessidade da compreensão antecipada, tanto da esfera política quanto da militar, dos desafios de interoperabilidade e interdependência entre países e forças aliadas, para a produção de efeitos dissuasórios no contexto atual das relações internacionais. A relevância do artigo concentra-se na proposta de mapeamento das necessidades e características de interoperabilidade para apoiar o planejamento e geração de dissuasão de defesa, o que poderá ajudar na avaliação das atuais condições de cooperação de defesa internacional e, como consequência, na formulação de estratégias para seu aperfeiçoamento. Como limitação deste trabalho, estão o foco nos tipos de interoperabilidade considerados principais pelo autor, no contexto da defesa militar, abstendo-se de descrever todas as formas de interoperabilidade encontrados na literatura; além de tratar do conceito de dissuasão convencional, no emprego de forças militares no combate regular, furtan-

do-se de discorrer sobre tipos de ações irregulares, e a atenção voltada às ameaças eminentemente externas.

Após apresentação introdutória do contexto, objetivo, justificativa, relevância e limitação do trabalho, que tipificaram a pesquisa, o artigo é organizado em cinco partes principais. A primeira e segunda parte apresentarão, sequencialmente, na forma de uma revisão da literatura, conceitos relacionados à interoperabilidade e à dissuasão, envolvendo definições, características e processos, que servirão de subsídios para a análise subsequente. A terceira parte, composta por sete seções, apresentará o exame de cada um dos tipos de interoperabilidade à luz de seus prováveis impactos na dissuasão. Como referências descritivas, serão consideradas as peculiaridades de cada tipo de interoperabilidade no contexto de cooperação entre países aliados, destinados ao cumprimento dos mesmos objetivos e estratégias de defesa, que busquem a dissuasão como instrumento para evitar o combate bélico. A quarta parte dedica-se a implicações da análise das consequências da organização da interoperabilidade no planejamento estratégico dos países e suas forças militares. Por fim, a última parte do artigo encerra o estudo, resumindo os principais resultados e apontando propostas de continuidade da pesquisa.

1 INTEROPERABILIDADE

O conceito de interoperabilidade é apresentado de diversas maneiras na literatura, desde sua forma mais abrangente até sua forma mais específica, sendo o resultado da evolução das experiências vivenciadas por diversos entes internacionais, de caráter público e privado, e da necessidade de gerenciar as relações comerciais, a cooperação entre aliados, o suporte logístico, a eficiência produtiva, e o combate a ameaças à defesa territorial. Apesar da larga quantidade de definições, os diversos conceitos representam um subconjunto da definição estipulada pelo DOD (Department of Defense U.S.)⁸⁰ em 1977, que aparece como a mais citada ao longo da história, e estabelece interoperabilidade como a capacidade dos sistemas, unidades ou forças de fornecer e aceitar serviços de outros sistemas, unidades ou forças e usar os serviços trocados para permitir que operem junto de forma eficaz (FORD *et al.*, 2007).

80 Tradução: Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

A aplicação da interoperabilidade pode ser dividida em diversos segmentos e categorias, o que impõem a necessidade de classificação do conceito em tipos específicos de interoperabilidade. Ao longo do tempo as pesquisas bibliográficas firmaram o conhecimento sobre a existência de sessenta e quatro tipos de interoperabilidade (FORD *et al.*, 2007). Os principais tipos de interoperabilidade podem ser divididos em dois grupos basilares: aqueles que tratam dos aspectos técnicos da interoperabilidade entre sistemas (interoperabilidade técnica, de sistemas e logística), e aqueles que lidam com interoperabilidade transacional entre organizações, por vezes denominada operacional ou não técnica (interoperabilidade organizacional, comportamental, doutrinária e cultural) (MOON; FEWELL; REYNOLDS, 2008). Como já citado, apesar da ampla variedade de classificações dos tipos de interoperabilidade, a presente pesquisa limitou-se a definição dos tipos considerados pelo autor como principais constituintes e influenciadores das atividades voltadas para as estratégias de dissuasão.

Dentro do contexto da ciência de defesa, a interoperabilidade pode ser vista não apenas como uma sugestão de emprego, mas sim como um instrumento necessário à eficiência das ações de defesa. A necessidade da interoperabilidade está associada a implantação e emprego da capacidade militar de maneira unificada, em uma força de parceria, que permita a alavancagem de economias de escala, o aperfeiçoamento de capacidades e o compartilhamento de *commodities*⁸¹ com os aliados. É extremamente necessário que exista a possibilidade de integração de experiências, unidades e plataformas de sustentação em um campo de batalha, construindo na interoperabilidade a função de diminuição dos encargos individuais e diluição das responsabilidades entre os parceiros. A concordância sobre a padronização e interoperabilidade das ações logísticas no teatro de operações (gestão de materiais, manutenção, transporte, finanças, serviço de pessoal, apoio de saúde e segurança) permite que uma coalizão possa organizar suas atividades de apoio e avançar rapidamente para as fases subsequentes do combate (FOGG *et al.*, 2020).

81 Commodities: produtos básicos globais não industrializados; matérias-primas que não se diferem independente de quem as produziu ou de sua origem, sendo seu preço uniformemente determinado pela oferta e procura internacional.

2 DISSUAÇÃO

A ação de dissuasão é originária de meados do século XIX, porém, suas características e conceitos evoluíram ao longo do tempo, adaptando-se às realidades, limitações e diferentes interesses nacionais. A dissuasão é entendida atualmente como a ação oportuna que visa impedir conflitos antes que um adversário se coloque em posição de vantagem ameaçadora, buscando a manutenção do *status quo*, por meio do convencimento de que o custo de uma ação indesejada é maior do que os benefícios adquiridos (FILLIPIDOU, 2020). Tal conceito sintetiza-se no ato de persuadir o inimigo de que este deveria, em seu próprio interesse, evitar empregar certas linhas de ação (SCHELLING, 1960). A história é repleta de exemplos de combatentes cujas estratégias de vitória se fundamentam em abater a motivação do adversário em continuar com a luta, ao invés da destruição do poder de combate (ECHEVARRIA II, 2003). Por outro lado, a limitação da racionalidade é um elemento contraditório das teorias dissuasórias. A racionalidade de um Estado é subjetiva e relativa, pois pressupõe que as partes envolvidas em um conflito deveriam sempre mensurar os custos-benefícios de forma igual, porém os atores acabam aplicando a lógica como bem entendem, o que pode fazer com que a dissuasão exerça o efeito contrário, impulsionando o adversário a iniciar um combate (FILLIPIDOU, 2020).

A dissuasão pode se apresentar em duas fases principais: geral e imediata. A dissuasão geral é definida como o esforço contínuo e persistente que um Estado empreende a longo prazo para prevenir ações indesejadas por parte de outro Estado, e em situações não tipificadas pela existência de crises. O objetivo do Estado é a redução da possibilidade do emprego da dissuasão imediata (MAZARR, 2018). A dissuasão geral implica uma posição política de regulação da relação e equilíbrio de poder com um possível adversário, na busca pela manutenção de um nível de forças satisfatório, não enxergando a guerra como uma iminente (DOUGHERTY; PFALTZGRAFF, 2003). A sistemática da dissuasão geral pode ser considerada ineficiente a partir do momento em que uma crise ou uma disputa militarizada emerge, visto que não atingiu o objetivo para o qual foi implementada (HULTH, 2019). Um exemplo de dissuasão geral envolve as promessas dos Estados Unidos, durante o século XX, de punição à antiga

União Soviética no caso de um ataque à Europa ocidental, contribuindo para a inação soviética em uma possível ofensiva nuclear.

A definição de dissuasão imediata segue uma linha diferente da dissuasão geral, atuando em um viés de prazo reduzido e alta necessidade. A dissuasão imediata representa um conjunto de tentativas urgentes, conduzidas em um curto espaço de tempo, para prevenir um ataque específico e iminente, tipicamente durante uma situação de crise (MAZARR, 2018). Essa fase da dissuasão implica em uma situação específica em que um dos lados passa a considerar a possibilidade de realizar um ataque, enquanto o outro lado prepara uma ameaça de retaliação para impedir que esse ataque aconteça. Nesse sentido, ambos estão conscientes da possibilidade concreta de um conflito escalar (DOUGHERTY; PFALTZGRAFF, 2003). Igualmente à dissuasão geral, a estratégia da dissuasão imediata é considerada falha a partir do início de uma agressão militar e o início da guerra (HULTH, 2019). Ela ocorre com mais frequência em conflitos territoriais entre Estados vizinhos. Um exemplo da dissuasão imediata foi o conflito árabe-israelense, no qual Israel confiou na vasta imposição de suas próprias forças militares para tentar dissuadir os vizinhos árabes de iniciar o conflito, porém acabou não evitando que os árabes encetassem a invasão territorial.

3 INTEROPERABILIDADE E DISSUAÇÃO

A dissuasão pode ser afetada pelo desempenho e capacidade de atuação conjunta das forças militares, tanto no contexto nacional, quanto com parceiros internacionais. Isso se manifesta na eficiência do planejamento de cooperação entre parceiros e na capacidade de suporte conjunto às ações de combate. O preparo de atores heterogêneos para atuação de forma homogênea está vinculado ao atingimento de níveis consideráveis de interoperabilidade técnica, de sistemas, logística, doutrinária, organizacional e cultural. Essa qualificação permite ao Estado, pertencente a uma coalizão, demonstrar seu poder e capacidade de mobilizar, com celeridade e precisão, seus meios bélicos, diante da ameaça de possíveis adversários. Por outro lado, o atingimento de uma elevada capacidade de cooperação militar, exige o entendimento claro dos requisitos específicos de cada tipo de interoperabilidade. Essas exigências serão exploradas na sequência.

3.1 INTEROPERABILIDADE TÉCNICA

Dentre os tipos de interoperabilidade, a interoperabilidade técnica é caracterizada pela utilização eficiente das possibilidades, recursos e serviços fornecidos pelo ambiente, com foco na capacidade de coletar, manipular, distribuir, disseminar e apresentar dados e informações, geralmente associadas a componentes de *hardware* e *software* (TOLK, 2003). O desenvolvimento de características, condições e capacidades que permitam a correta apresentação, dimensionamento e distribuição de informações auxilia diretamente na velocidade das decisões e ações executadas por uma coalizão. A incapacidade de comunicação entre sistemas ou o uso de linguagens informacionais diferentes acarretará em diversas dificuldades de entendimento e interpretação de dados, que podem influenciar no nível de cooperação entre parceiros, resultando em uma baixa capacidade de mobilização de recursos, prontidão e sustentação em combate, o que reflete no potencial de gerar a dissuasão. Tais fatores sinalizam a possíveis adversários que a coalizão pode não possuir um nível de comunicação e padronização de linguagem adequado para o caso de um conflito. Dessa forma, a integração dos aspectos técnicos de dados e informações possibilita o aprimoramento da capacidade de atuação conjunta de parceiros, elevando suas potencialidades combativas e conseqüentemente seu poder dissuasório.

3.2 INTEROPERABILIDADE DE SISTEMAS

A interoperabilidade de sistemas refere-se à capacidade de dois ou mais sistemas ou componentes específicos de cada sistema trocarem informações, buscando a melhoria da eficiência das atividades conjuntas ou individuais, podendo considerar tanto sistemas informatizados, quanto sistemas estruturais (SANTIAGO *et al.*, 2019). A adequação do sistema estrutural de uma coalizão faz-se necessária para compilação das estruturas individuais em um modelo único a ser seguido, que busque o alinhamento das linguagens e objetivos de cada ator com as necessidades e metas definidas pela coalizão. A estrutura sistemática conjunta permite a unicidade na cadeia de ações e a padronização de atividades e procedimentos a serem adotados, resultando na elevação do nível de organização, comunicação e

capacidade decisória no teatro de operações. A padronização dos sistemas estruturais demonstra a elevada capacidade de cooperação, comunicação e principalmente singularidade de decisões, o que coloca a coalizão em vantagem sobre possíveis adversários. Tal vantagem tem peso significativo na decisão adversária de refutar o combate, cumprindo assim as premissas da dissuasão.

3.3 INTEROPERABILIDADE LOGÍSTICA

A interoperabilidade logística vai ao encontro da necessidade de compartilhar informações, ações e estruturas ao longo da cadeia de suprimentos, desde o relacionamento inicial com fornecedores, até execução da atividade final propriamente dita, pois a logística perfaz a conexão entre os atores e oferece às organizações elementos importantes para a eficácia da relações internas e externas (SANTIAGO *et al.*, 2020). A compatibilidade de estruturas e processos logísticos permitirá aos atores de um mesmo grupo a execução correta da sequência de ações dentro da cadeia de suprimentos, refutando necessidades individuais e priorizando as capacidades e específicas do grupo. O compartilhamento das ações logísticas proporcionará celeridade no ressuprimento de insumos ao teatro de operações, tanto para apoio ao homem, quanto para apoio à máquina, sempre focado na manutenção das capacidades de combate. O elevado nível de integração logística permite o posicionamento de destaque da coalizão diante de um possível conflito, deixando claro aos adversários suas capacidades de mobilização conjunta e permanência em combate, o que conduz à assertividade dos efeitos dissuasórios.

3.4 INTEROPERABILIDADE ORGANIZACIONAL

A interoperabilidade organizacional está relacionada à capacidade de uma estrutura organizacional aceitar serviços de outras organizações ou unidades, com a inserção das atividades dentro de sua cadeia de trabalho, sem necessidade de alterações significativas, permutando procedimentos de forma eficiente (SANTIAGO *et al.*, 2019). A estrutura organizacional dos indivíduos de uma coalizão deve possibilitar mudanças de funções e atividades, em prol da padronização de procedimentos e adequação às necessidades

dos outros parceiros envolvidos nas operações, bem como da estrutura necessária ao grupo. A flexibilidade para alterações e adequações na estrutura organizacional é característica basilar para elevação do nível de interoperabilidade entre parceiros. A unificação da estrutura organizacional de um grupo permite a definição conjunta de procedimentos, e proporciona maior celeridade no processo decisório e nas ações dentro do teatro operacional, visto que todos os atores seguem uma única cadeia estrutural de atividades e comandos. A uniformidade organizacional demonstra a capacidade de operar de forma eficiente, sem duplicidade de comandos e ações, expondo a possíveis adversários que a coalizão se encontra preparada para atuar de forma conjunta, o que aumenta seu poder dissuasório frente aos oponentes.

3.5 INTEROPERABILIDADE COMPORTAMENTAL

A interoperabilidade comportamental tem como foco a capacidade dos atores combinarem suas ações, desenvolvendo estruturas específicas para cada tipo de ação realizada, buscando o intercâmbio de comportamento entre objetos e sistemas, tudo em prol de um objetivo comum (MARZAK; SAEL; AIT ABDELOUAHID, 2018). As ações desenvolvidas por um grupo de aliados devem estar alinhadas com o comportamento necessário à concretização dos objetivos finais da coalizão, permitindo que as respostas processadas pelos diferentes sistemas sejam únicas e de compreensão conjunta, afetando diretamente o comportamento humano e das máquinas envolvidos nas operações. O intercâmbio comportamental faz-se necessário para o aperfeiçoamento e a padronização de ações, o compartilhamento do capital intelectual de cada parceiro em prol do grupo e, principalmente, a realização de ajustes do comportamento dos diversos sistemas de cada ator — sejam sistemas estruturais, logísticos ou organizacionais. A união das experiências individuais em prol da construção de um comportamento único permite a elevação do nível de organização do grupo e o aprimoramento de sua capacidade de ação frente a possíveis situações de conflito, tendo como consequência a melhoria significativa de suas estratégias de dissuasão.

3.6 INTEROPERABILIDADE DOUTRINÁRIA

A interoperabilidade doutrinária corrobora com a necessidade de uma base doutrinária comum, objetivando compartilhar conhecimentos

e capacidades, evoluindo o nível de coordenação, de pensamento profissional, de desenvolvimento de uma linguagem apropriada e da unificação de exercícios e métodos de decisão (MUNK, 2002). As doutrinas que regem as atividades de um grupo devem procurar respeitar as características individuais de cada ator, porém focadas na necessidade de produção de ações conjuntas definidas em diretrizes únicas. A doutrina deve ter como base teorias devidamente comprovadas e validadas, que se adequem aos propósitos operacionais do grupo, não existindo tempo e espaço para validação de teorias em combate. A teoria não pode ser encarada como especulação, mas um conjunto de princípios fundamentais, que se constituem em instrumento científico apropriado na procura e explicação de fatos (LAKATOS; MARCONI, 2010). Dessa forma, o compartilhamento de informações e comportamentos é essencial para a padronização doutrinária, o que permite uma unidade nas bases que justifica as ações operacionais, evitando tomadas de decisões que fujam aos objetivos propostos pelo grupo. A unificação de uma base doutrinária deixa claro a capacidade de organização e alinhamento de diretrizes, possibilitando que as ações sejam realizadas com elevado grau de eficiência, representando uma vantagem sobre os adversários e fator preponderante em ações dissuasórias.

3.7 INTEROPERABILIDADE CULTURAL

A interoperabilidade cultural surge do reconhecimento que outros entes podem abordar os problemas de maneira diferente. A cooperação cultural tem o potencial de corrigir estereótipos negativos, solidificar laços, valorizar o capital intelectual e contribuir para a gestão de crises. (PAGET, 2016). O compartilhamento cultural na área de defesa mostra-se voltado principalmente para a observação das experiências de combate dos aliados, bem como a incorporação desse aprendizado nas ações de planejamento logístico, na construção doutrinária e no treinamento operacional. O compartilhamento de culturas permite identificar os pontos fortes de cada aliado, definindo com eficiência os papéis e as responsabilidades de cada ente da coalizão e evitando o chamado paradoxo da separação — no qual a falta de estudo e cooperação entre as forças leva a um ímpeto errôneo de tentar cumprir todas as funções operacionais dentro da esfera de comando individual de cada força, resultando na duplicidade de apoio e acúmulo

de recursos logísticos em prol de uma mesma tarefa, o que produz uma atmosfera de desorganização e desperdício financeiro e vai de encontro às bases doutrinárias da interoperabilidade (JACKSON, 2018). O aproveitamento do potencial cultural de cada membro de um grupo permite o fortalecimento das ações militares e do poderio bélico de todo o conjunto, proporcionando efetividade nas manobras do teatro de operações. O elevado nível de experiência cultural coloca o grupo em posição de destaque no cenário de possíveis conflitos, pois reúne características que o tornam superior a seus adversários e também elevam significativamente a potência de suas atitudes dissuasórias.

4 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A análise individual de cada tipo de interoperabilidade permite compreender sua influência na capacidade dissuasória das forças militares de um Estado ou de uma coalizão, colocando os atores em posições superiores a possíveis adversários. A integração dos aspectos voltados para interoperabilidade técnica possibilita o aprimoramento da manipulação de dados e informações, o que eleva a eficiência de atuação conjunta e o poder dissuasório de um grupo. A padronização de sistemas estruturais evolui a cooperação entre parceiros e a singularidade de decisões, o que estabelece uma vantagem sobre os adversários, que são levados a refutar a decisão de combate. No campo da integração logística, a interoperabilidade permite o aumento da capacidade de mobilização conjunta e a permanência em combate, o que conduz a efeitos dissuasórios positivos. A uniformidade organizacional proporciona maior celeridade no processo decisório e nas ações dentro do teatro operacional, o que simboliza aos adversários alta capacidade de atuação conjunta e de exercer influência dissuasória. O compartilhamento de aspectos comportamentais permite a elevação do nível de organização do grupo diante do conflito, e como consequência a melhoria de suas estratégias de dissuasão. No tocante às bases doutrinárias, a unicidade de doutrinas permite maior organização e alinhamento de diretrizes, o que corrobora com as premissas da dissuasão. Por fim, o aproveitamento do potencial cultural de cada membro fortalece o poderio bélico e coloca uma coalizão em vantagem no combate, também influenciando diretamente no seu poder de dissuasão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi apresentar uma análise de sete diferentes tipos de interoperabilidade e sua influência na execução das atividades de dissuasão, tendo como base os tipos de interoperabilidade voltados para as ações militares. O estudo justificou-se pela necessidade da compreensão dos desafios de interoperabilidade e interdependência entre países e forças aliadas para a produção de efeitos dissuasórios no contexto atual das capacidades tecnológicas e relações internacionais. A relevância do artigo concentrou-se na proposta de mapeamento das características de interoperabilidade para apoiar o planejamento e a geração de dissuasão de defesa, o que poderá ajudar na avaliação das atuais condições de cooperação de defesa internacional e, como consequência, na formulação de estratégias de aperfeiçoamento.

Observou-se que o DOD (Department of Defense U.S.) estabelece interoperabilidade como a capacidade dos sistemas, unidades ou forças de fornecer e aceitar serviços de outros sistemas, unidades ou forças e usar os serviços trocados para permitir que operem junto de forma eficaz (FORD *et al.*, 2007). A dissuasão é entendida atualmente como a ação oportuna que visa impedir conflitos antes que um adversário se coloque em posição de vantagem ameaçadora, buscando a manutenção do *status quo*, por meio do convencimento de que o custo de uma ação indesejada é maior do que os benefícios adquiridos (FILLIPIDOU, 2020). Dessa forma, fica claro que os conceitos de interoperabilidade e dissuasão estão relacionados, visto que a capacidade de atuar de forma interoperável permite o aumento do grau de planejamento e organização; por consequência, propicia destaque perante possíveis adversários e elevação do poder dissuasório.

A análise dos diversos tipos de interoperabilidade traz a constatação de sua influência direta nos efeitos dissuasórios. O compartilhamento técnico permite a manipulação de dados e informações; a padronização de sistemas e estruturas organizacionais estabelece uniformidade de decisões e ações, da mesma forma que a unificação de bases doutrinárias regula todos os aliados sob as mesmas diretrizes; o aprimoramento dos aspectos culturais e comportamentais corrobora com o compartilhamento de experiências e o aprimoramento conjunto dos parceiros; e a integração da cadeia logística estabelece a possibilidade de um apoio rápido e preciso aos

aliados em combate. Dessa forma, a capacidade de um grupo trabalhar em unísono diante de todos os aspectos citados faz com que suas forças sejam temidas e provoquem efeitos relacionados diretamente à dissuasão.

Por fim, constata-se que a amplitude do relacionamento entre interoperabilidade e dissuasão é muito vasta, não sendo possível abordar todos os aspectos necessários em uma única pesquisa. Tal lacuna deixa sugestões para futuras pesquisas voltadas ao aprofundamento das características da relação entre interoperabilidade e dissuasão, abordando as diferentes estratégias ligadas aos dois assuntos e suas relações ao longo dos diversos conflitos armados ocorridos na história da humanidade.

REFERÊNCIAS

DOUGHERTY, James E.; PFALTZGRAFF, Robert L. Jr. **Relações Internacionais: As Teorias em conflito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 2003.

ECHEVARRIA II, Antulio J. **Globalization and the Nature of War**. Strategic Studies Institute of the US Army War College (SSI), 2003.

FILLIPIDOU, Anastasia. **Deterrence: Concepts and Approaches for Current and Emerging Threat**. New York: Springer International Publishing, 2020.

FOGG, Maj. Gen. Rodney *et al.* Interoperability: Embrace it or Fail! **The United States Army**, [S. l], p. 1–8, 10 fev. 2020. Disponível em: https://www.army.mil/article/231653/interoperability_embrace_it_or_fail. Acesso em: 04 mar 2021.

FORD, T. C. *et al.* A Survey on Interoperability Measurement. *In: TWELFTH INTERNATIONAL COMMAND AND CONTROL RESEARCH AND TECHNOLOGY SYMPOSIUM*, 19–21 jun. 2007. **A Survey on Interoperability Measurement**. Newport, RI, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- HUTH, P. K. Deterrence And International Conflict: Empirical Findings and Theoretical Debates Annu. **Rev. Polit. Sci.**, 1999.
- JACKSON, A. P. The Four Aspects of Joint: A Model for Comparatively Evaluating the Extent of Jointness within Armed Forces. **Joint Studies Paper Series**, n. 2, 2018.
- KANT, Immanuel. **Idealismo e a Carta da ONU**. Curitiba: Juruá, 2008.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MANOLA, Frank. Interoperability issues in large-scale distributed object systems. **ACM Computing Surveys (CSUR)**, v. 27, n.2, p. 268–270, 1995.
- MARZAK, A.; SAEL, N.; AIT ABDELOUAHID, R. Prototype Models of IoTs Interoperability. **International Journal of Computer Science and Information Security**, v. 16, n. 3, p. 133–140, 2018.
- MAZARR, Michael J. **Understanding Deterrence**. Santa Monica: RAND Corporation, 2018.
- MOON, T.; FEWELL, S.; REYNOLDS, H. The What, Why, When and How of Interoperability. **Defense & Security Analysis**, v. 24, n. 1, p. 5–17, mar. 2008.
- MUNK, S. An analysis of basic interoperability related terms, system of interoperability types. **Academic and Applied Research in Military Sciences**, v. 1, n. 1, p. 117–131, 2002.
- NYE, Joseph. **Soft Power: The Means to Success in World Politics**. São Paulo: Publicaffairs, 2009.
- PAGET, S. Interoperability of the Mind. **The RUSI Journal**, v. 161, n. 4, p. 42–50, 3 jul. 2016.
- SANTIAGO, S. B. *et al.* A method to measure logistic interoperability using structural equation modelling. INTERNATIONAL CONFERENCE ON INDUSTRIAL ENGINEERING AND OPE-

RATIONS MANAGEMENT. *In: Proceedings of the International Conference on Industrial Engineering and Operations Management*, p. 2269–2280, jul. 2019.

SANTIAGO, S. B. *et al.* A link between Logistics and Interoperability. **International Journal in Management and Social Science**, v. 4, n. 7, p. 631–636, 2020.

SCHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1960.

TOLK, A. Beyond Technical Interoperability-Introducing a Reference Model for Measures of Merit for Coalition Interoperability. *In: INTERNATIONAL COMMAND AND CONTROL RESEARCH AND TECHNOLOGY SYMPOSIUM*, 8., p. 46, 2003.

VICTORIA, Artur. **About National Defence: New Democracy Vulnerabilities**. Lisboa: Universidade Autonoma de Lisboa Luis de Camões, 2018.

WASSER, Becca; CANNABLE, Ben; ATLER, Anthony; SLADDEN, James. **Comprehensive Deterrence Forum: Proceedings and Commissioned Papers**. Santa Monica: RAND Corporation, 2018.

A REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA DE GRADUAÇÃO ESTRANGEIRO EM CONJUNTO COM O PROGRAMA MAIS MÉDICO E O REVALIDA

*Michael Lemes Monteiro*⁸²

INTRODUÇÃO

A EXPANSÃO MUNDIAL DA EDUCAÇÃO?

As discussões nas Conferências Mundiais do Ensino Superior, realizadas em Paris em 1998 e 2008, percorrem um dos temas mais relevantes em todo o mundo, a saber, a questão da expansão do ensino superior de alta qualidade. A busca pela expansão da qualidade também se reflete na política educacional brasileira, por meio da construção do sistema de avaliação da educação superior, na formulação de projetos específicos — como o Reuni (Programa de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais) e a UAB — (Universidade Aberta do Brasil), a institucionalização e a expansão das instituições de ensino superior tecnológico.

Por outro lado, no contexto dos países que compõem o Mercosul, também existe a expansão da qualidade (LAMARRA, 2004; PILETTI; PRAXEDES, 1998). Nesse sentido, foi adotada uma política comum, as-

82 Advogado, professor, mentor, especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão pelo Damásio Educacional, mestre em Direito das Relações Internacionais e Ciências Políticas pela UDE — Universidad de La Empresa.

sim como no MEXA (Mecanismo Experimental de Avaliação) de 2003 a 2006, atualmente chamado de ARCU-SUL, que foi criado através da Decisão nº. O 17/08, do Conselho do Mercado Comum (CMC), que visa estabelecer e garantir padrões regionais de qualidade dos cursos de graduação para a melhoria permanente da educação superior, que é de extrema importância para a promoção do desenvolvimento educacional, da economia, da sociedade e da política do Mercado Comum.

Há outra medida na política educacional, uma de suas reflexões é focar na melhoria da qualidade do ensino superior, conforme consta do Decreto nº 5.518, de 23 de agosto de 2005, que promulgou convênio para a admissão de graus universitários, o processo de realização de atividades acadêmicas nos Estados membros do Mercosul, especialmente considerando o alcance do Acordo do Mercado Comum do Mercosul, para reavaliação da titularidade de brasileiros no exterior. A literatura chega a apontar semelhanças com o que aconteceu na Europa por meio do processo de Bolonha (ROBERTSON, 2009).

O processo de revalidação de diplomas no Brasil tornou-se uma das influências do Mercosul. O principal objetivo do Mercosul é permitir que esses países se integrem plenamente à comunidade internacional (PILETTI; PRAXEDES, 1998).

Nesse sentido, esclarece Babinski (2010) que não existem diferenças nas denominações jurídicas estabelecidas para tais designações usuais nas convenções internacionais, tais como: carta, estatuto, convenção, protocolo, acordo, convênio, pacto, memorando.

Para Babinski (2010), o Mercosul se insere no seguinte contexto:

[...] é resultado de um processo acelerado de intervenção econômica, que conheceu rápida estruturação de um complexo arcabouço institucional, com significativos resultados no campo comercial e econômico, malgrado as vicissitudes econômicas que assolaram os Estados do subcontinente nos últimos vinte anos. A exemplo do que ocorreu na experiência europeia, a aproximação econômica dos Estados-Parte do MERCOSUL encetou uma reintegração qualitativa da proposta de integração, inspirada pela preocupação comunitária em melhorar as condições de vida dos cidadãos pertencentes aos países blocos. (BABINSKI, 2010, p. 126).

Sendo assim, o objetivo deste artigo consiste em analisar o processo de revalidação de títulos educacionais a nível superior nas universidades públicas, especificamente buscando apresentar determinados pontos do Projeto Piloto de Revalidação de Diploma Estrangeiro de Médicos que cursaram no exterior, que foi implementado pelo Ministério da Educação (MEC) e ainda pelo Ministério da Saúde (MS). Para isso, apresentam-se as características que fizeram com que ocorresse a implementação desse projeto, tendo em vista ainda o atual Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos, conhecido como Revalida.

1 REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Ao se discutir quais as características do Projeto Piloto de Revalidação de Diplomas Médicos, é necessário apontarmos como se configura o processo de revalidação, considerando os dispositivos elencados no art. 48, § 2º da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece quais são as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB):

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação (BRASIL, 1996).

Segundo a Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE) e da Câmara de Educação Superior (CES) n.º 8, de 4 de outubro de 2007, que altera o art. 4º e revoga o art. 10 da Resolução CNE/CES n.º 1, de 28 de janeiro de 2002, ficam estabelecidas quais serão as normas para revalidação dos diplomas de graduação que forem expedidos por instituições de ensino superior estrangeiras, ficando da seguinte forma:

Art. 4º O processo de revalidação, observado o que dispõe esta Resolução, será fixado pelas universidades quanto aos seguintes itens:

I — prazos para inscrição dos candidatos, recepção de documentos, análise de equivalência dos estudos realizados e registro do diploma a ser revalidado;

II — apresentação de cópia do diploma a ser revalidado, documentos referentes à Instituição de origem, histórico escolar do curso e conteúdo programático das disciplinas, todos autenticados pela autoridade consular (MEC, 2007).

Diferentemente da Resolução nº 8 de 4 de outubro de 2007, a Resolução CNE/CES nº 1, de 28 de janeiro de 2002, dispõe que, de acordo com o art. 4º, o procedimento de Revalidação é iniciado sempre a pedido do interessado. As mudanças ocorridas durante o processo de revalidação podem ser observadas na política educacional do Brasil devido à grande demanda por revalidação de títulos.

Atualmente, o Brasil não possui nenhum acordo sobre o reconhecimento automático de diplomas, portanto, todos os países (MEC, 2011) possuem as mesmas regras para a localização de diplomas revalidados. Ressalta-se que as regras acima se aplicam aos diplomas de graduação obtidos no exterior. No entanto, para cursos de medicina, o MEC estabeleceu regras específicas que podem ser verificadas nas seções seguintes.

2 PROGRAMA MAIS MÉDICOS E O REVALIDA

A Revalidação de Diplomas de Médicos foi elaborada especificamente para a revalidação de diplomas obtidos por estudantes que se graduaram em universidades estrangeiras, tendo seu início em 2010, quando foi aprovada através da Portaria Interministerial MEC/MS n.º 865, de 15 de setembro de 2009.

Para a implementação do Projeto houve a participação dos Ministérios da Educação em conjunto com o da Saúde. O objetivo desse Programa é regularizar, avaliar, supervisionar e coordenar a formação de profissionais na área da saúde, tendo em vista os objetivos, os princípios e as diretrizes do nosso Sistema Único de Saúde (SUS), justamente porque nos outros países não existe este sistema. Dentre as diversas argumentações apresentadas na Portaria está a:

[...] necessidade de oferecer às universidades públicas, como medida de equidade e racionalidade, um exame de revalidação de diplomas médicos expedidos no exterior com parâmetros e critérios mínimos para aferição de equivalência curricular (BRASIL, 2009).

Conforme preceitua o § 2º do art. 1º da referida Portaria, os candidatos que forem inscritos teriam que comprovar:

[...] ter concluído a graduação em Medicina, em curso devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou órgão correspondente, no país de conclusão, com carga horária mínima de 7.200 horas, período de integralização de 6 anos e 35% da carga horária em regime de treinamento em serviço/internato, de acordo com as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Medicina (Resolução CNE/CES nº04/2001)⁵. (BRASIL, 2009).

Sendo assim, podemos observar que deve existir coesão entre as normas do Brasil com as normas do país expeditor do diploma, para assim haver uma melhor integração entre as matérias e o curso de medicina em si.

Nesse sentido, o objetivo do exame é o de analisar os conhecimentos, habilidades e competências para o exercício profissional adequado às necessidades do SUS. O exame baseou-se na Matriz Referencial de Correspondência Curricular, elaborada pela Subcomissão Temática de Revalidação de Diplomas.

O exame Revalida foi realizado na Universidade de Brasília (UnB), no Pavilhão João Calmon do Campus Universitário Darcy Ribeiro, Asa Norte, Brasília, Distrito Federal, no dia 24 de outubro de 2010. Aconteceram duas avaliações sucessivas e eliminatórias, sendo uma prova escrita e objetiva, composta por 110 (cento e dez) questões de múltipla escolha, e uma prova discursiva que continha 5 (cinco) questões. A avaliação para verificação das habilidades clínicas foi aplicada no dia 4 de dezembro de 2010, porém, somente para os aprovados na avaliação escrita. Esse exame foi aplicado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), contando, ainda, com a colaboração das universidades, conforme exposto no Parágrafo único do art. 2º da Portaria Interministerial n.º 865, de 15 de setembro de 2009.

Na primeira etapa do Projeto foram homologadas cerca de 507 (quinhentas e sete) inscrições de candidatos com diplomas de 32 (trinta e dois) países diferentes, com cerca de 25 (vinte e cinco) universidades participantes, dentre as quais se destaca a participação da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade

Federal da Grande Dourados (UFGD), instituições públicas do estado de Mato Grosso do Sul que estavam no Projeto Piloto. Posteriormente, com a homologação das inscrições por meio da Portaria n.º 150, de 25 de maio de 2010, o candidato que teve sua inscrição aceita fez um cadastro no endereço eletrônico do CESPE/UnB entre os dias 8 e 17 de outubro de 2010.

Salienta-se, ainda, que dos 5.078 (cinco mil e setenta e oito) inscritos e com inscrições homologadas convocados para realizarem as etapas de avaliação do Projeto Piloto, apenas 2 (dois) candidatos foram aprovados.

Sendo assim, o resultado do Projeto Piloto e a responsabilidade de adotar as providências necessárias para a revalidação do diploma é da universidade onde o candidato fez sua inscrição, conforme preceitua o Art. 5º da Portaria. A Portaria Interministerial MEC/MS n.º 865, de 15 de setembro de 2009, no Anexo que trata das especificações de execução do Projeto Piloto, diz que:

Estima-se existir no Brasil elevada demanda reprimida de revalidação de diplomas de curso médico obtidos no exterior e o atendimento é dificultado por várias razões. Não se identifica uma oferta regular de oportunidades de revalidação que possa atender ao fluxo de retorno ao País de brasileiros graduados em escolas médicas no exterior e as IES têm dificuldade de ampliar sua capacidade de atendimento a esta demanda. (BRASIL, 2009).

Com isso, esse processo tem passado por grandes tensões junto a diversas universidades que muitas vezes não querem fazer o processo de revalidação, sem contar o próprio Conselho Federal de Medicina (CFE), que no início do Projeto Piloto demonstrou apoio, porém, com algumas ressalvas, como pode ser observado a seguir na fala do presidente do CFE na época:

Estamos seguros do compromisso do Projeto Piloto de Revalidação de Diplomas Médicos com o rigor educacional na construção desse processo avaliativo dos que obtiveram diplomas de medicina em outros países. Mantemos nossa defesa à proposta, a qual vemos como porta para o exercício da cidadania, sendo que o CFM estará atento para lutar contra pressões externas de caráter corporativista ou po-

líticoideológicos que intentem comprometer as metas almejadas. Finalmente, reiteramos nossa posição contrária à revalidação automática dos diplomas estrangeiros. (CFM, 2011).

Existe muita pressão por parte das entidades médicas nacionais com o processo de Revalidação de Diplomas, entre elas o CFM, o que podemos ver nas palavras de Roberto Luiz d'Avila, presidente do referido conselho, em um artigo que consta no endereço eletrônico da entidade.

E nesta seara, garantimos, inexistente pecha corporativista, como querem alguns, mas o temor real de que o reconhecimento sem critério coloque a saúde dos indivíduos e até de comunidades inteiras em situação de risco. [...] Ora, a revalidação do diploma de Medicina — feita com rigor e critério — protege a sociedade do exercício ilegal da prática médica, impedindo a discriminação (no que se refere ao acesso aos serviços de qualidade) e assegurando o padrão mínimo a ser oferecido. Afinal, todo cidadão tem o direito de ser atendido por um MÉDICO, como lhe garante a lei, uma premissa que constitui o motor da nossa luta permanente. (D'AVILA, 2011).

Por meio da Portaria Interministerial n.º 278, de 17 de março de 2011, nos termos do art. 48, § 2º, da Lei n.º 9.394/1996, implementado pelo Inep, com edição em 2011, instituiu-se o Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por Instituição de Educação Superior Estrangeira (Revalida).

Sendo assim, o objetivo do MEC e do MS, conforme Portaria Interministerial n.º 278, de 17 de março de 2011, e o Edital n.º 8, de 24 de junho de 2011, é:

[...] subsidiar os procedimentos conduzidos por universidades públicas, nos termos do art. 48, § 2º, da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que aderiram ao Exame, conforme Portaria MEC, n.º 1.126, de 18 de maio de 2011, listadas no Anexo I deste Edital e que utilizarão o Revalida como instrumento unificado de avaliação capaz de apoiar seus processos de revalidação (INEP, 2011a, grifo nosso).

O item 3.3 do Edital n.º 8, de 24 de junho de 2011, explicitou os requisitos necessários para que os candidatos participassem do Revalida, quais sejam:

1.1.1 Ser brasileiro (a) ou estrangeiro em situação legal de residência no Brasil;

1.1.2 Ser portador de diploma médico expedido por instituição de ensino superior estrangeira, reconhecida no país de origem pelo seu ministério da educação ou órgão equivalente, *e autenticado pela autoridade consular brasileira.*

1.1.2.1 O Participante deverá *enviar imagens do diploma, frente e verso*, tal como solicitado pelo sistema de inscrição, anexando os arquivos em um dos seguintes formatos: jpg, jpeg, pdf ou png.

1.2 Ao preencher o requerimento de inscrição, o Participante deverá selecionar a universidade pública brasileira, dentre aquelas que aderiram ao Revalida e listadas no Anexo I, à qual a revalidação de seu diploma estará vinculada.

1.3 As informações prestadas no requerimento de inscrição serão de inteira responsabilidade do Participante, respondendo este por quaisquer prejuízos decorrentes de erro ou falsidade (INEP, 2011a, grifos nossos).

No artigo 6º da Portaria Interministerial MEC/MS n.º 278, de 17 de março de 2011, aponta-se que “[...] poderão candidatar-se à realização do exame de que trata esta Portaria os portadores de diplomas de Medicina expedidos no exterior, em curso devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou órgão correspondente, no país de conclusão”.

Sendo assim, para realizar a inscrição o participante deveria preencher o formulário de cadastro (disponibilizado de forma online) e enviar a imagem do diploma. Esse procedimento é diferente do aplicado no Projeto Piloto, em que as inscrições eram feitas diretamente nas universidades, nas quais eram entregues toda a documentação solicitada no edital.

Outro ponto importante utilizado no Revalida, que difere do utilizado no Projeto Piloto Mais Médicos, é que os locais de realização das provas, que antes eram restritos à Universidade de Brasília, passam a ter a

prova escrita aplicada em 6 (seis) capitais, quais sejam: Brasília (DF), Porto Alegre (RS), Rio de Janeiro (RJ), Manaus (AM), Campo Grande (MS) e Fortaleza (CE). Já a prova de habilidades clínicas foi realizada em Brasília (DF), nos dias 1 e 2 de outubro de 2011, conforme o Edital n.º 8, de 24 de junho de 2011.

Ressalta-se, ainda, que a edição de 2011 foi realizada em duas etapas, com pagamento de taxa de inscrição, sendo o valor da primeira etapa de R\$ 100,00 (cem reais); e, caso ocorresse aprovação na primeira etapa, após a divulgação do resultado, o participante deveria realizar um novo pagamento de R\$ 300,00 (trezentos reais) referente à segunda etapa de avaliação.

Esse procedimento resolveu as reclamações dos candidatos quanto ao custo do processo de revalidação, que usualmente eram gastos na tentativa por revalidação do diploma com traduções, inscrições, custos de viagens ao país de origem dos diplomas, advogados, entre outros.

Na reportagem do dia 24 de junho de 2011, o mesmo jornal mostrou que não existe um valor determinado da taxa de revalidação cobrada pelas instituições públicas, ou seja, pode variar dependendo da instituição. Por exemplo, na Universidade de São Paulo (USP) é cobrado o valor de R\$ 1.530,00 (mil e quinhentos e trinta reais); já na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) a taxa é de R\$ 315,00 (trezentos e quinze reais), conforme apresenta a reportagem escrita pela *Agência Brasil*.

Vale mencionar que existem empresas especializadas na assessoria/consultoria aos candidatos, com intuito de revalidar os seus diplomas estrangeiros, como é o caso da ML Consultoria (Disponível em: www.ml-consultoriaestrangeiros.com.br), dentre outros.

A Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) tem sido uma das instituições na qual a demanda por revalidação desses diplomas tem sido muito grande. Um dos principais motivos é que a instituição tem implementado esse sistema de revalidação de diplomas médicos há mais de 10 anos. O diretor afirma ainda que a “Universidade Federal de Mato Grosso é referência neste processo de avaliação”, informação exposta pelo jornal *A Gazeta* (2011).

A Portaria n.º 1.126, de 18 de maio de 2011, informa que aderiram ao Exame para Revalidação dos Diplomas Médicos no país cerca de 37 (trinta e sete) Instituições Públicas de Educação Superior brasilei-

ras com abrangência nacional, das quais a UFMS e a UFGD também fizeram parte.

O Inep (2011), em seu portal, informa que o exame será orientado pela Matriz de Correspondência Curricular, que define os conteúdos, as competências e as habilidades das cinco grandes áreas de exercício profissional médico, quais sejam: cirurgia, medicina da família e comunidade, pediatria, ginecologia/obstetrícia e clínica médica. A matriz estabelece, ainda, os níveis de desempenho esperados para cada área específica.

Em conjunto com o MEC e o MS, toda essa matriz foi elaborada a partir das indicações fornecidas por representantes de 16 (dezesseis) cursos de Medicina das universidades públicas nacionais. Dessa maneira, concluímos que a condução do processo tem sido elaborada pelo INEP/MEC, que, mesmo envolvendo as universidades, o faz por representações, sem envolver o conjunto dos cursos.

A respeito do Revalida, o INEP publicou uma nota em seu endereço eletrônico, destacando que o MEC recebeu seiscentas e uma inscrições para o Revalida:

Os candidatos, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, fizeram a graduação em 29 países — 320 deles obtiveram diplomas na Bolívia, 146 em Cuba e 58 na Argentina. No grupo de inscritos há também médicos graduados na Espanha (dezessete), Alemanha (sete), Rússia (quatro) e Estados Unidos (dois). (INEP, 2011b).

A edição do Revalida de 2011 teve 677 (seiscentos e setenta e sete) candidatos, dos quais apenas 65 (sessenta e cinco) médicos obtiveram a autorização para legalizar o seu diploma, após a segunda fase da prova, ou seja, menos de 10% desses candidatos foram aprovados. Ainda assim, houve um aumento significativo se for comparado com o resultado de 2010, quando apenas 2 (dois) candidatos foram aprovados.

Os processos de revalidação de diplomas têm encontrado um terreno amplo na política educacional brasileira, que cria procedimentos centralizados de forma a facilitar a implementação da revalidação desses títulos estrangeiros, desde que se cumpram os requisitos exigidos. Tais procedimentos obtiveram a anuência de grandes instituições públicas brasileiras, vez que há a ampliação da adesão, que inicialmente era de 25 (vinte e cin-

co) instituições em 2010, passando para 37 (trinta e sete) instituições em 2011 — e contando ainda com o apoio do CFM.

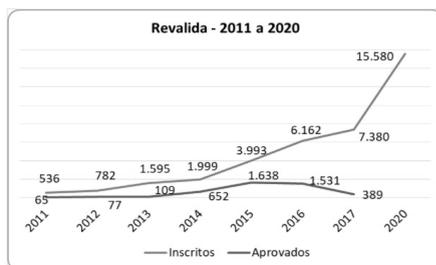
Diante do que vimos, podemos verificar que há a aprovação da sociedade em torno do Revalida, sendo este programa muito importante para o país, principalmente nos interiores de diversas cidades que necessitam urgentemente de médicos; isso pois, além do envolvimento da população de classe médica e da adesão das instituições públicas de educação superior no país, ainda existe o aumento gradativo de candidatos.

O Inep ressalta, ainda, que o Revalida recebeu 22.447 inscrições entre 2011 e 2017, das quais somente 4.461 foram aprovadas, uma taxa média histórica de somente 18,4%. Em 2017 a taxa de aprovação foi ainda menor (5%), conforme os dados apresentados no gráfico 1. Em 2020, por sua vez, 2.402 candidatos foram aprovados na primeira etapa.

Gráfico 1 — Número de inscritos e aprovados no Revalida (2011–2020)

☰ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio
Teixeira | Inep

TOTAL	38.027	8.946	4.447	18,3
-------	--------	-------	-------	------



Fonte: Inep.

O Inep esclarece que, em cumprimento à Lei n° 13.959/2019, o valor cobrado para a realização da primeira etapa do exame foi de R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais), o que equivale a 10% do valor mensal da bolsa vigente do médico-residente, e será de R\$ 3.330,43 (três mil, trezentos e trinta reais e quarenta e três centavos) na segunda etapa, equivalente ao valor mensal da bolsa vigente do médico-residente.

Ainda segundo o INEP, apesar de a segunda etapa ter um percentual maior de aprovação, a tendência é de um número bem menor de diplomas revalidados em comparação ao total de aprovados na primeira etapa.

CONCLUSÕES

Com os dados apresentados é possível verificar que, apesar das iniciativas do governo para promover a revalidação dos diplomas por meio de projetos e exames próprios, permanecem ainda embates e tensões neste processo que necessitam ser afinados. Entre tais tensões podemos sinalizar a aprovação de apenas dois candidatos num conjunto de 507 (quinhentos e sete) inscritos no Projeto Piloto de 2010.

Considerando que o Inep recebeu 22.447 inscrições entre 2011 e 2017, das quais somente 4.461 candidatos foram aprovados — uma taxa média histórica de 18,4% — pode-se concluir que os médicos formados no exterior precisam ser preparados para a formação na atuação nacional, no âmbito do SUS; especialmente os formandos dos países que compõem o Mercosul, vez que a maioria dos inscritos são de instituições de países vizinhos como Bolívia, Paraguai, Venezuela e Argentina.

Isso é necessário para que seja feita a compensação curricular entre as instituições dos diversos países, membros e não membros do Mercosul Educacional, que não possuem grade curricular semelhante à grade curricular do Brasil.

Diante desse problema, alguns questionamentos podem e devem ser levantados, tais como: Qual motivo levaria algumas instituições, incluindo as vinculadas aos sistemas estaduais, a aderirem a esse processo, considerando ainda a autonomia universitária? Qual é o papel das universidades públicas nesse processo? Por que a revalidação de diplomas e títulos se torna um efeito colateral da política de acordos e cooperação comercial, como é o caso do Mercosul? Por que a revalidação de diplomas médicos é mais rígida? O programa Revalida tem o intuito de adaptar a grade curricular dos cursos de medicina das instituições estrangeiras conforme às diretrizes curriculares brasileiras? Se sim, ele somente não poderia convalidar o diploma estrangeiro de medicina? Ou apenas a avaliação propriamente dita servirá como meio único de avaliação de competências? Essas são questões que per-

manecem sem respostas, entretanto, dadas as perspectivas sinalizadas, devem ganhar novos e reais contornos.

Todavia, é esperado que tais medidas possam contribuir com o processo de revalidação e construção da melhor qualidade do ensino e da educação superior no Brasil e no Mercosul.

REFERÊNCIAS

- BABINSKI, D. B. O. **O direito à educação básica no âmbito do MERCOSUL**: proteção normativa nos planos constitucional, internacional e regional. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial nº 865, de 15 de setembro de 2009**. Aprova o Projeto Piloto de revalidação de diplomas de médico expedido por universidades estrangeiras. MEC/MS. Brasília: Diário Oficial da União, 16 set. 2009, p. 13–19. Disponível em: <http://meclegis.mec.gov.br/documento/view/id/108>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM divulga nota sobre projeto de validação de diplomas médicos, 7 jan. 2011. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21241%3Acfm-divulga-nota-sobre-projeto-de-validacao-de-diplomas-medicos&catid=3%3Aportal&Itemid=1. Acesso em: 15 fev. 2021.
- D' AVILA, R. L. Exame para a revalidação de diploma reunirá 677 médicos. **Assessoria de comunicação social do MEC**, 21 jul. 2011b. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/todas-noticias>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- D' AVILA, R. L. **Revalidação de diplomas**: ato de segurança para o cidadão. 25 jul. 2011. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21824:revalidacao-de-diplomas-ato-de-seguranca-para-o-cidadao&catid=46 :artigos&Itemid=18. Acesso em: 12 jul. 2021.

DUARTE, F. Desclassificação chega a 85% no curso de medicina na UFMT. **Reporte News**, 21 jan. 2021. Disponível em: <http://www.reporternews.com.br/noticia.php?cod=310593>. Acesso em: 12 jul. 2021.

LAMARRA, N. F. Hacia la convergência de los sistemas de educación superior en América Latina. **Revista Ibero-Americana de Educación**, Madri, n. 35, mayo/ago. 2004. Disponível em: <http://rieoei.org/rie35a02.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MEC. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CES nº 8, de 04 de outubro de 2007**. Altera o Art. 4º e revoga o art. 10 da Resolução CNE/CES nº 1/2002, que estabelece normas para a revalidação de diplomas de graduação expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces008_07.pdf. Acesso em: 10 de jan. 2021.

MEC. Revalidação de diplomas, 2011. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12405&Itemid=317. Acesso em: 10 jun. 2021.

NETO, L. Revalidação do diploma de medicina pode levar anos e recém-formados chegam a gastar R\$ 10 mil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 22 fev. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/educacao/mat/2011/02/21/revalidacao-do-diploma-de-medicina-pode-levar-anos-recem-formados-chegam-gastar-10-mil-923850336.asp>. Acesso em: 23 fev. 2021.

PILETTI, N.; PRAXEDES, W. Mercosul, competitividade e educação. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 219–233, 1998.

ROBERTSON, S. L. O processo de Bolonha da Europa torna-se global: modelo, mercado, mobilidade, força intelectual ou estratégia para construção do Estado? **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 42, p. 407–422, set./dez. 2009.

RESUMOS

É POSSÍVEL A CONDENAÇÃO DE BOLSONARO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL POR CRIME DE ECOCÍDIO?

*João Henrique de Melo Elias*⁸³

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar se será possível a condenação do atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, perante o Tribunal Penal Internacional por crime de ecocídio. Isso se deve a sua suposta omissão como gestor da nação no combate à pandemia da Covid-19 contra os indígenas. Além disso, o presidente está sendo acusado de deslegitimar os órgãos públicos de proteção indígenas, o que ocasionou invasões nas terras indígenas, desmatamento, incêndios nas florestas e extração ilegal de minérios. A pesquisa se justifica pela relevância do tema no atual momento político e jurídico que estamos vivendo no Brasil.

83 Mestrando em Direitos Humanos pela UNIT; Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP; Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe; Ex-Advogado; Ex-Monitor das disciplinas de Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Civil pela ASCES; Autor do Livro *Direito Pena Simbólico: A Dissimulação da Supressão do Direito Fundamental à Segurança Pública*; Coautor do Livro de *Direitos Humanos da CAEDjus 2021*. Possui diversos Artigos Jurídicos Científicos Publicados em Revistas Científicas.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A discursão teórica da presente pesquisa envolve saber se o atual Presidente da República praticou ou não o crime de ecocídio, que pode ser definido como a conduta humana consciente que viola criminalmente o meio ambiente em sentido amplo, abrangendo todas as formas de vida. Analisaremos os argumentos jurídicos apontados como condutas consideradas inadequadas do Presidente da República, se as provas apontadas são tecnicamente fortes, bem como as consequências penais de uma provável condenação pelo Tribunal Penal Internacional. O ecocídio, nesses termos, não se adstringe a um tipo penal: resume uma diretriz a nortear países e Organizações Internacionais (OIs) rumo à criminalização efetiva de condutas prejudiciais à natureza e sua preservação (NETO; ALVERNE, 2018, p. 220.). Neto e Alverne afirmam que o ecocídio representa a criminalização da degeneração ambiental:

Dessa forma, o fenômeno ecocídio e o que ele representa (degeneração ambiental em massa) assumiu o papel de chamar a atenção dos Estados à necessidade de criminalização de condutas destrutivas do meio ambiente, mas carecia de definição como um tipo penal propriamente dito. (NETO; ALVERNE, 2018, p. 216).

A pesquisa se restringiu a analisar as três notícias-crime apresentadas: A primeira em 2019, pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos — CADU junto com a Comissão Arns; a segunda em 2020, pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia — ABJD; e, por fim, a terceira em 2021, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil — APIB.

METODOLOGIA

O presente trabalho fundamenta-se na pesquisa bibliográfica: livros, artigos, jurisprudências, matérias de jornais e revistas, da imprensa escrita ou da internet, relacionados ao tema. O referencial teórico para esta pesquisa será constituído, inicialmente, por autores que analisam e discutem questões sobre a decolonialidade do pensamento europeu no tocantes aos direitos humanos.

A pesquisa será bibliográfica, constituída de autores que possuem seleção de leituras críticas e reflexivas que propõem alternativas e soluções para o problema. Durante o trabalho serão utilizadas a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — STF e do Superior Tribunal de Justiça — STJ, inclusive com informativos que estão disponíveis nos sites dos respectivos órgãos públicos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados da pesquisa são satisfatórios, pois quanto ao crime de ecocídio, em princípio, não é possível a sua condenação, pois ainda não há tipificação no Estatuto de Roma; consequentemente, não poderá o chefe do executivo ser condenado em um crime inexistente.

Porém, como está em fase inicial, e se neste ínterim for tipificado o crime de ecocídio, poderá sim Bolsonaro ser denunciado e condenado pelo Tribunal Penal Internacional nesse novo delito, pois há várias provas. Os resultados da pesquisa significam que as consequências jurídicas são graves, pois podem ser aplicadas quatro penalidades previstas no Estatuto de Roma e as penas podem ser de prisão, prisão perpétua, multa e perda dos bens.

CONCLUSÕES

A condenação do atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, pelo Tribunal Penal Internacional por crimes contra a humanidade em face dos indígenas brasileiros é provável, pois foram reunidos vários elementos probatórios e já são três notícias-crime apresentadas por entidades diferentes. Porém, deve-se ter cautela, pois está em fase preliminar de apuração pelo órgão internacional para análise dos requisitos e somente depois é que se poderá decidir se estão presentes os elementos para o ajuizamento da ação penal.

REFERÊNCIAS

DOSSIÊ INTERNACIONAL DE DENÚNCIAS DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL 2021. Brasília: Articulação dos Povos In-

dígenas do Brasil (APIB), 2021. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2021/08/DOSSIE_pt_v3web.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS INTERNATIONAL. **Uma anatomia das práticas de silenciamento indígena**. Relatório sobre criminalização e assédio de lideranças indígenas no Brasil. Brasil, abril de 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

NETO, Djalma Alvarez Brochado; ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. Ecocídio: Proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais Internacionais ou tipo penal propriamente dito? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, abr. 2018.

NOSSA LUTA É PELA VIDA. **Covid-19 e Povos Indígenas**. O enfrentamento das violências durante a pandemia. Sangue indígena nenhuma gota a mais. Comitê Nacional pela Vida e Memória Indígena, novembro 2020. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A CONVIVÊNCIA FORÇADA COM O AGRESSOR EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Izabella Pereira Lima*⁸⁴

INTRODUÇÃO

É mister trazer o dilema da violência doméstica e familiar sob outra perspectiva, qual seja, o isolamento social em decorrência da COVID-19. Haja vista o ambiente familiar, via de regra, representar segurança e abrigo, contudo, mulheres encontram-se amedrontadas por estarem sob vigilância direta de seus possíveis agressores em decorrência do isolamento social forçado. Desse modo, deu-se a necessidade de o Estado e a sociedade voltarem seus olhares para uma problemática antiga, mas que se agravou pelo contexto da crise de saúde pública no Brasil e no mundo.

Desse modo, insta trazer que a violência doméstica e familiar se apresenta em diversos moldes, visto que não é apenas a agressão física que caracteriza a violência doméstica, mas também a moral, psicológica, patrimonial e sexual, o que tende a dificultar, inclusive, que mulheres reconheçam que estão vivendo em uma relação de violência, o que torna por agravar ainda mais esse contexto cruel.

84 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes — UNIT/AL.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O sentimento de posse do homem sobre a mulher demonstra as raízes de um patriarcalismo arraigado, que insiste em naturalizar a violência cotidiana e busca manter a mulher em uma situação de inferioridade. Posto isso, o isolamento social desmascarou a violência doméstica e familiar, mostrando esta como uma problemática global: independentemente de classe social, mulheres continuam sendo vítimas de abusos e violências firmadas por seus parceiros.

Em consonância à ideia anterior, a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), por meio da sua pesquisa *Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*, realizada entre os anos de 2017 a 2019, tornou público que 42% das mulheres entrevistadas afirmaram que sofreram violência dentro de suas casas, isso quando questionadas sobre terem sofrido algum tipo de violência nos últimos 12 meses e sobre o local onde a violência ocorreu. Outro dado preocupante está relacionado a quem foi o autor do episódio mais grave de violência relatado, vez que 76,4% das mulheres indicaram que o agressor era um conhecido, figurando o cônjuge, o namorado ou o companheiro como principais perpetradores dessa violência. Ainda com base na pesquisa mencionada, observa-se que entre os anos de 2017 a 2019 houve um aumento no número de casos de violência doméstica e familiar, mas, de forma estarrecedora, 52% das mulheres mantiveram a inércia quanto a buscar ajuda dos órgãos policiais e do Poder Judiciário.

Em coadunação ao exposto, o isolamento social trouxe consigo a preocupação com a segurança e a vida de mulheres dentro dos seus próprios lares, visto que, com a imposição das medidas de saúde recomendando que as pessoas fiquem em casa, governos em todo o mundo relatam aumento nas denúncias de violência doméstica. Em consonância com a Organização das Nações Unidas (ONU), uma das preocupações durante a quarentena são as mulheres, já que estas encontram-se afastadas de suas redes de apoio, bem como foram forçadas a conviver o tempo todo com o possível agressor.

Dessarte, torna-se evidente que há um desequilíbrio notório entre homens e mulheres, e a evidência mais cruel desse desequilíbrio resulta em violência. Desse modo, contribuindo para tornar essa problemática mais complexa, muitos são os casos em que mulheres não conseguem dis-

tinguir estar vivendo um fenômeno de violência, haja vista a violência física ser uma das últimas consequências de uma gama de episódios impetuosos.

METODOLOGIA

Buscando atingir os objetivos estabelecidos, foi realizada uma pesquisa documental nos portais da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), por meio da pesquisa *Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*, realizada entre os anos de 2017 a 2019, bem como no portal da Organização das Nações Unidas (ONU), tanto quanto no Atlas da Violência 2019 e na Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), buscando-se fazer uma análise do tema suscitado e sua implicação diante do agravamento da problemática em meio à pandemia da COVID-19.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Faz-se necessário trazer que, de acordo com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), o número de denúncias de violência doméstica desde o início da pandemia e da exigência do isolamento social aumentou mais de 50%. Já com base na Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), houve um crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços Disque 100 e Ligue 180 somente no mês de março, tornando por mostrar de forma evidente que a conjuntura atual impulsionou o aumento da violência. No entanto, esses números podem ser ainda maiores, uma vez que com agressores e vítimas sob o mesmo teto 24 horas por dia a busca pelos canais de denúncia via telefone tende a se tornar mais difícil, visto que a pessoa agredida está sob vigilância direta de seu agressor.

Destarte, pode-se inferir, ainda, a presença das chamadas cifras negras, que foram perfeitamente abordadas pelas lições do sociólogo Edwin H. Sutherland quando este passou a criticar ocorrências criminais jamais conhecidas pelas autoridades e que permaneciam, portanto, ocultas. Sendo evidente que nem toda infração penal praticada chega ao

conhecimento das autoridades, dessa forma, não obstante a existência de dados que informam à sociedade a ocorrência de delitos em número, deve ser problematizado o fato de que grande parcela dos crimes realmente praticados não são verdadeiramente computados aos valores de que se tem conhecimento.

Não obstante, percebe-se que a maioria das mulheres não denunciam o seu agressor, uma vez que a sociedade ainda apregoa uma cultura que busca culpabilizar a mulher pela agressão sofrida, o que desestimula essa mulher a denunciar. Todavia, o enfrentamento à violência contra a mulher no contexto da pandemia da COVID-19 não pode se limitar ao acolhimento das denúncias, visto que a atenção deve ser direcionada para que ocorra um maior incentivo às mulheres em denunciar todo e qualquer tipo de violência, mas, excepcionalmente, devem esforços ser investidos na proteção e garantia da segurança daquelas mulheres que conseguem denunciar, para que não se alimente o medo da impunidade.

CONCLUSÕES

De tal maneira, pode-se concluir que a pandemia da COVID-19 tornou por trazer a evidência de uma violência já existente, mas em uma proporção ainda maior, haja vista todo o contexto do isolamento social e da convivência direta com o agressor. A realidade estarrecedora dessa violência tende a ser ainda maior, visto que a maioria das vítimas nem sequer conseguiram realizar a denúncia. Em vista disso, pode-se concluir a existência, no contexto criminal, de uma crescente cifra negra, considerando-se a constatada diferença entre os crimes ocorridos e aqueles que são apurados pelas autoridades competentes, assim como entre os crimes denunciados e os delitos que efetivamente são registrados. Desse modo, se torna possível inferir que os índices de criminalidade são maiores do que aqueles registrados e documentados pelos órgãos competentes.

Nesse compasso, é importante lembrar que investimentos foram direcionados visando a contenção dessa violência; todavia, ainda assim, faz-se necessário investir em esforços diários para que essa prática não fique impune e que os agressores não se escondam dentro de suas casas. É necessário que a proteção destinada às minorias, em específico às mulheres vítimas de violência, seja reforçada e contínua, de modo que não venha a

ensejar na vítima o medo de denunciar, por preferir acreditar que o sistema punitivo brasileiro é ladeado de impunidade, dificultando, assim, a confiança das vítimas e o aumento da falsa percepção dos agressores de que ficarão impunes.

Por essa razão, as mulheres precisam ser incentivadas a denunciar todo e qualquer tipo de violência, bem como cabe ao Estado garantir que lhes seja resguardada toda a proteção e segurança, tanto no ambiente familiar quanto no ambiente público. É necessário, também, desmistificar aquela prática de que em “briga de marido e mulher não se mete a colher”, visto que isso não pode continuar sendo disseminado, considerando-se que muitos são os casos trágicos que seriam evitados com a intervenção direta na situação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Disponível em: <https://ouvidoria.mdh.gov.br/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

DOSSIÊ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. Disponível em:

<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar->. Acesso em 30 de Jul. de 2021

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e in-**

visível: a vitimização de mulheres no brasil. 2. ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública / Instituto Datafolha. Disponível em: <http://www.iff.fiocruz.br/pdf/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da**

Violência 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&catid=406&Itemid=432. Acesso em: 30 jul. 2020.

O TRÁFICO DE ÓRGÃOS, A CONDUTA ILÍCITA DOS MÉDICOS E A VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS⁸⁵

*Aline Thaynara Neves Prado*⁸⁶

INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos é um grande exemplo dos avanços da ciência e da tecnologia, sendo considerado um dos milagres da medicina. Pessoas que têm seus órgãos comprometidos, devido a doenças que os afetam, bem como afetam os tecidos do corpo humano, possuem a chance de receber um transplante de órgãos e conseguir prolongar a sua vida.

Devido à grande falta de doadores, algumas dessas pessoas optam por buscar apoio no mercado negro (ilegal), enquanto outras se sujeitam a participar ou mesmo são enganadas pelas organizações criminosas sobre a prática desse crime.

O tráfico de órgãos é um crime ainda pouco discutido, em que as organizações criminosas agem de forma silenciosa e clandestina. Os traficantes se utilizam das condições das pessoas mais desfavoráveis financeiramente para explorá-las e satisfazerem as pessoas que anseiam desesperadamente por suas vidas — visto que estão dispostas a pagar um alto

85 Orientadora: Rosicler Carminato Guedes de Paiva - Orientador da disciplina de TCC 2 do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas.

86 Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná — UniSL.

preço pelos transplantes de órgãos, fazendo com que a prática desse ato seja muito lucrativa para os traficantes. O tráfico de órgãos é uma situação aterrorizante e age injustamente no momento mais difícil da vida das pessoas, seja na doença ou na dificuldade financeira.

Devido a isso, faz-se necessária fiscalização quanto às práticas transplantais dentro dos hospitais, bem como uma revisão de atualização na legislação quanto à severidade desse crime em caráter mais específico e eficaz, uma vez que se deve observar a constatação da conduta do médico quanto à sua ética profissional, as características da vítima, e de como funciona esse “mercado” de tráfico de órgãos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O novo Código de Ética e Disciplina não alterou o conceito fundamental da regulamentação anterior, quanto à vedação da mercantilização, mantendo a técnica da permissão restritiva, isto é, permitindo a publicidade, mas limitada a propósitos informativos e com limites explícitos.

Em relação à publicidade, encontramos expressamente, no artigo 40 do código supracitado, as proibições por meio de rádio, cinema e televisão (inciso I), outdoors, painéis luminosos ou assemelhados (inciso II), muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público (inciso III). De modo que é vedado a divulgação da advocacia conjuntamente com serviços de outra natureza (inciso IV) e o uso de mala direta, panfletos e assemelhados, com o intuito de captação de clientela (inciso VI).

No passado, a grande maioria dos advogados atuava sozinha ou em colaboração com alguns poucos colegas, em pequenos escritórios de advocacia. O advogado tradicional era generalista, isto é, atuava em questões relacionadas a todas as áreas do Direito (Direito Criminal, Família, Civil, comercial, trabalhista, etc.). Pouco a pouco as relações sociais, econômicas, familiares, etc. foram tornando-se mais complexas. Naturalmente, as leis e contratos que as regulam também seguiram o mesmo caminho, tornando difícil a um profissional acompanhar, sozinho, todas as mudanças jurídicas de uma gama tão vasta de assuntos. (BRAGA, 2020).

Dessa forma, na intenção de limitar a publicidade indireta, por meio de artigos e entrevistas, proibiu-se que neles sejam mencionados o telefone ou endereço do advogado, entretanto, permitindo a referência ao e-mail (inciso V). Ora, nos dias de hoje, o e-mail (leia-se: endereço eletrônico) é muito mais utilizado que o endereço físico, pelo que parece inócuo e até incoerente proibir-se a divulgação do endereço físico e permitir-se a menção ao e-mail.

Vale mencionar que se proibiu também ao advogado responder com habitualidade consulta sobre matéria jurídica nos meios de comunicação (art. 42, inciso I), divulgar ou deixar que sejam divulgadas lista de clientes (art. 42, inciso III) e insinuar-se para reportagens e declarações públicas (art. 42, inciso IV).

No ano de 2020 o Brasil foi atingido como os demais países pela pandemia da Covid-19, fato esse que intensificou a mudança tecnológica que já ocorria em passos mais lentos. Assim, muitas atividades profissionais tiveram transformações: principalmente em relação à experiência de distanciamento social, em razão de não haver o contato humano, acelerou-se as transformações na forma como as pessoas passaram a se relacionar e comunicar.

O enfrentamento da pandemia trouxe muitas inseguranças, entre elas o tempo em que tudo passaria; assim, foi necessário ocorrer adaptações nos escritórios de advocacia, como atendimento aos clientes, audiências através de videoconferência, entre outras mudanças para atender melhor a necessidade do mundo jurídico. Obviamente as redes sociais tornaram-se definitivamente o cotidiano humano, fazendo com que essas relações pessoais, comerciais e profissionais fossem mais utilizadas no mundo virtual.

Todos os setores da sociedade foram, de alguma forma, afetados por conta da pandemia do novo coronavírus. Na advocacia não foi diferente. “Aliás, por sua importância e relevância perante a sociedade, a missão da advocacia no enfrentamento da pandemia se potencializou, de modo que devemos analisá-la, nesse momento de exceção, em dois aspectos: no aspecto social e no aspecto profissional”. (ROEDEL, 2020).

A Ordem dos Advogados do Brasil — seguindo essa transformação, em especial entre o advogado e a sociedade, tendo entendimento que

mesmo com o fim da pandemia muitos hábitos continuarão pelos profissionais —, sabendo disso, trouxe alguns questionamentos no que se refere à mudança do provimento 94/000, que traz muitas limitações, bem como no Código de Ética e Disciplina.

Nesse seguimento a intenção da Ordem foi abrir uma consulta pública a fim de atualizar o provimento 94/000 e o Código de Ética e Disciplina, trabalho este coordenado pelo secretário-geral adjunto da OAB nacional, chamado Ary Raghiant Neto.

Pensando em atualizar as regras, a Ordem como já mencionado elaborou um questionamento com perguntas objetivas ligadas a flexibilização das regras de publicidade, assim como o uso das redes sociais, sites, plataformas digitais e aplicativos de localização, meios para divulgar os serviços advocatícios, abrindo até sugestões para propostas quanto a temática.

Dessa forma, a principal intenção consistiu — além das atualizações das regras, é claro — em que os profissionais interagissem contribuindo para a discussão sobre a publicidade. Assim, foi criado o questionário e disponibilizado em um banner na página inicial da OAB Nacional, entre o período de setembro a novembro de 2020.

Assim como algumas das seções do Brasil, o entendimento do Tribunal de Ética de Rondônia é contra a mercantilização da profissão, e com toda razão. A prática de comércio é comparada com competições e o maior dos desafios é a distinção de preços e a concorrência desleal. A mercantilização leva seus sujeitos a uma discordância comercial, trazendo as baixas de preço e a desvalorização do seu produto, práticas que batem de frente com o ideal da honra do advogado. Como dito anteriormente, o advogado é um profissional nobre, e dessa nobreza surge a honra em sua prática profissional; desse modo, não há de se falar em remuneração, mas sim em uma retribuição competente com a honra em laborar os serviços advocatícios, das quais surgem os honorários.

METODOLOGIA

O presente trabalho, desenvolvido como resumo expandido, foi elaborado com base em Artigos, Legislação, Tratado Internacional e notícias que evidenciam a vedação da prática de comercialização de tecidos e órgãos do corpo humano, sem o intuito de fazer o bem ao próximo, mas de obter a lucratividade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O tema é de grande relevância, vez que esse crime é ainda pouco discutido, de forma que as organizações criminosas agem de forma silenciosa e clandestina — sem contar o desconhecimento sobre quantas vítimas foram atingidas, com esse fato ficando encoberto por debaixo dos panos da hipocrisia dos que cooperam com a prática desse crime, de caráter desumano. Vemos a necessidade de conhecer, dar visibilidade, investigar e punir de forma eficaz esse tipo de crime, responsabilizando os envolvidos para que, assim, a prática de comercialização de órgãos e tecidos do corpo humano possa ser cada vez mais combatida, eximindo nossa sociedade de sofrer essa exploração que tende a crescer cada vez mais.

CONCLUSÃO

Com um pensamento retrógrado, alguns profissionais do direito analisam que o trabalho do advogado não é procurado como um bem de consumo de uma atividade mercantilista, e por isso não precisa de publicidade. Mas o advogado é essencial à administração da justiça e exerce atividade indispensável à sociedade e ao exercício da cidadania. Por esse motivo, a publicidade utilizada por esses profissionais deve ser objetiva e discreta a fim de assegurar a não mercantilização da profissão e práticas imoderadas de captação de clientela, com uma amplitude de renovação na qual o advogado se conecte com os possíveis clientes, trazendo-lhe segurança e conforto na hora de escolher o advogado, pois através de uma mídia pode se apresentar a um público como um todo.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Ricardo Peake. A publicidade na advocacia, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245273/a-publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 31 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **RESOLUÇÃO N. 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil — OAB. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-215.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

ROEDEL, André. Como a advocacia foi afetada pela pandemia. **Jornal Periscópio**, 2020. Disponível em: <http://jornalperiscopio.com.br/site/como-a-advocacia-foi-afetada-pela-pandemia/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ERROS JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O ANTAGÔNICO FENÔMENO DAS CONDENAÇÕES DE INOCENTES NO BRASIL

*Vitória Karoline da Silva Falconere*⁸⁷

INTRODUÇÃO

Em meados do mês de agosto de 2021, o Portal de notícias da Globo na internet — G1, repercutiu o caso de Luís Otávio da Silva, ex-estudante de psicologia, detido injustamente durante 11 (onze) meses pelo crime de estupro. Sucede que, em 2015, o mesmo foi confundido com um criminoso sexual pela vítima, que o teria identificado nas fotos mostradas pelos policiais e, a partir de certa semelhança, em suas vestes. Quase seis anos depois, Luís Otávio afirma não conseguir retomar a vida em virtude do desenvolvimento de problemas psicológicos, que o faz realizar tratamento psiquiátrico e tomar remédios diariamente para dormir (G1, 2021).

Casos de erro judicial acontecem reiteradamente no Brasil. Sem embargo, em uma pesquisa rápida na internet é possível encontrar inúmeras histórias dolorosas como a de Luís Otávio — acusado de cometer um crime que não cometeu — e histórias, inclusive, de crimes que sequer ocorreram.

87 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES — UNITA); Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da ASCES — UNITA.

Por isso, desses casos contemporâneos partiu a motivação do presente estudo, com fins de analisar o fenômeno das condenações de inocentes no Brasil com vistas a identificar as causas desse problema pouco falado, mas que anda em linha crescente.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A chamada “era do grande encarceramento” marcou as últimas décadas nos aspectos da moção pública por segregação e pelo sistema prisional colapsado devido ao avolumado número de reclusos (DE ÁVILA, 2014, p. 23). No imaginário coletivo subsiste o sentimento de insegurança e aumentam as reclamações para o endurecimento das penas a todo custo, ainda que sobrecarregue as prisões e que os apenados tenham a sua condição de sujeito de direitos deixada de lado ao adentrar nas penitenciárias, o que vem fortalecendo o punitivismo no Brasil.

Em vista disso, diante da função jurisdicional do Estado, a qual determina a competência de dirimir os conflitos ao Poder Judiciário, cabe ao magistrado buscar pela verdade processual, construindo o entendimento sobre o fato a partir dos meios de provas que podem ser produzidos no processo, com fundamento no princípio do livre convencimento motivado, com a finalidade de fundamentar a sentença absolutória ou condenatória. Ademais, se espera do juiz atuante nas causas criminais um perfil garantista dos valores constitucionais e da observância da produção probatória em vista a evitar a aplicação desnecessária da reprimenda estatal, pois ele é o destinatário final das provas produzidas no processo.

Contudo, Alexandre Morais da Rosa, juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, disserta que os magistrados, em regra, adotam a missão de “extirpar o ‘mal’ da terra” e que o processo penal possui uma estrutura paranoica que faria o juiz inquisidor, ao condenar por recursos retóricos, dizer a verdade no caso (MORAIS DA ROSA apud AZAMBUJA; FERREIRA, 2011, p. 93). Nesse segmento, argumenta Santos (2018, p. 9–10) que a subjetividade dos juízes possa levá-los a, inconscientemente, proferir julgamentos considerando a posição social do acusado e o estereótipo do criminoso, sem respaldar suas decisões em um vasto conjunto probatório, o que poderá ocasionar erros judiciais.

O erro corresponde a um “[...] juízo ou julgamento em desacordo com a realidade observada, um engano, podendo ser algo falso considerado como verdadeiro ou algo verdadeiro considerado como falso” (PINTO; MADRID, 2019, p. 3). No caso do Judiciário, o erro compreende tanto as condenações de inocentes quanto as absolvições injustas. Todavia, cabe ressaltar que em ambas as situações o que há é uma má aplicação do direito de punir do Estado.

A partir da análise de casos de condenações injustas, a doutrina dividiu as espécies de falha na atividade judiciária em *error in procedendo* e em *error in judicando*. O erro *in procedendo* seria configurado quando houvesse uma violação aos princípios processuais penais do contraditório e da ampla defesa, podendo ser configurado por erro das partes ou do magistrado do caso. Já o erro *in judicando* são cometidos pelo magistrado, “quer no tocante ao direito material, quer ao direito processual. Em outras palavras, a violação ou a errada aplicação da lei, pelo juiz ou tribunal, ao julgar, configura *error in judicando*” (DA SILVA, 2020, p. 20).

METODOLOGIA

Consoante os objetivos considerados neste projeto, classificamos esta pesquisa como sendo descritiva de natureza qualitativa. Utilizamos como fonte basilar do estudo a pesquisa bibliográfica, em artigos, livros científicos e demais trabalhos acadêmicos, com o intuito de aduzir sobre o problema de pesquisa e sobre as conceituações que serão adotadas no decorrer do estudo, pois as referências teóricas que pretendemos utilizar estão dirigidas a situar o leitor e construir o conhecimento sobre o tema em debate.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Muito embora sejam frequentemente veiculados pela mídia digital e noticiários televisivos casos de condenações que foram revistas por erro judicial, no Brasil não constam dados oficiais das condenações injustas, ainda que se tenha em larga escala casos que ganharam notoriedade internacional.

Sem embargo, diante dos sucessivos casos de erros judiciais no Brasil e no mundo, o *Innocence Network* se insurge como uma rede de organiza-

ções independentes que atua gratuitamente na reversão das condenações injustas e no persistente debate acerca do fenômeno do erro judicial.

CONCLUSÕES

Do exposto, a carência de dados oficiais fornecidos pelo Poder Judiciário, além de resultar em uma supressão de informações, visto que o problema ocorre apenas a partir dos casos divulgados publicamente, fortalecem a invisibilidade do tema e contribui para o *status quo* contemporâneo.

Entretanto, tendo em mente que a rede mencionada acima possui membros em diversos países do globo, inclusive no Brasil, o sítio na internet do *Red Inocente* estabeleceu as seis causas mais comuns para uma condenação injusta, quais sejam: identificação errada, defesa inadequada, ciência forense inválida ou inadequada, má conduta governamental, falsas confissões ou inadmissões e informantes.

Diante disso, resta-nos agora exigir do Poder Público a discussão acerca do tema e a sua análise no campo acadêmico, pois é notória a ausência de interesse em precisar dados e tratar o fenômeno como um problema Judiciário.

REFERÊNCIAS

- DA SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/tomo/9>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Política não criminal e Processo Penal: A intersecção a partir das Falsas Memórias da Testemunha e seu possível impacto carcerário. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal — UFRGS**, v. 2, n. 1, p. 15–28, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/51816>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- G1. Ex-estudante de psicologia passa quase um ano preso por estupro que não cometeu: ‘Minha vida parou ali’. **G1**, 25 ago. 2021. Disponível em: ht-

[tps://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2021/08/25/ex-estudante-de-psicologia-passa-quase-um-ano-presos-por-estupro-que-nao-cometeu-minha-vida-parou-ali.ghtml](https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2021/08/25/ex-estudante-de-psicologia-passa-quase-um-ano-presos-por-estupro-que-nao-cometeu-minha-vida-parou-ali.ghtml). Acesso em: 28 set. 2021.

MORAIS DA ROSA, A. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência branda e o quadro mental paranoico no processo penal. *In*: AZAMBUJA, M. R. F.; FERREIRA, M. H. M. (org.). **Violência sexual contra crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536324869/cfi/86!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PINTO, Nathália Cristina da Silva; MADRID, Fernanda de Matos. O erro judiciário e as injustiças causadas. **ETIC**, São Paulo, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8660>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SANTOS, Amanda; COSTA, Túlio. AS PROVAS NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise acerca da dificuldade em se comprovar a materialidade do delito do *caput* do artigo 213 do Código Penal após o advento da Lei 12.015/2009. **Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional de FCR**, Porto Velho-RO, p. 750–775, 13 jun 2017. Disponível em: <https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongdireitoconstitucional/article/view/163/201>. Acesso em: 23 ago. 2021.

O PODER DE AUTOTUTELA E A SUA MANIFESTAÇÃO NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS BRASILEIRAS

*Gabriela De Oliveira Domingos Tavares*⁸⁸

*Ivan Aparecido Ruiz*⁸⁹

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a autotutela se consolidou como o meio alternativo de resolução de conflitos, no qual o homem utilizava a força e as próprias razões para garantir o cumprimento de sua vontade. Com o avanço das civilizações, o ente estatal se tornou o único detentor legal do uso da força, como é o caso do Estado brasileiro em que o poder de autotutela integra a administração pública.

Dessa forma, considerando o arcabouço científico sobre autotutela, este estudo objetiva uma análise longitudinal das características da produção científica publicada nos últimos 10 anos e busca responder a seguinte questão de pesquisa: *Quais as características da produção científica dos artigos na área temática de autotutela no Brasil?*

Este estudo se justifica pela importância do tema em apresentar um panorama das publicações sobre a autotutela, propiciando um delinea-

88 Discente do curso de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá — UEM, participante do PIC/UEM.

89 Professor associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR); Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — FDUL (2013) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP (2003).

mento acerca de pesquisas sobre a autotutela e sua emergência para o momento atual, de crise econômica e pandêmica.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O surgimento da autotutela está ligado ao início da humanidade em que o homem vivia em um estado de natureza, apenas com os avanços da sociedade e a instituição da ordem pública os desacordos passaram a serem resolvidos pelo Estado-juiz (FARIA, 2017). Desse modo, com a organização da administração pública, a máxima “olho por olho e dente por dente” se tornou um desvio à norma e todos os conflitos passaram a ter o Estado como o intermediador para a solução dos litígios (FARIA, 2017).

Por meio da autotutela, o Estado possui a habilidade de domínio sobre suas práticas, corrigindo e invalidando suas ações quando verifica algo ilegítimo, devendo agir sempre em respeito à lei e em concordância com o ordenamento vigente (OLIVEIRA, 2014). Segundo Cassoli (2016), a autotutela pode ser definida como o poder do Estado em rever e monitorar suas práticas, para que todos os atos praticados estejam em conformidade com a lei.

Entende-se que o sistema institucional, alicerçado no preceito de garantia constitucional, busca impedir que o Estado utilize do arbítrio e domínio estatal sobre os conceitos indispensáveis da coletividade. Ademais, de acordo com o art. 54 da Lei nº 9.784/99, decai em cinco anos o direito de o ente estatal invalidar seus atos (OLIVEIRA, 2014). Além disso, o dever do Estado em rever seus próprios atos durante um período inacabável é sustentado por alguns pensadores do direito, sendo que os refutadores à restrição do seu uso argumentam sobre o predomínio da relevância do Estado sobre o individual, uma vez que a administração pública poderia corrigir uma prática defeituosa (OLIVEIRA, 2014,).

Em linhas gerais, o ente público utiliza a justiça com o fim de reconciliação e harmonização social, para que as instituições permaneçam estruturadas de maneira lógica (FARIA, 2017). A resolução de conflitos sem a participação estatal está em diversas áreas jurídicas, a qual só pode ser desempenhada se estiver em consonância com a norma, como exemplifica o Código Penal quanto ao estado de necessidade e a legítima defesa (FARIA, 2017).

METODOLOGIA

Este estudo é classificado como qualitativo, descritivo, de levantamento bibliográfico, realizado em fontes secundárias. A análise bibliográfica consistiu na leitura e análise de artigos científicos, por meio da base de dados Google Acadêmico e geridos pelo Mendeley©, com o recorte temporal do período de 2010 a 2020. A busca dos dados ocorreu em 29 de dezembro de 2020. Como não foi possível fazer a seleção apenas de artigos, utilizou-se a “Pesquisa Avançada” e definida à frase exata “autotutela” no título do artigo.

Ainda, foi desmarcado o item “incluir citações”, resultando um total de 122 documentos. Após, procedeu-se a construção do portfólio bibliográfico, resultando em um quantitativo de 13 artigos, os quais subsidiaram a realização desta pesquisa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As pesquisas sobre autotutela, além de esboçarem um contexto histórico de como esta foi utilizada em tempos remotos pelos particulares, demonstram sua evolução no ordenamento jurídico, principalmente a partir da intervenção do Estado como mediador das soluções de conflito. Exemplificado, de acordo com a literatura acadêmica, pode se perceber que com a presença do Estado a autotutela foi regulamentada, sendo admitida em raras ocasiões, como no art. 1.210 do Código Civil nos casos de turbação, esbulho e violação eminente, determinando que a defesa deva ser realizada de forma a restaurar a posse ou quando necessária à conservação (COUTINHO, 2019). Posto isso, quando o sujeito sofrer esbulho possessório ou turbação, a autotutela deve ser exercida de maneira instantânea em relação ao ocorrido e adequada no exercício da força (COUTINHO, 2019).

Já nos casos de legítima defesa, a utilização da autotutela deve se dar apenas para zelar pelo direito do indivíduo e jamais ultrapassar a sua finalidade, uma vez que deve ser utilizada como um modo de defesa e não de sanção a terceiros (FARIA, 2017). A greve também é uma forma de autotutela, na qual os trabalhadores interrompem sua jornada de trabalho por um período de tempo quando entender que tiveram um direito violado (FARIA, 2017).

A autotutela também é admitida por meio do Estado, ao reconsiderar práticas, como está ordenado no Direito Administrativo (FARIA, 2017). Nesse sentido, o ente estatal atua para repelir possíveis ações ilícitas, sob sanção de incorrer em improbidade administrativa (FARIA, 2017). Além disso, a autotutela é possível no estado de defesa e no estado de sítio — conforme constam na Lei maior —, mas em razão das matrizes constitucional e democráticas em que o nosso Estado foi fundado não é permitido que a administração pública recorresse a esses meios sem a correta necessidade, visto que ambos possuem como único motivo a preservação da República e de todos os seus órgãos (FARIA, 2017). Igualmente, é permitido pelo Código Civil no art. 1.283 que poderão ser aparados quando ultrapassem divisas e adentrem propriedade de terceiros (FARIA, 2017).

Por conseguinte, ao conferir o poder de autotutela à administração pública, as súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal atuam para que possam tornar nulos os atos praticados, além da possibilidade de revogação, esta pela própria Administração Pública, constituindo um poder de domínio estatal (CASSOLI, 2016). Devido à publicação dessas Súmulas, o poder de autotutela do ente público é evidenciado como um meio de monitorar de forma íntima todos os atos e, caso ocorra alguma prática que seja avessa à lei, será possível a anulação (CASSOLI, 2016). Dessa forma, a autotutela deve ser permitida nos casos elencados pela legislação.

CONCLUSÕES

Historicamente a autotutela tem se apresentado como um método de resolução de conflitos não jurisdicional que evoluiu com o tempo e passou a ser aceita no ordenamento jurídico em casos regulamentados por lei. Por meio da revisão de literatura, foi possível identificar que a literatura nacional, com destaque na administração pública, carece de pesquisas voltadas à autotutela, fato que pode ser constatado pelas poucas publicações encontradas na base de dados utilizada.

As abstrações e sínteses quanto ao levantamento bibliográfico são as de que a autotutela passou por inovações desde a antiguidade, quando era utilizada como uma forma de justiça particular e com a formação do Estado passou a integrar o ordenamento jurídico como um princípio da administração pública. O presente resumo pretende contribuir para os

debates sobre a autotutela no âmbito dos entes federados, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas proporcionar uma reflexão sobre os estudos que foram realizados para socializar e ampliar o conhecimento acerca deste eixo temático.

REFERÊNCIAS

- CASSOLI, M. M. M. *et al.* O princípio da autotutela na Administração Pública à luz das Súmulas 346 e 473 do STF com ênfase nos princípios do contraditório e da ampla defesa. **E-Civitas**, v. 8, n. 2, 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4680/3147>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- COUTINHO, N. C. de A. Direito à educação e ocupação de escolas públicas: um estudo acerca da autotutela administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista De Direito Administrativo**, v. 278, n. 1, p. 87–106, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.79028>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- FARIA, J. G. F. O. A autotutela como falência do contrato social. **Revista Jurídica on-line do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP**, v. 1, p. 1–53, 2017. Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/revdir/article/view/791>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- OLIVEIRA, F. A. de. O princípio da reciprocidade e sua função garantista em face do poder de autotutela do Estado. **Revista Digital De Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 257–272, 2015. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1p257-272>. Acesso em: 29 dez. 2021.

LEI DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO: ASPECTOS GERAIS E PRESSUPOSTOS

*Naira Neila Batista de Oliveira Norte*⁹⁰

*Maria Clara Rojas Cabral*⁹¹

INTRODUÇÃO

A finalidade desta pesquisa é averiguar e constatar os motivos pelos quais a Lei 14.181/2021 foi sancionada e verificar as mudanças advindas dela no Código de Defesa do Consumidor e da relação com o endividamento maciço, principalmente em terras brasileiras e a relação entre os credores. Para tanto, foram estudadas opiniões de magistrados e as jurisprudências acerca da referida Lei.

Em 1º de julho de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.181/2021 — Lei do Superendividamento —, que foi fruto de um longo debate na sociedade brasileira no que tange às concessões de crédito nas relações de consumidor. Sua elaboração foi feita por ilustres juristas, dentre os quais o ministro do Superior Tribunal de Justiça Hermann Benjamin e a professora Cláudia Lima Marques.

90 Doutoranda da USP-DINTER FEA/USP-UEA. Pós-graduação em Direito Processual PUC-MINAS e em Direito Civil —UFAM. Juíza de Direito do TJAM. Professora de Direito da Universidade do Estado do Amazonas — UEA e da Escola da Magistratura do Amazonas.

91 Graduanda do Sétimo Período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas — UEA.

O ato normativo foi posto em questões de debate por quase dez anos, primeiramente como Projeto de Lei no Senado nº 283/2012, com a subsequente designação pela Câmara dos Deputados em 2015, sob o Projeto de Lei nº 3515/2015. Há um dado muito contundente: 62 milhões de brasileiros estão endividados, segundo dados do SERASA — Mapa da Inadimplência do Brasil.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Ainda existe neste caso o fenômeno do superendividamento, e esse termo se refere às pessoas que possuem dívidas, vencidas ou não, que geram inseguranças no que se chama de “mínimo existencial”, cujo cerne é preconizado principalmente no Direito Constitucional e se relaciona com as questões de sobrevivência e ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Não obstante tal situação, o cenário pandêmico agravou este montante de 30 milhões de superendividados.

O texto aprovado no Congresso Nacional previa que “a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal”, o que servia de parâmetro para a configuração do “mínimo existencial”. Contudo, o mencionado dispositivo sofreu veto presidencial e não foi incorporado ao CDC, sob o fundamento de que a restrição ao percentual de 30% contrariaria o interesse público.

A referida Lei possui a finalidade no que diz respeito aos consumidores que compram produtos ou contratam crédito em instituições financeiras, mas ficam impossibilitados de honrar as parcelas, seja por desemprego, doença ou outra razão.

O artigo 104-A do Código de Defesa do Consumidor prevê que o consumidor superendividado poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, o qual terá como finalidade a realização de audiência conciliatória com os credores. Nessa ocasião, o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com o prazo máximo de 5 anos.

Órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) terão competência para promover a fase conciliatória do processo de repactuação das dívidas, como já foi mencionado, da conciliação administrativa, e nesse caso haverá audiência global com todos os credores.

O juiz poderá nomear administrador judicial, caso a medida não onere as partes. A função desse administrador é primariamente apresentar planos de pagamentos com medidas de temporização ou atenuação dos encargos. O plano compulsório, cuja designação o administrador propõe, deverá assegurar, no mínimo, o valor principal, agora corrigido monetariamente.

Alguns aspectos concernentes à lei são:

- Torna direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial;
- Torna nula cláusulas contratuais de produtos ou serviços que limitem o acesso ao Poder Judiciário ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento depois da quitação de juros de mora ou de acordo com os credores;
- Obriga bancos, financiadoras e empresas que vendem a prazo a informar ao consumidor o custo efetivo total, a taxa mensal efetiva de juros e os encargos por atraso, o total de prestações e o direito de antecipar o pagamento da dívida ou parcelamento sem novos encargos. As ofertas de empréstimo ou de venda a prazo deverão informar ainda a soma total a pagar, com e sem financiamento;
- Proíbe propagandas de empréstimos do tipo “sem consulta ao SPC” ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;
- Proíbe o assédio ou a pressão sobre consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente em caso de idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade;
- Permite que o consumidor informe à administradora do cartão crédito, com dez dias de antecedência do vencimento da fatura, sobre parcela que está em disputa com o fornecedor. O valor não poderá ser cobrado enquanto não houver uma solução para a disputa.

METODOLOGIA

Para a consecução do trabalho foi realizada pesquisa teórica, vinculada à respectiva revisão bibliográfica acerca da matéria tratada, com método indutivo-dedutivo.

Assim, a metodologia do presente projeto consistiu em estudo bibliográfico, além da análise de jurisprudência para se verificar acerca da aplicação efetiva e correta da referida Lei 14.181/2021, lei do Superendividamento.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como foi visto, a importância da lei 14.181/2021 — a Lei do Superendividamento, sancionada em julho de 2021 — tem fundo constitucional, pois visa garantir a segurança jurídica, tendo como plano de fundo a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, princípios estes imprescindíveis para a manutenção da vida humana e do bem-estar social. Salienta-se que tem o fito de evitar o superendividamento, uma condição muito mais recorrente agora em cenário pandêmico na população brasileira.

CONCLUSÃO

O que se conclui com este estudo, sobretudo com o estudo jurisprudencial e dos magistrados, bem como com o que foi explanado no presente, é que a Lei 14.181/2021, a Lei do Superendividamento, é importantíssima no que tange a uma nova roupagem do Código de Defesa do Consumidor e às questões de dívidas e de audiências conciliatórias, de modo a vislumbrar novos tempos no que se refere a esses quesitos.

REFERÊNCIAS

- JUNIOR, Janary. Câmara dos Deputados-Sancionada Lei com Ações Contra Superendividamento de Consumidores. **Agência Câmara de Notícias**, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/780852-sancionada-lei-com-acoes-contra-superendividamento-de-consumidores/>. Acesso em: 25 set. 2021.
- LAHOZ, Maria Alice Trentini; DA SILVA, Vitor Esmanhotto. **Breves apontamentos à Lei do Superendividamento**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/opinia0-breves-apontamentos-lei-superendividamento>. Acesso em: 25 set. 2021.

TOLENTINO, Advogados. **Em vigor a Lei 14.181/2021 — A Lei do Superendividamento**. Disponível em <http://tolentino.adv.br/entrou-em-vigor-a-lei-no-14-181-2021-conhecida-como-a-lei-do-superendividamento/>. Acesso em: em 25 set. 2021.

VILELA, Luiza. **Conheça a Lei do Superendividamento e saiba o que ela traz de mudança**. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2021/07/21/lei-superendividamento-mudanca/>. Acesso em: 25 set. 2021.

A IMPORTÂNCIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Jackeline de Brito Santos*⁹²

*Naira Neila Batista de Oliveira Norte*⁹³

INTRODUÇÃO

A Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente, instituída e regida pela Lei 13.105/2015, surgiu com uma forte influência de países que já adotam práticas semelhantes, como o exemplo do *référé* francês que sempre é lembrado pelos doutrinadores. A exposição do perigo de dano ao direito ou do risco ao resultado útil do processo, por sua vez, tem relação com o *periculum in mora*, tratando-se do requisito demonstrativo de que é urgente a necessidade de concessão da tutela reclamada antecipadamente.

92 Formanda do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

93 Doutoranda da USP-Dinter FEA/USP-UEA. Mestre em Direito Ambiental – UEA, Pós graduação em Direito Processual – PUC/Minas, em Direito Civil – UFAM. Juíza de Direito do TJAM. Professora de Direito da UEA – Universidade do Estado do Amazonas e da Escola de Magistratura do Amazonas.

O presente trabalho busca refletir sobre a importância da estabilização, pois qualquer das partes poderá demandar a outra, no prazo de dois anos (artigo 304, §5º, CPC 2015); logo, a estabilização pode ser vantajosa para todos por uma questão de celeridade e economia processual, além de colaborar para a diminuição do número de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, sem ferir os demais princípios do código de processo civil, como: o contraditório, a igualdade no processo e a cooperação.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Segundo Fernando Gajardoni (2015), uma das grandes novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil, há muito defendida pela doutrina com amparo no direito italiano e francês, a qual me filio, consiste na possibilidade de admitir que tutelas antecipatórias antecedentes, em certas circunstâncias, se tornem estáveis.

É válido destacar que na apresentação do pedido de tutela antecipada antecedente, na inicial, apesar da exposição do conflito ser de forma sumarizada, além do requisito da tutela antecipada, deverá conter: a indicação do pedido de tutela final; a exposição do conflito; a exposição do direito que se busca realizar; a exposição do valor da causa; e a pretensão em se valer do direito de apresentar a petição inicial sumarizada.

Logo, não ocorre de qualquer forma, por ser sumarizada, pois a exposição do conflito tem por escopo permitir ao juiz aferir o interesse processual na obtenção da tutela antecipada, isto é, a existência de necessidade do provimento jurisdicional, de resistência da parte adversa.

Assim, embora o dispositivo seja silente, essa exposição deve vir acompanhada de elementos que demonstrem a probabilidade do direito, seja por meio de prova documental, pré-constituída, seja por prova oral colhida em justificação prévia (artigo 300, *caput*, e §2º, CPC/2015), sob pena de a tutela não ser deferida, ou seja, existe todo um cuidado na análise do pedido da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

É interessante salientar que na própria petição inicial, que requer a concessão de tutela antecipada, o autor já deverá indicar no valor da causa que será levado em consideração o pedido da tutela final, pois haverá ape-

nas um único procedimento, assim com um único recolhimento de custas processuais pelas tutelas provisórias e final (artigo 303, §4º, CPC/2015).

Portanto, pela técnica da estabilização da tutela antecipada o sistema permite que a tutela provisória deferida conserve sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, a ser proferida em cognição exauriente.

Nesses casos, o pedido principal só será formulado se as partes tiverem interesse na obtenção de decisão definitiva sobre o direito controvertido e, até lá, os efeitos da tutela provisória permanecem estáveis, operando plenos efeitos como se decisão definitiva de mérito fosse (artigo 304, §3º, CPC/2015).

Dessa forma, observa-se a tamanha importância da estabilização, pois na medida em que a estabilização da tutela provisória seja apta a satisfazer plenamente o direito da parte e conte com a inércia do adverso, pode haver desinteresse na continuidade do processo ou na propositura de nova ação, com reflexos positivos no movimento judiciário.

Portanto, a estabilização é medida proporcional e razoável, pois por um lado desestimula a propositura de processos inúteis, resultando em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas (artigo 5º, LXXVIII, da CF), e por outro lado não afasta a possibilidade de as partes, assim querendo, obterem cognição plena sobre o objeto do processo (BAURMANN, 2010, p. 36).

Nesse sentido, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é vantajosa para todas as partes envolvidas no processo, uma vez que, ao julgar procedente a petição inicial, depois de o magistrado verificar os requisitos do artigo 301 do CPC, não impede o requerente de fazer o aditamento, conforme o artigo 303, § 1º, I do CPC, assim como também o requerido pode valer-se do recurso, apesar da atecnia do emprego da expressão recurso no *caput* do artigo 304 do CPC, que, de acordo com o entendimento do autor Fernando Gajardoni (2015), deveria ter a expressão lida de modo mais amplo: “qualquer expediente tendente a atacar a decisão antecipatória seria suficiente para afastar a estabilização”.

Logo, todas as partes têm oportunidade de expor seus interesses ao longo do processo, cooperando assim para a economia processual por meio da estabilização da decisão.

METODOLOGIA

Para a consecução do trabalho foi realizada pesquisa teórica, vinculada à respectiva revisão bibliográfica acerca da matéria tratada em doutrinas, artigos acadêmicos, jurisprudências e na lei 13.105/2015, com método indutivo-dedutivo.

Assim, a metodologia do presente projeto consistiu em estudo bibliográfico, além da análise de jurisprudência para se verificar acerca da importância da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e do seu eficiente papel no Processo Civil.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como foi visto, a importância da estabilização a partir de leituras bibliográficas, considerando sobretudo os princípios dispostos no Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Salienta-se que tem o fito de desembaraçar o judiciário sem gerar danos aos litigantes com relação à segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa propôs como objetivo geral explicitar a importância da estabilização, de forma sintética, a partir de recortes bibliográficos, considerando sobretudo os princípios dispostos no Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015.

O que se conclui com este estudo, sobretudo com base na Constituição da República Federativa do Brasil e em entendimento doutrinário, é que a estabilização é medida proporcional e razoável pois, por um lado, desestimula a propositura de processos inúteis, resultando em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas; e, por outro lado, não afasta a possibilidade de as partes, assim querendo, obterem cognição plena sobre o objeto do processo.

No entanto, não deixa de ser uma novidade no processo civil brasileiro o fato de, doravante, haver coisa julgada sobre tutelas sumárias estabilizadas não revistas no prazo de 2 anos, e, por conseguinte, caber ação rescisória contra elas.

REFERÊNCIAS

- BAURMANN, Desirê. Estabilização da tutela antecipada. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, UERJ, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21567>.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015**. Parte geral. 2 ed. São Paulo.
- NICACIO, Eduardo. A Possibilidade de formação de Coisa Julgada Material na Estabilização da Tutela de Urgência Concedida em caráter Antecedente. Jusbrasil, 2022c. Disponível em: <https://eduardornicacio.jusbrasil.com.br/artigos/664098253/a-possibilidade-de-formacao-de-coisa-julgada-material-na-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-concedida-em-carater-antecedente>.
- RAATZ, Igor. STJ acerta ao reinterpretar o instituto da estabilização da tutela. **Boletim de notícias ConJur**, 7 dez. 2019, 8h32. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/diario-classe-stj-acerta-reinterpretar-instituto-estabilizacao-tutela-antecipada>.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

*Kerston Marques Silva Benevides*⁹⁴

INTRODUÇÃO

A aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no Brasil tem seu início em 2017, instituída pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. O fato de ser aplicado inicialmente a partir de uma resolução funda a aplicação do instituto, até o ano de 2019, em uma importante discussão. O referido Conselho teria usurpado a função legislativa designada pela Constituição Federal, no art. 22, I que dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual.

No ano de 2019, é aprovada, no âmbito legislativo, a Lei Federal nº 13.964, que inclui, por meio do art. 28-A, o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal brasileiro. A inclusão pela lei — que passa a ter vigência em 2020 — põe fim à discussão e positiva o instituto na legislação do país. O acordo de não persecução penal, então, figura como mais uma “costura” no Código de Processo Penal do Brasil, que

94 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bolsista PROSUC/CAPES. Especialista em Direito Penal e Criminologia — PUCRS. Bacharel em Direito — UNIVERSO Goiânia. Advogado. Membro da Comissão de Direito Criminal da OAB/GO. Servidor do Instituto Federal de Goiás.

teve sua decretação em 1941 — e, de lá para cá, tornou-se a famigerada colcha de retalhos que se conhece hoje.

O acordo de não persecução penal é um instituto importado do sistema anglo-americano, portanto, de um sistema acusatório, para o sistema brasileiro — de matriz essencialmente inquisitorial —, e requer uma análise sobre seus requisitos, especialmente levando em consideração a realidade do sistema punitivo no país.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Compreende-se que, antes de iniciar uma discussão sobre o instituto do ANPP propriamente dito, é preciso compreender sua origem no sistema acusatório e sua implantação no sistema brasileiro, de matriz essencialmente inquisitorial. Para Gilson Bonato, a principal diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório reside na questão da divisão dos poderes no processo. O sistema acusatório parte da premissa da igualdade entre as partes, a separação do órgão julgador da acusação e a condição do julgador como um terceiro imparcial — suprapartes. Já o sistema inquisitório pressupõe a concentração de poderes na mão do julgador, que investiga, acusa e julga (BONATO, 2003, p. 89–90). Parte da doutrina sustenta que no Brasil funciona um sistema misto, em que há separação entre acusação e julgador, no entanto, com poderes concedidos ao julgador para que ordene a produção de provas.

Para estabelecer a tratativa acerca da voluntariedade do acordo, recorre-se ao professor Jacinto Coutinho, que tratará o tema a partir de uma crítica ao desequilíbrio da paridade de armas entre acusação e defesa. De um lado, tem-se a máquina estatal que investiga, produz indícios e acusa e, de outro, o acusado assistido por seu defensor. Nesse caso, não se demonstra equilíbrio das partes na negociação.

A celebração do ANPP prevê ainda que haja a mitigação do princípio da obrigatoriedade, o que será abordado por Vinícius Vasconcellos. Não poderia ser diferente, já que o acordo é importado de um sistema onde impera o princípio da oportunidade e não seria possível sua aplicação sem a flexibilização daquele. Caso o princípio da obrigatoriedade da ação penal fosse tomado como absoluto, as únicas alternativas do Ministério Público seriam o oferecimento da denúncia ou o arquivamento, sendo

inviável uma terceira opção, como a do acordo de não persecução penal. Também nesse sentido discorre o Prof. Juarez Cirino dos Santos.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para o desenvolvimento desse estudo é essencialmente a de levantamento bibliográfico. A partir da fundamentação teórica reúnem-se os elementos fundantes da discussão acerca da importação do acordo de não persecução penal. Em seguida, discute-se o ANPP em sede de ordenamento jurídico brasileiro, passando-se, então, às considerações finais que, mais do que pretensões conclusivas, suscitam ainda mais o debate acerca do tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Acordo de Não Persecução Penal está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Para a proposição do acordo é necessário que não seja caso de arquivamento e que a pena mínima para a infração penal seja inferior a quatro anos.

O acordo, portanto, é um compromisso pelo Ministério Público de não oferecimento da denúncia, mediante o cumprimento das condições ajustadas e formalizadas por escrito.

A primeira ressalva que se deve fazer é com relação à confissão da prática da infração penal. Segundo o texto do art. 28-A, a confissão é condição *sine qua non* para a celebração do acordo. Aqui se questiona qual a real necessidade da confissão para a validade de tal instituto. Ao confessar, o acusado abre mão de seu direito fundamental à não autoincriminação, abre mão do direito a ficar em silêncio.

Existe a premissa, considerando a primeira parte do artigo, de que o Ministério Público já tenha elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, já que o acordo só pode ser celebrado quando não for o caso de arquivamento. Se o órgão já tem os elementos suficientes para o possível oferecimento de denúncia, qual o sentido da confissão para a celebração do acordo?

Outra questão a ser observada é a da voluntariedade dessa confissão. Apesar de o acusado ter que ser assistido por seu defensor, é

possível questionar a voluntariedade de uma condição que se apresenta como obrigatória. Caso o acusado decida não confessar ele abre mão do acordo e autoriza o Ministério Público a oferecer a denúncia, o que não parece proporcional.

Ainda com relação à voluntariedade, é possível questionar a real condição de igualdade processual entre acusado e órgão acusador. Segundo Jacinto Coutinho, na celebração do acordo o MP age como parte e como tal fará de tudo para vencer a negociação, com a vantagem de ter a máquina estatal ao seu lado (COUTINHO, 2019).

Reza o § 4º do art. 28-A que a voluntariedade do investigado para a celebração do acordo de não persecução penal será verificada pelo juiz na audiência de homologação do acordo. “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade” (BRASIL, 2019). Não há, contudo, no texto legal, qualquer requisito objetivo para aferição dessa voluntariedade.

Outro ponto que merece destaque com relação ao acordo é a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Vinícius Vasconcellos entende que há uma “oportunidade legalmente regulada”, o autor evita a contraposição entre oportunidade e legalidade — legalidade esta que confere a obrigatoriedade da ação penal vinculando o Ministério Público — e alega que há situações em que a própria lei permite momentos de oportunidade, como no caso da proposição de ANPP (VASCONCELLOS, 2015, p. 51). Ainda nessa seara, o Prof. Juarez Cirino dos Santos trata a segunda hipótese tão somente como princípio da oportunidade: “o princípio da oportunidade define exceções à regra do princípio da legalidade” (SANTOS, p. 674).

CONCLUSÕES

Não existe instituto sem contexto de aplicação. Esse é o alerta para a compreensão de que não pode existir a análise de um instituto jurídico-processual sem se considerar o contexto no qual esse instituto é inserido, especialmente quando o referido instituto se trata de uma importação de outro sistema de justiça criminal. É o caso do acordo de não persecução penal.

O ANPP é proveniente do sistema acusatório e a não observância de suas características originárias, aliadas às do sistema que a recebe, pode causar efeitos perversos — num sistema punitivo já eivado de arbitrariedades.

A breve análise, neste resumo, de pontos controversos do acordo de não persecução penal, incluído no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/2019, levanta inquietações que demonstram a necessidade de se cuidar da supressão de garantias processuais, notadamente com relação à obrigatoriedade de confissão, e consequente disposição do direito ao silêncio e à não autoincriminação, com relação à voluntariedade do acusado, bem como com relação aos espaços de discricionariedade e decisionismo concedidos tanto ao órgão acusador quanto ao juiz — ambos braços do sistema punitivo estatal.

O acordo de não persecução penal vem no bojo de um contexto de acirramento das políticas autoritárias neoliberais e parece ocultar interesses diversos de seu discurso justificador.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 de jun. 2021.
- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim do IBC-CRIM**, ano 27, n. 317, 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/75/748>. Acesso em: 18 jun. 2021.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal.** Parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

AS REDES DE PROTEÇÃO COMO ESTRUTURA DE PREVENÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA: UMA VISÃO SOCIAL DA POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ JUNTO A GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS

*Danilo Alexandre Mori Azolini*⁹⁵

INTRODUÇÃO

Insertos em um cenário citadino de desigualdades e vulnerabilidades sociais, observa-se grande dificuldade dos órgãos do Estado em cumprir de modo pleno o que se estabelece no ordenamento jurídico pátrio quanto aos direitos fundamentais da pessoa humana. Apesar de todos os esforços despendidos, diversos grupos em situação de vulnerabilidade social são observados e sofrem com o presente panorama, em especial pela realidade desafiadora de se efetivar práticas sociais sob o prisma estatal e a necessidade de superação de obstáculos para o desenvolvimento de mecanismos e políticas públicas efetivas de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Vislumbra-se que grupos em situação de vulnerabilidade social necessitam de uma atuação focada na prevenção social, de modo que seja

95 Bacharel em Segurança Pública e Cidadania (UNESPAR); Bacharel em Direito (UNIFIL). Graduando em Sociologia e Filosofia (Estácio de Sá). Pós-graduado em Segurança Pública (UNINA).

fornecida toda a proteção necessária para que os órgãos públicos possam acolher, promover, exercer e afixar seus mecanismos de ação para o respeito e o cumprimento pleno dos direitos e garantias individuais.

É sob essa ótica que se faz necessário estabelecer um sistema de segurança pública condizente com as necessidades apresentadas pela comunidade, aparando as afiadas arestas existentes pela elevada desigualdade social observada no Brasil, e coadunando com órgãos públicos competentes para uma modificação da realidade observada.

Desse modo, para que haja uma atuação eficiente que, de fato, consiga proporcionar o exercício integral dos direitos fundamentais às pessoas em situação de vulnerabilidade social, almeja-se analisar, no presente estudo, a importância de que seja garantida a estruturação organizacional em rede de proteção, a qual se encontra disposta em compartilhamento de atribuições e responsabilidades com a finalidade de desenvolver as políticas públicas necessárias aos cuidados dos grupos socialmente vulneráveis.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

De acordo com informações obtidas no “Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil”, por meio do *Sistema Integrado de Informação Penitenciária* (InfoPen, 2015), no ano de 2014 aproximadamente 60% das pessoas presas no Brasil eram negras, número que aumentou após cinco anos, de modo que, em 2019, mais de 440 mil pessoas negras estavam encarceradas em todo o país.

Segundo dados integrados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), por meio do PNAD (Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios) e do InfoPen (PNAD; InfoPen, 2015), no ano de 2014 havia quase mil indígenas encarcerados no Brasil, e, somente no ano de 2016, aproximadamente 3 mil migrantes presos no país (InfoPen, 2017), em sua maioria pessoas advindas de países em conflito e em crise humanitária.

A Política Nacional de Pessoas Egressas do Sistema Prisional (PNPESP), pertencente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), explicitou, em sua publicação anual do ano de 2020, que os direitos das pessoas não passam a existir depois de sua inclusão em um catálogo de legislações. Os direitos positivados são resultados de avanços civilizatórios e de lutas sociais, adquirindo sentido com o movimento da realidade e do

direcionamento ético e político das relações envolvidas na sua aplicação (PNPESP, 2020, p. 30).

Compreender o processo de seletividade penal é aceitar que sua produção não é aleatória e acidental, pois se constitui no contexto da desigualdade socialmente produzida. Adorno (1994, p. 149) aponta que [as] desigualdades dos réus em relação a cor, naturalidade, ocupação e possibilidade de ter advogado constituído, tornam-se também desigualdades em relação à solução do processo: razões desta ordem concorrem para que o privilégio da sanção punitiva sobre determinados grupos — negros, migrantes e pobres em geral, se transforme de drama pessoal em drama social (BRASIL, CNJ, 2020, p. 62).

Ao observar o contexto de atuação voltado aos grupos em situação de vulnerabilidade social, é deveras importante que o Estado desenvolva e efetive todas as políticas públicas, em especial as políticas sociais, de modo a considerá-las como “estratégia de ação pensada, planejada e avaliada, guiada por uma racionalidade coletiva, na qual tanto Estado como a sociedade desempenham papéis ativos” (PEREIRA, 2009, p. 96).

Os debates, discussões e interações comunicativas e participativas entre os entes sociais permitem alcançar patamares efetivos para a resolução de conflitos no cenário social (HABERMAS, 1997), de modo que a rede de proteção pode ser compreendida como uma articulação de pessoas, organizações e instituições com o objetivo de compartilhar causas e projetos de modo igualitário, democrático e solidário (MOTTI; SANTOS, 2011).

Observando a sociedade como uma estrutura dinâmica e emaranhada de complexidades sociais, a Polícia Militar do Paraná representa um dos órgãos de interação social e, por sua atribuição constitucional, compete-lhe o exercício da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas (art. 144, *caput*, c/c parágrafo 5º, ambos da CF/88).

Não há como deixar de mencionar, também, a relevância da prevenção social no que tange aos migrantes, refugiados e apátridas — os quais representavam em todo o mundo, em 2017, mais de 250 milhões de pessoas (OIM, 2017) —, pois é preciso que seja possível realizar o acolhi-

mento, a proteção, a promoção de direitos e, de fato, a prevenção diante do risco social.

Conexões cognitivas acerca de bases normativas, a exemplo das Leis Federais nº 13.445/17 (Lei de Migração) e nº 9.474/97 (Lei de Refúgio), são relevantes de serem estudadas, buscando-se realizar pesquisa e debate acadêmico que possa ser materializado no cenário social, ultrapassando os limites teóricos e capilarizando-se no cenário da segurança pública.

Imperiosa é a visão de que a sociedade se molda composta de um emaranhado de grupos sociais, entre os quais se apresentam minorias sociais que, em não poucos casos, estão socialmente vulneráveis, de modo que a atuação do Estado em prol dessa população não só se vislumbra como importante mas, acima de tudo, como absolutamente necessária.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento deste estudo, a realização qualitativa por meio de pesquisa bibliográfica se mostrou imperiosa, coadunando-se publicações e dados estatísticos, com fulcro no que define Marconi e Lakatos (2003), com a finalidade de compreender, identificar e analisar o aparato envolto no protagonismo de segurança pública, no qual a Polícia Militar do Paraná se inclui, buscando-se a descoberta e a identificação do contexto de sua atuação nas políticas sociais, participação nas redes de proteção a grupos em situação de vulnerabilidade social e da prevenção social que possa ser gerada junto a demais órgãos de defesa dos direitos humanos.

Com a finalidade de aprofundar os conhecimentos acerca da temática, bem como proporcionar maior familiaridade com o contexto social a ser pesquisado, é possível considerar como fonte de pesquisa documental “[...] documentos oficiais, reportagens de jornal, cartas, contratos, diários, filmes, fotografias, gravações [...], relatórios de pesquisa, tabelas estatísticas etc.”, conforme dispõem Gil (2008, p. 51) e Marconi e Lakatos (2003, p. 176).

CONCLUSÕES

Diante do arcabouço estruturado sobre a presente temática, observa-se que a Polícia Militar possui um papel de protagonismo junto ao desen-

volvimento e à efetividade de políticas públicas para grupos socialmente vulneráveis, atuando diretamente na defesa dos direitos humanos junto a demais órgãos e instituições em corresponsabilidade social.

No contexto sociológico da realidade brasileira e também mundial, é possível analisar inúmeros grupos em situação de vulnerabilidade social, cada qual com suas peculiaridades e com suas necessidades intrínsecas e, sobretudo, observa-se de modo imperioso a estruturação pública para a defesa dos direitos humanos e constitucionalmente alicerçados.

Os grupos mencionados no presente estudo representam apenas alguns dos inúmeros grupos sociais que necessitam de uma atuação específica do Poder Público, a fim de que seja possível concretizar as medidas constitucionais de proteção e de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, demonstrando a necessidade de uma metodologia de atuação constante e estruturada entre os órgãos.

Desse modo, estabelecendo pesquisas, lapidando conceitos, estudando e desenvolvendo ações efetivas em políticas públicas e sociais acerca da atuação das redes de proteção aos grupos em situação de vulnerabilidade social será possível, cada vez mais, efetivar os direitos e garantias constitucionais da pessoa humana junto à realidade social observada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 out. 1988, Brasília-Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)**. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 28 abr. 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES (OIM). **Banco de dados sobre migração**. Disponível em: <https://brazil.iom.int/oim-no-brasil>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PEREIRA, Potyara A. P. Discussões conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania. *In: Política social no capitalismo: tendências contemporâneas*. São Paulo, Editora Cortez, 2009.

ENSINO PÚBLICO, A NECESSIDADE DE EFETIVAR A GESTÃO DEMOCRÁTICA PARA ALCANÇAR O SUCESSO ADMINISTRATIVO

Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar⁹⁶

INTRODUÇÃO

O termo gestão está relacionado à administração, isto é, uma organização direcionada à efetivação de metas. De acordo com Maximiano (2007), administrar é uma tarefa em que os indivíduos visam a realização de seus objetivos particulares ou de terceiros com o intuito de atingir as metas projetadas. Dessas metas compreendem as resoluções que constituem a base do ato de administrar e que são primordiais.

Ainda segundo Maximiano (2007), o planejamento, a organização, a liderança, a execução e o controle são classificados como decisões e finalidades das quais dependem o ato de administrar, pois do contrário essa ação não seria completa.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As fases do processo de gestão, avaliação, planejamento, liderança e organização proporcionam a conquista dos objetivos propostos de manei-

96 Mestrado em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação-PROFNIT(UFPI); Esp.Direito Digital e Compliance; Esp.Docência do Ensino Superior e Metodologias Ativas do Aprendizado; MBA em Gestão Estratégica da Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual; Analista de Sistemas.

ra eficaz, uma vez que consente no progresso das ações, na monitorização das tarefas e, com isso, contribui para que possam ser efetuadas as devidas correções, além de permitir que essas operações sejam feitas de modo organizado e com uma liderança que impulse os colaboradores (NETO, 2010).

A gestão está presente em todas as organizações e entidades, sejam públicas ou privadas, e é considerada de suma importância também na área da educação. A gestão escolar abrange as atribuições que as escolas dispõem, bem como o desenvolver e executar a proposta pedagógica, comandar o pessoal e os fundos financeiros e materiais. De acordo com a afirmação de Luck:

A gestão escolar constitui uma das áreas de atuação profissional na educação destinada a realizar o planejamento, a organização, a liderança, a orientação, a mediação, a coordenação, o monitoramento e a avaliação dos processos necessários à efetividade das ações educacionais orientadas para a promoção da aprendizagem e formação dos alunos (LUCK, 2009, p. 23).

Acredita-se que a gestão escolar foi desenvolvida não para substituir a administração educacional, mas para complementá-la em conceitos que não eram abrangidos até então. Luck (2007) corrobora ao declarar que:

O conceito de gestão educacional, portanto, pressupõe um entendimento diferente da realidade, dos elementos envolvidos em uma ação e das próprias pessoas em seu contexto; abrange uma série de concepções, tendo como foco a interatividade social, não considerada pelo conceito de administração, e, portanto, superando-a (LUCK, 2007, p. 55).

METODOLOGIA

No campo exploratório, a pesquisa utilizou o levantamento bibliográfico. Tratando-se da revisão bibliográfica, a pesquisa contou com levantamento de dados a respeito da Gestão Escolar, em que foi necessário fazer um levantamento de teorias acerca de fontes concernentes à temática

de estudo publicadas em livros e artigos, além de documentos legítimos disponibilizados na *internet*.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

De acordo com Lopes (2013), o sistema de gestão nas organizações educacionais precisa ser de caráter universal, sendo constituído como incumbência de todos os colaboradores da escola. Desse processo fazem parte os professores, coordenador pedagógico, supervisor de ensino, outros funcionários que compõem a instituição e o diretor escolar, além da família, que tem um papel crucial e relevante nesse sistema. Logo, a gestão escolar precisa ser estabelecida de modo coletivo, não pode ser segmentada, mas sim democrática e participativa (LOPES, 2013, p. 29).

A gestão democrática acarreta a execução de novos processos de gestão e organização respaldados em uma prática que facilite os processos da coletividade e interativos de decisão (BRASIL, 2004).

É fundamental que o grupo social faça parte da gestão escolar por meio dos conselhos escolares, pois esta democratização escolar beneficia tanto a equipe interna (escola) quanto a comunidade em geral. De acordo com Tauchen (2013), a complexidade do funcionamento dos modelos de educação cresce gradativamente. Tal evento é comprovado pelas diversas funções e as necessidades de assistência às organizações escolares, aos alunos, aos professores e às comunidades. Nesse contexto, o sistema administrativo excessivamente burocrático não é capaz de atender e compreender as causas regionais e universais, ficando impotente diante dessa situação. É preciso fazer a dissociação tanto financeira quanto administrativa, a participação e emancipação, o que proporciona maior eficiência de adequação às exigências locais e ao enfrentamento das dificuldades cotidianas.

Desse cenário surgem as pesquisas e os debates a respeito da gestão educacional, que precisa superar as ações impregnadas pela visão limitada da gestão. Nas palavras de Luck:

A gestão escolar constitui uma dimensão e um enfoque de atuação que objetiva promover a organização, a mobilização e a articulação de todas as condições materiais e humanas necessárias para garantir

o avanço dos processos socioeducacionais dos estabelecimentos de ensino, orientados para a promoção efetiva da aprendizagem pelos alunos, de modo a torná-los capazes de enfrentar adequadamente os desafios da sociedade globalizada e da economia centrada no conhecimento (LUCK, 2000, p. 8).

É de competência da gestão escolar a mobilização e o direcionamento cultural no estabelecimento de ensino, assim como a busca de possibilidades em quaisquer frentes e poderes correlacionados.

Tauchen (2013) explica que a gestão é responsável pelo desenvolvimento da aprendizagem eficiente e relevante dos discentes, colaborando para o progresso de habilidades interpeladas pela vida no grupo social. Diante dessas situações, ganham prestígio as pesquisas a respeito da gestão escolar e a prática dos profissionais que a proporcionam. Subsidiar a pesquisa relacionado-a à gestão, inquirir metodologias e apresentar possibilidades é, portanto, um trabalho de livre acesso às colaborações.

Com a abertura política e a proclamação da Constituição Federal de 1988, a gestão educacional democrática foi instituída como um dos preceitos de orientação dos métodos educativos. Nessa lógica, a gestão democrática possui, além da proporção exógena — ou seja, a escola como ambiente sociável (construção/apropriação do saber e a instrução profissional) —, uma proporção endógena que consiste em coordenação e desempenho interno (TAUCHEN, 2013).

De modo geral, o que difere as instituições escolares que apresentam a gestão democrática das que a não implementam são as determinações que pautam suas atividades.

A gestão democrática é indispensável aos conceitos de descentralização, de autonomia e de cooperação. Em algumas situações, a autonomia do sistema educacional é limitada à área financeira. Contudo, esse preceito é mais amplo e essencial para a gestão democrática, uma vez que inclui questões financeiras, pedagógicas, administrativas e jurídicas. As escolas devem ser emancipadas para acolher e atender as especificidades de onde está inserida, sempre seguindo as regras que fazem parte do sistema comum de ensino.

A organização da autonomia das instituições escolares visa a estabilidade e a estruturação da gestão colegiada, da escolha de diretores e da ação conjunta em volta de um projeto pedagógico (TAUCHEN, 2013).

A gestão escolar democrática é composta por elementos diversificados (docentes, alunos, agentes administrativos, pais, comunidade, dentre outros) que compõem relações educativas de tarefas interligadas. Tem o objetivo de estimular uma instituição a alcançar as suas metas, a desenvolver a sua função e o seu papel ante a sociedade, tendo por pilares a boa Gestão Administrativa, Gestão Pedagógica, Gestão de Recursos Humanos, Gestão da Comunicação, Gestão Escolar de tempo e eficiência dos processos e Gestão Escolar Financeira. Sem a implementação desta na educação, tal organização não prosperará.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou mostrar que a gestão está relacionada à administração, isto é, uma organização direcionada à efetivação de metas, sendo que suas etapas envolvem o planejamento, a liderança, a organização e a avaliação, e que os pilares da gestão escolar estão pautados na Gestão Administrativa, na Gestão Pedagógica, na Gestão de Recursos Humanos, na Gestão da Comunicação, na Gestão Escolar de tempo e eficiência dos processos e na Gestão Escolar Financeira.

O trabalho também mostrou que o modelo de Gestão Democrática nas escolas precisa deixar de existir apenas na teoria para se tornar algo real, com a possibilidade de mudar a realidade do espaço escolar. Acredita-se que é plausível constituir um lugar onde cada elemento da comunidade escolar possa se sentir integrante nesse processo, tendo uma gestão atuante e impulsionadora, uma liderança que está sempre disposta a ouvir todos os seus componentes e proporcioná-los a oportunidade para dar opiniões e buscarem soluções adequadas para sanar as dificuldades.

REFERÊNCIAS

LOPES, A. P. P. C. **Gestão Escolar**. São Paulo, 2013. Disponível em:
<http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/56018.pdf>.
Acesso em: 25 out. 2020.

LUCK, H. **Dimensões da gestão escolar e suas competências**. Curitiba: Positivo, 2009.

LUCK, H. **Gestão educacional:** uma questão paradigmática. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

LUCK, H. Gestão Escolar e Formação de Gestores. **Revista em aberto**, Brasília, v. 17, jun. 2000.

MAXIMIANO, A. C. **Teoria geral da administração.** São Paulo: Atlas, 2007.

TAUCHEN, G. **Gestão e Organização Escolar.** Rio Grande: Editora FURG, 2013.

**INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS
VOL. 2**

Clarissa Bottega, Fabiano Oliveira,
Mariana Gomes de Oliveira, Maurício Pires Guedes (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Fevereiro de 2022