

WWW.IDOMINUS.COM.BR

**EBOOK**

# ENSAIOS DE DIREITO

## DEBATES CONTEMPORÂNEOS

---

**ORGANIZADORES**

ADRIANE DAMIAN PEREIRA

EVILHANE JUM MARTINS

VIVIANE TEIXEIRA DOTTO COITINHO



**DOMINUS**  
INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE ESTUDOS  
ACADÊMICOS E PROFISSIONAIS

**ADRIANE DAMIAN PEREIRA**  
**EVILHANE JUM MARTINS**  
**VIVIANE TEIXEIRA DOTTO COITINHO**  
**(ORGs)**

**ENSAIOS DE DIREITO:**  
**debates contemporâneos**

ISBN

1ª edição – 2020

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, sem autorização expressa dos autores. A violação importará nas providências judiciais previstas no artigo 102, da Lei nº 9.610/1998, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

**Conselho Editorial**

Me. Andrey Henrique Andreolla

Ma. Camila Morás da Silva

Ma. Caroline Ceni

Ma. Larissa Nunes Cavalheiro

Ma. Nathália Facco Rocha

**Editor – chefe**

Me. Fabiano Minuzzi Marcon

**Projeto gráfico e diagramação**

Leonardo Tamiosso

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Ensaaios de direito : debates contemporâneos [livro eletrônico] / [organização adriane damian pereira, Evilhane Jun Martins, Viviane Coitinho]. -- Santiago, RS : Dominus, 2020.  
PDF

Vários autores.  
ISBN 978-65-9919-730-7

1. Direito 2. Direito - Coletâneas I. pereira, adriane damian. II. Martins, Evilhane Jun. III. Coitinho, Viviane.

20-43065

CDU-34(082)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito : Coletâneas 34(082)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

## SUMARIO

### **APRESENTAÇÃO, 06**

Adriane Damian Pereira

Evilhane Jum Martins

Viviane Teixeira Dotto Coitinho

### **FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL: os reflexos da falsificação das lembranças, 08**

Daiana Cristina Pereira

Lisandro Luís Wottrich

### **A AFIRMAÇÃO DEMOCRÁTICA E A NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma análise a partir da jurisdição constitucional, 26**

Gabriela Köchler Teixeira

Dailor dos Santos

### **O REFÚGIO COMO DESAFIO AO(S) ESTADO(S) E À COMUNIDADE INTERNACIONAL: o caso da proteção dos refugiados somalis, 43**

Guilherme Henrique Tavares Diniz

Sinara Camera

### **A MULHER IDOSA NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: um olhar para os mecanismos legais de proteção, 63**

Bruna Luisa Schwan

Bianca Tams Diehl

### **A NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA, 82**

Máriam Joaquim

Sérgio Cruz Arenhart

### **TABELIONATOS NO MEIO AMBIENTE DIGITAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, 103**

Eliane Blaskesi

### **AS DECISÕES JUDICIAIS, A POLITIZAÇÃO E O CAPITALISMO GLOBAL: o caso Belo Monte enquanto resultado de uma combinação ardilosa, 116**

Evilhane Jum Martins

Nathália Tavares de Souza Almeida

### **APROPRIAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA NATUREZA: a racionalidade antropocêntrica da modernidade à globalização e as atuais ameaças à sociobiodiversidade, 133**

Francieli Iung Izolani

Larissa Melez Ruviaroura Dalla Riva

**TENSÕES ENTRE POLÍTICA E DIREITO: GARANTISMO E DEMOCRACIA RADICAL COMO INSTRUMENTOS DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL, 148**

Laís Gorski

Jair da Silveira Cordeiro

**A LEI ESTADUAL Nº. 18.700/2016 E A PERMANÊNCIA DA REVISTA ÍNTIMA NAS PRISÕES PARANAENSES: quando a lei permite o que diz proibir, 163**

Luis Renan Coletti

Paula Martins Caçola

**PROVOCAÇÕES HISTÓRICO-FILOSÓFICAS ACERCA DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA CRIMINAL: Convergências e Divergências entre o Sistema Brasileiro e o Sistema Norte-Americano, 176**

Pedro Keil

Lorenzo Nicoletti

**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NA AMAZÔNIA: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DE BARCARENA-PA, 190**

Renata Saciloto de Bastos

Evilhane Jum Martins

**RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL E SUSPENSÃO DOS PROCESSOS: fundamentos para a interpretação do artigo 1.035, §5º, do Código de Processo Civil, 207**

Viviane Lemes da Rosa

**POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE UMA MEDIDA DE COMBATE ÀS DROGAS SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 227**

Camila Morás da Silva

Nathália Facco Rocha

Isabel Christine Silva De Gregori

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS DO SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO, 244**

Guilherme Domingos Wodtke

Márcia Aline Pessil Bohrer

**A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO ÂMBITO TRABALHISTA, 257**

Guilherme Gomes Vieira

**EUTANÁSIA, DA FICÇÃO A REALIDADE: uma abordagem legal e constitucional através do cinema frente ao princípio da dignidade humana e da bioética, 273**

Vinícius Damian Pereira

Adriane Damian Pereira



## APRESENTAÇÃO

No atual contexto global multifacetado, construir e abordar o conhecimento sociojurídico se torna tarefa desafiadora. E isso se afirma levando em conta que o avanço do modo pelo qual se estabelecem as relações sociais na contemporaneidade pressupõe a existência de interfaces jurídicas inovadoras, congregadoras e que considera saberes outros na discussão e resolução de problemáticas jurídicas. É sob esse viés que o Instituto Ibero-americano de estudos acadêmicos e profissionais Dominus promove a publicação do presente e-book.

*Ensaio de Direito: debates contemporâneos* tem por escopo reunir pesquisas científico-jurídicas acerca de temáticas atuais que se originam através da publicação dos escritos vencedores no 1º Concurso de Monografia Jurídica-Prêmio Pontes de Miranda realizado no ano de 2020 e de artigos inéditos submetidos por pesquisadores da área e avaliados pela Comissão Editorial da presente obra, composta por mestres e doutores.

Nesse ínterim, a presente obra engloba 17 (dezesete) investigações científico-jurídicas publicadas em forma de capítulos as quais transitam entre os diversos ramos do direito e, indo mais além, conectam o conhecimento jurídico com outras áreas do saber nas análises efetuadas. Assim, possuindo caráter interdisciplinar, as problemáticas jurídicas aqui investigadas abordam questões conectadas com a sociologia, economia, ciência política, filosofia, bioética, antropologia e demais ciências humanas e sociais.

As reflexões iniciam com as pesquisas oriundas nas primeiras cinco monografias que receberam o prêmio Pontes de Miranda, em ordem de classificação.

Assim, o primeiro lugar no Concurso de Monografia Jurídica foi para o trabalho denominado: “Falsas memórias no Processo Penal: os reflexos da falsificação de lembranças”, com autoria de Daiana Cristina Pereira e seu orientador Lisandro Luís Wottrich, que argumenta sobre as consequências das falsas memórias no âmbito da prova testemunhal prestada no Processo Penal.

Na sequência, em segundo lugar, Gabriela Köchler Teixeira e seu orientador Dailor dos Santos, escreveram sobre a “A afirmação democrática e a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais: uma análise a partir da jurisdição constitucional”, que teve como



objetivo explorar a relação de circularidade entre democracia em sua acepção majoritária, e direitos fundamentais, em seu viés contramajoritário.

Guilherme Henrique Tavares Diniz e sua orientadora Sinara Camera dissertam sobre: “O refúgio como desafio ao(s) Estado(s) e à comunidade internacional: o caso da proteção dos refugiados somalis”, onde é discute-se a efetividade do sistema global de refugiados a partir do caso antes citado.

Por sua vez, Bruna Luisa Schwan e Bianca Tams Diehl analisam: “A mulher idosa no contexto da violência doméstica e familiar: um olhar para os mecanismos legais de proteção”, investigando a questão da longevidade feminina, os índices de violência em desfavor da mulher idosa e, por conseguinte, os mecanismos legais de proteção. E por fim, Máriam Joaquim e XXX investigam: “A natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada”, objetivando analisar, para além da natureza jurídica do instituto, os efeitos derivados da decisão que concede tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Os demais artigos foram escritos por bacharéis em direito, professores, mestres, doutores, acadêmicos, servidores públicos que realizaram estudos sobre diversos temas relevantes e atuais do mundo jurídico que procuraram abordar com uma visão pragmática dentro de suas vertentes, mas sempre atentos ao Estado Constitucional e Democrático.

Com esta obra, o Instituto Dominus, além de fazer com que os leitores sejam agentes multiplicadores de conhecimento junto aos seus próprios núcleos sociais e profissionais, busca fomentar a pesquisa e a publicação, através de uma proposta de produção acadêmica totalmente on-line, permitindo a difusão do conhecimento, associado a um conceito de qualidade, tanto no que se refere ao conteúdo de uma publicação, quanto a sua apresentação. O acadêmico ou profissional das mais diversas áreas encontram no DOMINUS um ambiente propício, para em termos de produção, fortalecer o seu currículo através da participação de eventos, com apresentação de trabalhos (na forma de resumo ou artigos completos) advindos de pesquisas e projetos. Nesse sentido, o e-book Ensaios de Direito: debates contemporâneos promove importantes pesquisas jurídico-científicas que certamente trazem contribuições robustas para a aplicação e interpretação do Direito.

Professora Mestre em Direito **Adriane Damian Pereira**

Professora Mestre em Direito **Evilhane Jum Martins**

Professora Doutora em Direito **Viviane Teixeira Dotto Coitinho**



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

## **FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL: OS REFLEXOS DA FALSIFICAÇÃO DAS LEMBRANÇAS**

Daiana Cristina Pereira<sup>1</sup>

Lisandro Luís Wottrich<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A prova testemunhal é fundamental para o Processo Penal, no entanto, trata-se de um meio probatório passível de fragilidade, haja vista a necessidade da utilização da memória do indivíduo para relatar o fato que foi vivenciado. O presente artigo tem como objetivo principal analisar as consequências que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal, bem como a falibilidade da prova testemunhal. Parte-se do estudo referente a formação histórica da prova testemunhal, assim como as formas de contaminação desse meio probatório. O estudo trará também a análise da memória, pelo viés da Neurologia e da Antropologia. Na sequência, discorre-se sobre as formas de entrevista e o depoimento sem dano. A pesquisa é de natureza descritiva e exploratória, com a utilização do método dedutivo e histórico. As contextualizações foram obtidas através de análise documental e revisão da literatura. Verifica-se, através da pesquisa, que o processo de evocação das memórias nem sempre é fidedigno à realidade, pois, a reconstrução dos fatos acontece de forma parcial, uma versão aproximada da experiência vivida. O decurso do tempo, a influência da mídia, a indução de terceiros e do entrevistador podem influenciar diretamente no conteúdo mnemônico trazido pelas vítimas e testemunhas.

**Palavras-chave:** Falsas Memórias; Memória; Processo Penal; Prova Testemunhal.

### **INTRODUÇÃO**

A recordação dos fatos trazidos ao processo é parte importante para elucidação de um crime, porém, depende da memória das testemunhas e vítimas. Com o passar do tempo, fatores externos e internos tendem a prejudicar as recordações sobre o acontecimento. O esquecimento, bem como o induzimento dos entrevistadores, de familiares e de amigos, ou da mídia, podem contribuir para a formação de falsas memórias, gerando consequências como uma sentença desfavorável, e a possível

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: daiacrisp@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Defensor Público do RS. Professor do Curso de Direito da Universidade FEEVALE. Professor Convidado na Especialização da UNISINOS da UNIRITTER. Diretor-Presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS - FESDEP.



condenação de um inocente. Com isso busca-se, pelo presente estudo, o objetivo principal de analisar a prova testemunhal, assim como as consequências que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal, indicando medidas para redução de danos.

Nesse sentido, para atingir os objetivos propostos o artigo primeiramente propõe-se em analisar a prova testemunhal, visto que é o meio mais utilizado no Processo Penal, sua formação histórica e os diversos fatores que podem contaminar esse meio probatório, em especial o decurso do tempo. No tocante ao estudo acerca das falsas memórias, serão analisadas as implicações trazidas para a prova penal, iniciando-se pela análise do funcionamento da memória pelo ponto de vista neurológico, a influência do tempo e as formas de esquecimento. Além disso, será apresentada a memória pelo ponto de vista antropológico, que visa analisar a forma como se preserva a memória do fato passado no presente.

Parte-se da hipótese de que, na oitiva, podem ser declaradas situações vividas, presenciadas ou imaginadas, pois a interpretação errada de um fato, a sugestão de terceiros, e os problemas da maleabilidade da memória, podem auxiliar na falsificação da lembrança. Desse modo, serão analisados os métodos de oitiva e inquirição utilizados atualmente, assim como a forma que o entrevistador conduz a entrevista e o depoimento, destacando-se o testemunho infantil e a confiabilidade da memória da criança, notadamente nos casos de abuso sexual em que se utiliza o depoimento sem dano ou depoimento especial<sup>3</sup>, disposto na Lei 13.431 de 2017.

Para a elaboração deste estudo, utilizou-se o método dedutivo e histórico, pois a pesquisa explora conceitos, formação histórica, teorias, para posteriormente entrar no estudo sobre as falsas memórias. Trata-se de pesquisa exploratória, tendo como técnica de pesquisa a pesquisa documental e bibliográfica.

O tema enseja diversas discussões, haja vista que a credibilidade da prova testemunhal é posta em xeque. Importante destacar que, a intenção do presente artigo não é desvalorizar a palavra da testemunha ou vítima, mas sim, demonstrar os riscos das provas que dependem de informações provenientes da memória. Se as falsas memórias são fenômenos existentes, e podem conduzir inocentes ilicitamente ao cárcere, faz-se urgente repensar os métodos utilizados no sistema penal brasileiro e a cultura punitiva que se encontra arraigada neste.

## 1 PROVA TESTEMUNHAL

---

<sup>3</sup> A Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça de 23 de novembro de 2010 recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, e passa a utilizar a nomenclatura “Depoimento Especial”. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>>.



Com efeito, um dos maiores desafios incumbidos ao juiz encontra-se na tarefa de enxergar através dos olhos da testemunha no Processo Penal. Contudo, mesmo existindo esta e outras dificuldades resultantes desse meio probatório, é imperativo o seu uso, pois existem crimes que necessitam de análise através da testemunha. (ÁVILA, 2013).

Destaque-se que, ao longo da história, identifica-se a prova testemunhal como forma de se declarar a verdade de um fato, sendo assim, não se permitia a condenação sem o testemunho. Conforme demonstra Aquino (2015), por meio da Bíblia na Palestina, já se percebia atenção quanto ao falso testemunho, como citado em Provérbios, capítulo 19, versículo 5: “A falsa testemunha não ficará inocente, o que profere mentiras não escapará”. (PROVÉRBIOS, 1969, p. 585). Ainda sobre a formação histórica da prova testemunhal, na Babilônia, a pessoa que imputasse um crime e não comprovasse a culpa do acusado, sofreria a mesma punição que seria imposta a este se a imputação fosse verdadeira. Na Índia, o código de leis de Manu merece destaque, pois foi o meio que mais se preocupou com o testemunho. Determinava que as testemunhas deveriam ser do mesmo nível social do acusado. Aliás, se uma mulher fosse acusada, somente poderiam testemunhar mulheres. Essa norma era dispensada quando os delitos ocorriam dentro da residência, em lugares desertos ou quando se tratava de homicídios. Entretanto, se as testemunhas fossem idosos, enfermos ou crianças, o testemunho era classificado inferior aos demais. (AQUINO, 2015).

A testemunha desempenha um papel retrospectivo no Processo Penal, uma vez que utiliza a memória para relembrar dos fatos, com a finalidade de conceder conhecimento ao juiz sobre o que presenciou. Inúmeras sentenças são proferidas diariamente com fundamento exclusivamente no depoimento, dependendo da memória das testemunhas, levando-se a se refletir sobre a fragilidade e os riscos da utilização da prova testemunhal como único meio probatório. (DI GESU, 2014).

No que tange ao testemunho infantil, cabe ao julgador analisar cada caso, pois a criança pode ser sugestionável e fazer confusões advindas de suas fantasias, ou, ainda, sob a influência de um terceiro, ser induzida. Destarte, se seu testemunho não for compatível com as demais provas obtidas, pode ser objeto de sua imaginação, ou até mesmo por mero desinteresse pelos fatos que não fazem parte de seu universo. (TOURINHO FILHO, 2013).

Nesse contexto, cabe ao magistrado analisar com atenção o testemunho infantil. Dessa forma, parte-se do pressuposto que o juiz atua como destinatário da prova, pois a reconstrução dos acontecimentos é trazida ao magistrado com a intenção de convencê-lo de que os fatos ocorreram de uma determinada forma. Entretanto, o processo mnemônico pode não ser fiel à realidade, bem como a lembrança pode ser exposta a contaminação. A contaminação da prova testemunhal pode ocorrer através de fatores externos, internos e temporais. Desse modo, a compreensão do fato pode estar eivada de interpretações. O decurso do tempo, a mídia, o subjetivismo do entrevistador, podem contribuir para debilitar esse meio probatório. (GIACOMOLLI; DI GESU, 2010).



É inerente que a testemunha já altera o fato desde o momento de sua percepção, retratando apenas uma interpretação parcial e não absoluta do fato conforme ocorrido. Além do mais, o decurso do tempo pode contribuir para ocorrer distorções no conteúdo mnemônico original, que pode ser alterado e acrescentado por informações externas. (IBÁÑEZ, 2006).

Em outros casos, a testemunha pode depor convicta de que fala a verdade, mas sem saber que está mentindo. Capturam-se os fatos pelos sentidos, e, posteriormente, geram-se os estímulos. Após serem levados ao cérebro, determinam-se as sensações e percepções. A união de sensações atuais com outras fixadas na memória forma a percepção. No entanto, a percepção dos sentidos pode ser modificada por diversos fatores, como por exemplo, o grau de luminosidade, o silêncio, as emoções, a imaginação, alucinações, o tempo, entre outras condições, que podem conduzir à testemunha a distorcer os acontecimentos. (TOURINHO FILHO, 2013).

Importante trazer ao estudo o reconhecimento fotográfico, que não está previsto em lei e pode ser considerado uma prova inominada. Consiste em um ato preparatório, utilizado antes do reconhecimento pessoal, entretanto, não pode ser utilizado para substituí-lo. Porém, é de se destacar que se o reconhecimento fotográfico for realizado anteriormente, pode ocasionar um efeito indutor, ou seja, um juízo precedente que pode contaminar o reconhecimento pessoal no futuro. A memória pode ser induzida a erro, pois a imagem mental captada pela fotografia pode comprometer o posterior reconhecimento pessoal. (LOPES JR., 2016).

Concernente ao reconhecimento pessoal, o sistema que se utiliza atualmente no Brasil é o simultâneo, previsto no artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que dispõe que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”. O suspeito é colocado ao mesmo tempo ao lado de outras pessoas com fisionomias semelhantes, sendo submetido à percepção visual da pessoa que pretende identificar o suposto culpado. (BRASIL, 1941).

Um fenômeno que pode ocorrer e que deve ser considerado no reconhecimento pessoal, diz respeito ao efeito de “foco na arma”, no qual a existência de uma arma no evento pode fazer com que a testemunha ocular não se recorde detalhes sobre o ambiente e sobre o seu agressor. Tal efeito pode ser motivado pela tendência a se focar somente na arma, e perder o foco para outros detalhes importantes da circunstância presenciada. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

Ademais, na visão de Di Gesu (2014, p. 164) tanto o reconhecimento pessoal quanto o reconhecimento fotográfico, por serem meios que podem trazer inúmeros erros, deveriam ser substituídos pelo relato livre das características do suspeito, sendo inaceitável que condenações sejam embasadas somente através do reconhecimento.

Pode-se constatar que a prova testemunhal é um meio probatório de suma importância para o processo, pois auxilia o juiz na busca pela verdade a qual nunca será absoluta, mas sim uma



representação parcial dos fatos, e pode ser contaminada por diversos fatores, sejam eles psicológicos, físicos, externos, e principalmente pela maleabilidade da memória humana.

## **2 FALSAS MEMÓRIAS E A PROVA PENAL**

Através da prova testemunhal, busca-se reconstruir no presente o fato ocorrido no passado, fazendo uma retrospectiva do fato pretérito, sendo conduzido pelo juiz, a partir das provas produzidas pelas partes do processo. Na falta de provas materiais, sentença-se com base na palavra das vítimas e testemunhas que se utilizam da memória. Por consequência, vem a surgir o problema posto em questão, se a memória da testemunha acerca do delito é capaz de reconstruir o ocorrido da mesma forma que a realidade.

### **2.1 Memória sob o viés neurológico - antropológico e as formas de esquecimento**

Antes de iniciar o estudo referente às falsas memórias, se faz necessário entender à memória, de acordo com a Neurologia e a Psicologia, sem se esgotar a matéria em virtude de sua amplitude. Sob o viés neurológico, a memória, conforme Izquierdo (2011, p.11): “[...] significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. [...] a evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido”.

O estudo referente à memória apresenta-se de forma interdisciplinar, abrangendo outras áreas além da Neurologia, como a Psicologia, a Filosofia e a História. À vista disso, se faz importante trazer ao estudo a memória pelo ponto de vista antropológico, que traz sob essa perspectiva a relação de outras áreas da ciência com a memória, e a vinculação de memória e documento. (DI GESU, 2014).

Em consonância a isso, a conexão entre memória e passado pode ser demonstrada como:

Entendida enquanto forma de aprisionar o instante, a imagem desobriga a memória da recordação desse instante, no pressuposto de que este se afigura doravante disponível. Entendida, ao invés, enquanto impossibilidade analógica, e, por isso, enquanto impossibilidade de repor tal e qual aquele mesmo instante, a imagem parece solicitar, desta perspectiva, um trabalho exterior a ela – supostamente o trabalho memorial – que permita a aproximação possível a um instante doravante, e desde logo por definição, indisponível. (MARTINS, 2004, p. 21-22).

Na visão de Bergson (1999, p. 84), a memória busca a experiência pretérita para presentificá-la no presente. Realiza-se então um trabalho de reconhecimento, trazendo a lembrança do passado para se transmitir no presente. Refere ainda, que a lembrança apresenta-se de forma fragmentária, uma vez que apenas conserva alguns elementos do que foi percebido, e por ser um fenômeno biológico, importante transcender seu estudo com as demais ciências.

A relação entre memória e documento, revela a necessidade de que a documentação dos atos no Processo Penal seja feita, pois o transcurso do tempo pode perder o material obtido em razão do



esquecimento. Dessa forma, a recordação dos fatos vividos será feita através da história contida nos documentos obtidos no processo. (DI GESU, 2014).

De acordo com a Neurologia, o cérebro possui estruturas cerebrais fundamentais para composição das memórias que são: o lobo temporal medial; certos núcleos do diencefalo; e a base do prosencéfalo. Compreende-se no lobo temporal medial o hipocampo, local em que se armazenam as memórias, atuando conjuntamente com a amígdala, que possui a função de avaliação da importância das emoções vivenciadas, mobilizando o grau de atuação do hipocampo, conforme seu funcionamento. (SADOCK, 2017).

Atribui-se, desse modo, ao hipocampo e suas conexões a formação e a evocação das memórias, por meio de mecanismos bioquímicos. Já a amígdala, formada por um conjunto de células nervosas, responsabiliza-se pela concepção dos sentimentos, que são expressos através das emoções. (IZQUIERDO, 2010).

A formação da memória apresenta-se por meio de codificação, ou seja, durante o fato a testemunha ou a vítima visualiza o acontecimento e interpreta através do cérebro, podendo vir a se tornar parte da memória. Todavia, mostra-se impossível codificar todos os fatos ocorridos no evento. Além disso, existem várias condições que podem exercer relevante impacto na codificação do acontecimento, como por exemplo, a idade, o estresse, a distância do local do ocorrido, podendo causar impacto na qualidade da memória da testemunha ou vítima. Após a codificação, surge a etapa do armazenamento, que pode ser esquecida e sofrer deterioração com o decurso do tempo. (CECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018).

Para Elizabeth Loftus (2015, Cap. 2, tradução nossa), “Nós somos vítimas inocentes das manipulações de nossa mente”.<sup>4</sup> Destaca a autora que a lembrança de um evento pode ser alterada, distorcida por eventos posteriores, sugestões, recordações de outras pessoas, pois a interpretação da realidade revela-se subjetiva, e com o passar do tempo as lembranças vão mudando gradativamente. (LOFTUS, 2015).

As memórias podem ser classificadas conforme sua função, conteúdo e tempo de duração. De acordo com a função, compõe-se a memória de trabalho, que se responsabiliza pela preservação da lembrança à medida que está sendo armazenada. Preserva-se, por poucos segundos ou minutos, a mensagem que está sendo gerada no instante. Distingue-se das demais memórias, pois não deixa sinais e não produz registros. De acordo com o conteúdo, compreendem-se as memórias declarativas, que fixam os fatos vividos. Os acontecimentos que se presenciam, recordações importantes de fatos vividos, denominam-se de memórias episódicas ou autobiográficas. (IZQUIERDO, 2011).

Por sua vez, quanto ao tempo de duração, as memórias podem ser identificadas como memórias implícitas e explícitas. As memórias implícitas, ou de longa duração, são aquelas que remetem a acontecimentos passados, e podem ficar gravadas por toda a vida. Já a memória explícita ou de curta

---

<sup>4</sup> Trecho original: “We are innocent victims of our mind’s manipulations”. (Loftus, 2015, Cap. 2.)



duração, pode durar alguns minutos ou por um longo tempo. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

As memórias declarativas podem levar um período para fixarem-se. Este processo entre a aquisição e a fixação da memória, que posteriormente permite-se que estas memórias sejam lembradas, denomina-se consolidação. A exposição a fatores internos ou externos, como a um ambiente novo uma ou duas horas após aquisição da memória, pode afetar diretamente no processo de fixação, podendo corromper ou suspender a formação da memória declarativa, em virtude de não se estabelecer de forma definitiva logo após sua aquisição. Portanto, o período entre a aquisição e a consolidação mostra-se lábil e suscetível a sugestões. (IZQUIERDO, 2011). Nessa perspectiva, é notório que a ação dos fatores citados, pode modificar a recordação da vítima ou testemunha no interstício entre o fato e o depoimento.

Na mesma direção, as emoções podem influenciar a memória. Izquierdo (2010) afirma que, as memórias podem ser adquiridas em uma condição emocional ou em um estado de ânimo, pois uma notícia de impacto comovente pode influenciar nas memórias armazenadas no instante, provocadas pela grande emoção presenciada. A relevância emotiva de cada memória pode fazer com que outras memórias marcantes, obtidas anteriormente ou futuramente, sejam esquecidas.

Desse modo, torna-se possível afirmar que a emoção pode contribuir para a ocorrência de distorções e diminuição da lembrança dos fatos presenciados. Momentos dolorosos propendem a ser esquecidos, colaborando para que muitos indivíduos se esqueçam de detalhes essenciais de fatos vivenciados quando convocados para se testemunhar. (FIORELLI; MANGINI. 2014).

Antônio Damásio (2012), em sua pesquisa referente à memória e a emoção, relata que, quando a emoção não atua conjuntamente com o raciocínio, a razão pode ser prejudicada, e que a emoção atua no processamento dos fatos para manter-se na mente a lembrança. O autor destaca que as imagens não são armazenadas no cérebro conforme fotografias, em razão da grande quantidade de informação que se adquire no decorrer da vida. Portanto, ao se recordar de um fato, não se obtém uma reprodução precisa, mas sim uma interpretação da recordação do acontecimento, ou seja, imagens aproximadas da experiência que se foi vivenciada. (DAMÁSIO, 2012, p. 118-119).

Referente à memória da criança, verifica-se que o infante com poucos dias de idade apresenta somente a memória de trabalho e a memória de curta duração, passando a diferenciar as pessoas somente com algumas semanas ou meses de idade. Ademais, antes dos três anos de idade, o entendimento da criança referente à linguagem é interpretado de forma genérica. Aliás, por esse motivo, que se torna impossível evocar as memórias autobiográficas da primeira infância na fase adulta. Tal fenômeno é denominado de amnésia infantil, e pode ocorrer com as lembranças antes dos cinco anos de idade aproximadamente. (IZQUIERDO, 2011).

Cumprido destacar que, pessoas sob efeito de substâncias psicoativas, como por exemplo, o álcool, podem apresentar falhas na fixação e na recuperação de imagens e conteúdos que foram armazenados.



O testemunho está sujeito ao modo como o indivíduo percebeu o fato, como o conservou em sua memória, e de sua capacidade de recordação, tanto como o modo que irá expressá-lo no depoimento. (FIORELLI; MANGINI. 2014).

No tocante as formas de esquecimento, Izquierdo (2010, p. 24) afirma que “[...] esquecemos para podermos pensar, e esquecemos para não ficarmos loucos. Esquecemos para podermos conviver e sobreviver”. Destaca o autor que, as formas de esquecimento consistem em tornar as memórias menos acessíveis por meio da extinção, da repressão, e do bloqueio. O cérebro, dessa forma, faz com que lembranças indesejáveis sejam selecionadas para tornar-se de difícil acesso. (IZQUIERDO, 2010).

Diante do estudo até aqui exposto, verifica-se que a memória apresenta-se como evidência fundamental de um fato. Assim, é importante que sua coleta e análise seja realizada e analisada de forma que sua qualidade não se torne lábil. Apenas considerando-se que a memória humana pode ser maleável e limitada, será possível estabelecer procedimentos mais efetivos, preservando assim os direitos e garantias das vítimas e dos acusados. (CECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018).

Enfim, pode-se constatar que, por mais que as neurociências tentem elucidar as formas de memórias e seus meios de conservação, resta evidente que não existem certezas definitivas, pois o problema da maleabilidade da memória persiste. Desse modo, a falsificação da lembrança e as distorções da memória, podem levar inocentes ao cárcere, conforme a seguir será demonstrado.

## 2. 2 Falsas Memórias

Como já citado anteriormente nesta pesquisa, a fase de evocação das memórias pode não ser recuperada precisamente, de acordo com o fato ocorrido. Todavia, a distorção da memória pode levar a testemunha a reconhecer um inocente como culpado. Com efeito, torna-se possível lembrar-se de um evento que nunca ocorreu, e acreditar fielmente que foi realmente vivido. De acordo com a Neurologia, os fatos não ficam registrados de forma integral no cérebro, e sim sob a forma de fragmentos que se unem, com base nas influências presentes na recuperação das memórias, que podem vir a se tornar memórias falsas. (SADOCK, 2017).

Nesse sentido, cabe trazer o conceito de falsas memórias:

[...] não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as falsas memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p.22).

Cumprе ressaltar que as falsas memórias se diferenciam da mentira, pois o indivíduo acredita que o evento realmente aconteceu, em decorrência de uma sugestão interna ou externa, e no caso da mentira age conscientemente em razão de algum interesse pessoal. O falso testemunho constitui crime, conforme previsão do artigo 342, do Código Penal. Entretanto, o falso testemunho nem sempre é uma



mentira intencional, em muitos casos pode ser proveniente da lembrança de uma falsa memória. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

O termo “falsas lembranças” foi utilizado pela primeira vez em 1881, pelo psicólogo Theodule Ribot, a partir de um caso ocorrido em Paris de um homem que passou a ter lembranças de eventos que nunca ocorreram. No entanto, as primeiras pesquisas acerca do fenômeno, foram conduzidas pelo psicólogo Alfred Binet, em 1900 na França, com foco em crianças, e se referiam à possibilidade de sugestionabilidade da memória, que consiste na introdução e recordação de informações falsas, podendo ser de origem interna ou externa. Os estudos de Binet categorizaram a sugestionabilidade em dois tipos: auto sugerida, que pode ser ocasionada através de processos internos do indivíduo; e deliberadamente sugerida, no qual o ambiente pode introduzir na memória do indivíduo a sugestão. Destaca-se que, em 1910 na Alemanha, o psicólogo Wilhelm Stern reproduziu os estudos de Binet, mas somente em 1932, na Inglaterra, foram feitas as primeiras pesquisas sobre falsas memórias em adultos, por Frederic Bartlett, que descreveu a lembrança como um procedimento de reconstrução fundamentado em esquemas mentais e na compreensão do indivíduo quanto ao evento presenciado. Porém, em 1978, que Elizabeth Loftus avançou nas pesquisas sobre as falsas memórias e denominou os processos de sugestão de falsas memórias espontâneas e sugeridas. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010).

As falsas memórias espontâneas podem ser concebidas como consequência de um processo natural da compreensão do indivíduo, ocasionado por distorções da memória. Nesse cenário, a pessoa pode relatar uma dedução referente do que viu ou ouviu, e não exatamente da forma como aconteceu. Desse modo, não há como negar que no depoimento pessoal o depoente pode relatar inferências baseadas no acontecimento vivido. No tocante às falsas memórias sugeridas, verifica-se que resultam de sugestões externas, que podem ocorrer de forma acidental ou intencional. Nesse caso, a sugestão é aceita e incorporada na lembrança original do fato, e o indivíduo passa a recordar dos eventos sugeridos como se tivesse realmente vivido. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

Outro aspecto importante que cabe destacar, se refere ao fato de que a testemunha, ao presenciar o fato, conforme já demonstrado, traz a sua reação perceptiva sobre a circunstância. Nesse processo de estruturação da percepção, o indivíduo utiliza associações, pois está sob a influência das percepções anteriores presenciadas, sujeitando-se as deformações do processo mnemônico. (ALTAVILLA, 1982).

Loftus (2015), em seus estudos, procurou demonstrar como a memória das testemunhas pode ser afetada pela sugestão. Reitera a autora que, quando a testemunha está insegura referente à identidade do acusado, ou se nenhum indivíduo da lista de acusados diz respeito a sua memória do fato, constantemente identifica-se a pessoa que melhor corresponde à sua recordação, e em muitas vezes a sua escolha pode estar errada. (LOFTUS, 2015, Cap. 2).

Em um de seus experimentos, denominado de “perdido no *shopping*”, Loftus demonstra a facilidade de se implantar uma falsa memória. Na experiência, foi apresentada a um grupo de adultos uma relação de fatos que haviam realmente ocorrido em suas infâncias. Entre tais fatos foi inserido um



evento falso, que induzia que na infância os participantes teriam se perdido em um *shopping center* por um longo período e, ao final, uma pessoa mais velha os encontra e devolve aos seus pais. Ao término do experimento, 25% dos participantes acreditaram fielmente que o evento havia acontecido, e muitos após a revelação da pesquisadora, não concordaram que o evento seria falso. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

Segundo Daniel Schacter (2002), corroborando os experimentos de Loftus, a sugestão pode gerar falsas memórias mesmo que o indivíduo venha a descobrir que a informação foi sugerida. Destaca o autor que, se a entrevista for sugestiva, a memória original sobre o evento pode ser modificada e que até mesmo as pequenas sugestões podem influenciar diretamente no depoimento da testemunha. A partir desse pressuposto, Schacter (2002, Cap. 5, tradução nossa) cita o conceito de sugestibilidade: “A sugestibilidade na memória refere-se à tendência de um indivíduo de incorporar informações enganosas de fontes externas – outras pessoas, materiais escritos ou imagens, até mesmo a mídia – as suas lembranças pessoais”.<sup>5</sup>

Cabe destacar também outro ponto relevante, de que a sugestibilidade pode ser introduzida com facilidade em crianças. No depoimento infantil, a criança pode ser influenciada por perguntas sugestivas feitas pelo entrevistador, podendo distorcer a memória original do acontecimento. Além disso, a figura do entrevistador para o infante pode ser representada como uma autoridade, fazendo com que a criança se ajuste às pressões e expectativas em relação às perguntas feitas pelo entrevistador. (BRUST et al., 2010).

Altavilla (1982) ressalta que o depoimento infantil pode ser perigoso, e que muitas vezes a criança pode suggestionar-se também com uma mentira criada por sua imaginação, fazendo com que a lembrança dessa mentira se fixe em sua memória como um fato verdadeiro, e passe, dessa forma, a acreditar naquilo que ela afirma.

Outro aspecto relevante a ser explanado, referente às falsas memórias em crianças, é que a partir das pesquisas, de um modo geral, nos primeiros anos da infância – entre os três e quatro anos de idade, a sugestibilidade pode ser maior do que nos últimos anos, compreendidos entre os dez e os doze anos de idade. Ademais, grande parte das crianças assiste muitas horas de televisão todos os dias, e possivelmente a memória pode vir a ser distorcida por confusões de acontecimentos da vida real com o que foi visto nos programas televisivos. Como exemplo, pode-se citar que se a criança assistir cenas com conteúdo sexual na televisão, ou se o seu ambiente familiar for de promiscuidade, em algum momento pode vir a incorporar certos elementos do que foi visto ou presenciado à narrativa do acontecimento. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

---

<sup>5</sup> Trecho original: “Suggestibility in memory refers to an individual's tendency to incorporate misleading information from external sources - other people, written materials or pictures, even the media - into personal recollections”. (Schacter, 2002, Cap. 5).



Ainda é importante destacar que, em 1992 nos Estados Unidos, foi formada a organização: *False Memory Syndrome Foundation* (Fundação da Síndrome da Memória Falsa), com intuito de ajudar famílias afetadas pela incidência das falsas memórias. Foi composta, na época, predominantemente por pais que sofreram acusações de abuso sexual relatados por suas filhas, após serem expostas a entrevistas sugestivas, que desencadearam memórias falsas de abusos sexuais vividos na infância. Tais acontecimentos chamaram a atenção de pesquisadores da área, que passaram a investigar o fenômeno, tornando-se conhecido como Síndrome das Falsas Memórias. O termo síndrome tem sido utilizado para definir memórias falsas de eventos de abuso sexual ocorridos na infância. (PINTO; PUREZA; FEIJÓ, 2010).

Sob esse prisma, considera-se também que a omissão da informação sobre o abuso sexual vivenciado pela criança ou pela pessoa adulta, pode estar relacionada com a disposição a não se falar sobre o assunto traumático. Além disso, crianças que sofreram abusos sexuais repetitivos tendem a recordar com mais clareza os detalhes da experiência do que crianças que vivenciaram apenas um único episódio. Por ser o abuso sexual um assunto delicado e aflitivo de se narrar, que o depoimento ou a entrevista cognitiva devem ser conduzidos com intuito de se obter uma melhor qualidade na obtenção das informações, e no caso das crianças, deve-se buscar a sua maior proteção contra questionamentos abusivos, e indutores de falsas informações. (WELTER, 2010).

Ao finalizar esta abordagem, é possível afirmar que as lembranças podem ser falsificadas, tanto pela sugestão interna ou externa. Tal fenômeno não advém de uma patologia, mas sim de um processo natural da memória, que deve ser considerado, pois a prova que depende da memória das testemunhas ou vítimas pode ser contaminada, e o reflexo da falsificação da recordação pode levar inocentes a uma injusta condenação. Dessa forma, é de suma importância atentar para os riscos que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal.

### **3 AS FORMAS DE ENTREVISTA E O DEPOIMENTO SEM DANO**

Consoante ao que já foi demonstrado no presente estudo, o indivíduo, ao vivenciar o evento, foca em apenas algumas informações, sendo impossível armazenar em sua memória todos os detalhes do episódio presenciado. Além disso, a grande carga emocional que recai sobre a testemunha ou vítima, sendo ela adulta ou criança, ao se relatar os fatos em um depoimento, pode interferir na evocação das lembranças, e o indivíduo pode adicionar novas informações na memória, através das falsas memórias. Por esse motivo, o entrevistador desempenha um importante papel para auxiliar o indivíduo no processo de busca das informações contidas na memória, com a maior riqueza de detalhes possível. (FEIX, PERGHER, 2010).

Outro ponto que deve ser considerado, diz respeito a linguagem e a forma como é conduzida a entrevista ou o depoimento. Conforme já exposto, a maneira como o entrevistador faz as perguntas pode



vir a sugestionar o entrevistado. Desse modo, o entrevistador pode influenciar e manipular a testemunha ou vítima, com intuito de se ajustar a sua hipótese. Assim, sendo o procedimento de inquirição de testemunhas e vítimas um elemento essencial para as investigações no Processo Penal, faz-se necessário o estudo referente a forma como o entrevistador realiza a entrevista, para se obter redução de danos. (DI GESU, 2014).

Nesse sentido, cabe trazer as palavras Loftus (1997, p. 70-75, tradução nossa): “A desinformação tem o potencial de invadir nossas memórias quando conversamos com outras pessoas, quando somos sugestivamente interrogados ou quando lemos ou vemos a cobertura da mídia sobre algum evento que possamos ter vivenciado”.<sup>6</sup>

A fidedignidade das declarações trazidas na entrevista pode ser facilmente maculada, mormente com relação ao testemunho das crianças, em razão da facilidade em serem sugestionadas, proporcionando o desenvolvimento das falsas memórias, como já citado neste estudo. Nessa linha, a busca de informações verídicas de crianças se torna uma tarefa difícil, e que deve ser tomada com bastante cautela. (DI GESU, 2014).

Pisa e Stein (2007), alertam para o fato de que a violência sexual existe desde o início da humanidade, mas o crescente aumento de casos de abusos sexuais, sem evidências materiais, vem impulsionando o estudo referente a forma como as entrevistas são dirigidas. As autoras apontam ainda que, embora existam diversas medidas visando a proteção das crianças, a sociedade e o Estado ainda se preocupam mais com a punição do acusado do que com a proteção da vítima. Outro fator relevante é que a palavra da vítima, na maioria dos casos de abuso sexual, seria a única prova incriminadora contra o acusado, portanto, o julgamento de casos desse tipo, se torna mais complexo quando a vítima é uma criança.

Ao tratar dos métodos utilizados na entrevista e a qualidade dos relatos, pode-se averiguar que vários fatores podem afetar este procedimento, entre eles o modo como o entrevistador conduz, a forma como ele direciona as perguntas e a indução de estereótipos. Consoante ao viés do entrevistador, verifica-se que se estiver convencido sobre a ocorrência do fato, pode vir a delinear a sua entrevista, a fim de se alcançar respostas condizentes com a sua concepção. Entretanto, se o depoimento da criança for contraditório a sua convicção, o entrevistador pode fazer perguntas que se amoldem a sua hipótese. Assim, a entrevista pode vir a sugestionar a criança, mas também os familiares e outros profissionais ao questionarem sobre o fato, dependendo do modo como se fazem as perguntas. (PISA; STEIN, 2007).

No tocante às perguntas feitas pelo entrevistador, se percebe que o problema pode estar relacionado com o fato de se utilizar perguntas sugestivas e tendenciosas, em que o entrevistador ministra informações que a criança desconhece, e a pressão de pares, no qual o entrevistador garante

---

<sup>6</sup> Trecho original: “Misinformation has the potential for invading our memories when we talk to other people, when we are suggestively interrogated or when we read or view media coverage about some event that we may have experienced ourselves”. (Loftus, 1997, p. 70-75).



que um amigo da vítima já relatou algo semelhante. Tais técnicas, se utilizadas em entrevistas repetidas, podem fazer com que o depoimento infantil se torne inseguro. (MIRA Y LÓPEZ, 2013).

Dessa forma, pode-se afirmar que para a entrevista ocorrer adequadamente, o entrevistador deve dar prioridade as perguntas abertas, embasadas nas informações trazidas pelo entrevistado, visto que podem possibilitar a recuperação da lembrança com maior riqueza de informações. Portanto, perguntas fechadas, sugestivas e confirmatórias tendem a contaminar o depoimento da testemunha ou vítima, logo devem ser evitadas. (FEIX; PERGHER, 2010).

Referente à indução de estereótipos, pode-se destacar que se trata de uma forma de sugestão, que ocorre quando se expõe previamente à criança uma opinião ou uma descrição sobre um evento ou uma pessoa, antes de entrevistá-la. Nesse contexto, o entrevistador relata à criança o que pensa sobre o acontecimento, sobre o acusado, ou sobre alguma atitude, fazendo com que a criança se submeta facilmente as suas ideias. Desse modo, a criança acolhe a tese do inquiridor de forma natural sobre os eventos supostamente ocorridos. (WELTER, FEIX, 2010).

Nesse sentido, a entrevista cognitiva foi criada em 1984, por Ronald Fisher e Edward Geiselman, com intuito de se obter melhores depoimentos, com riqueza de detalhes e com maior exatidão possível de informações. A entrevista cognitiva desenvolve-se por meio de cinco fases: construção do *rapport*; recriação do contexto original; narrativa livre; questionamento; e por fim o fechamento. As duas primeiras fases se referem a implantação de um ambiente favorável, para que o entrevistado possa reproduzir as informações contidas em sua memória. A terceira fase compreende-se em permitir que entrevistado relate os fatos livremente. A quarta fase abrange o uso de técnicas de questionamento, embasadas somente nos dados trazidos pelo entrevistado, objetivando obter-se melhores esclarecimentos sobre os fatos. A última fase refere-se à finalização da entrevista, em que o entrevistador reproduz um resumo das informações obtidas nas fases anteriores, com o intuito de realizar a conferência com o entrevistado sobre os dados relatados. Além disso, todo o procedimento da entrevista deve ser gravado. (FEIX; PERGHER, 2010).

Cabe pontuar ainda, diante das afirmações até aqui expostas, o ponto de vista de Moraes da Rosa a respeito da pureza da criança. O autor afirma que, se revela uma ilusão acreditar que a criança sempre estará dizendo a verdade. Ademais, a noção de que a criança sempre será “pura”, torna-se equivocada, uma vez que a criança pode estar mentindo, em virtude de sua capacidade para imaginação, ou pela sugestão de terceiros. Nesse sentido, é necessário se obter sempre com cautela o seu depoimento. (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 91).

Ao exposto, resta acrescentar que a criança pode reproduzir como uma verdade o acontecimento, fruto de presunções e percepções equivocadas de um adulto que interpretou de forma errada o fato, e consequentemente passa a induzir a criança a acreditar que realmente foi vítima de um abuso sexual, implicando em falsas acusações, em que a criança acredita como verdadeiras lembranças. (PISA; STEIN, 2007).



Objetivando-se proteger a criança e o adolescente, vítima ou testemunha de abuso sexual, ou de violência, podendo ser física, psicológica, sexual, e institucional, que o depoimento sem dano foi criado, pela Lei 13.431/2017. Pode-se constatar que a inexistência de outros meios de prova, em razão da clandestinidade do delito, e a necessidade de se dar valor probatório a palavra da vítima, haja vista, ser o testemunho infantil frágil e suscetível a distorções, conforme já demonstrado, são fatores que justificam a criação desse método de oitiva. (CAMBI, 2014).

O depoimento sem dano se apresenta como um método para substituir o ambiente formal em que são prestados os depoimentos de vítimas ou testemunhas - crianças ou adolescentes, que supostamente sofreram abuso, para uma sala especial, idealizada para tal fim. Além disso, deve ser gravado todo o procedimento, permitindo assim que o magistrado e as partes possam rever a gravação para dirimir eventuais dúvidas. Os objetivos que visam-se alcançar com este método são: redução do dano no decorrer do processo em que a criança ou adolescente é parte; garantir-se os direitos da criança e do adolescente, visando a proteção de seus direitos ao ser ouvida, bem como a valoração de sua palavra; e uma melhor produção da prova. (CEZAR, 2007).

Ao tratar da forma como o depoimento sem dano é dirigido, pode-se verificar que a vítima fica em uma sala separada do seu ofensor, diferentemente da audiência formal, em que a vítima é ouvida pelo juiz na frente do acusado. Nesta sala, cria-se um ambiente recreativo com brinquedos, e a criança fala por um período de meia hora com um psicólogo ou assistente social antes da audiência. Acompanham a conversa o magistrado, o promotor e o advogado, por meio de uma televisão, não podendo interferir na entrevista. Antes de realizar o depoimento, o profissional pode fazer perguntas a criança, falando de forma aberta sobre os fatos, adequando-se a sua linguagem infantil, estimulando a criança a falar sobre o ocorrido com suas palavras. (CAMBI, 2014).

É relevante trazer as posições contrárias ao método de oitiva do depoimento sem dano. Nesse sentido, Morais da Rosa (2011, p. 89) é categórico ao afirmar que: “A postura infla-se de um inquisitorialismo cego pelo qual se busca, em nome do “bem”, as provas do que se crê como existentes, dado que os lugares, desde antes, estão ocupados: “vítimas e acusados”. O autor salienta ainda que, o procedimento coloca a criança em uma posição como se fosse vítima de fato, e que deve-se considerar que o profissional encarregado de inquirir a criança pode induzi-la, ao trazer os questionamentos das partes e do juiz, adequando a linguagem infantil. Reitera que, torna-se impossível garantir que sua utilização não ocasionará danos, tendo em vista que o depoente pode ser sugestionado pelo entrevistador. (MORAIS DA ROSA, 2011).

Na mesma posição contrária é a visão de Di Gesu (2014, p. 192-193), a qual reitera que mesmo que o procedimento possua a intenção de se preservar a vítima e a testemunha do sofrimento e do constrangimento do processo, e de ter que se relatar o fato, se realmente ocorreu, a oitiva não pode ser feita lesando normas e o devido processo legal. O método fere ainda na visão da autora o princípio da identidade física do juiz, pois o depoimento é intermediado por um terceiro.



É imprescindível que o entrevistador analise todos os aspectos acerca do depoimento, haja vista que, a criança pode mentir e se utilizar da acusação de abuso para cessar outras formas de violência psicológica, física ou por negligência que esteja presenciando. A condição de vítima de abuso sexual pode proporcionar a criança o cuidado e o respeito que talvez esteja lhe sendo negado, criando assim um falso relato, com base em notícias de crimes sexuais que viu na mídia, ou em informações que ouviu de pessoas de seu convívio. (PISA; STEIN, 2007).

Nessa esteira, conclui-se que as reflexões aqui apresentadas referentes à controvérsia acerca do testemunho infantil, deve considerar as capacidades da criança, bem como as vulnerabilidades referentes ao processo mnemônico, tendo em vista o fato de que o relato de uma criança pode ser a única prova do processo. Assim, o entrevistador deve ser capacitado para conduzir o depoimento, tendo sempre a noção de que a criança pode ser sugestionada facilmente, por terceiros ou por perguntas sugestivas.

## CONCLUSÃO

Objetivou-se no decorrer do presente artigo, meios capazes de reconstruir os fatos à luz de um Processo Penal Constitucional, em que devem ser primados os direitos e garantias fundamentais. Constatou-se que, apurar a fidedignidade das alegações trazidas ao processo não é uma tarefa fácil, em virtude de se depender da memória das testemunhas e vítimas. Por meio dos estudos acerca da prova, percebeu-se que esta tem função essencial na busca pela verdade, ocupando o ponto mais importante no Processo Penal.

A pesquisa demonstrou a possibilidade de não ser fidedigna a memória do fato com a realidade, em razão de obter-se uma reconstrução parcial aproximada do que foi percebido no acontecimento. Ainda, a emoção pode influenciar diretamente nas lembranças, visto que o crime de fato é carregado de uma forte emoção pela pessoa que é vítima ou que o vivencia, prejudicando na recordação dos detalhes do evento. Observou-se, a partir dos estudos pelo viés da Neurologia, que o período entre a aquisição da memória e a consolidação pode ser frágil e passível a sugestões, apontando-se que as ações de fatores externos ou internos, no intervalo entre o fato e o depoimento, podem alterar a lembrança do acontecimento.

Concluiu-se que a testemunha desempenha um papel importante para o Processo Penal, sendo o meio probatório mais utilizado. Contudo, pode ser contaminada por diversos fatores como o decurso do tempo, a maleabilidade da memória, a forma como o entrevistador conduz a entrevista e a sugestão. Quanto maior o decurso do tempo, maior a probabilidade da vítima ou testemunha incorporar à sua recordação e percepção dos fatos informações externas, por meio da mídia, de parentes, de amigos, ou do entrevistador, contribuindo para o esquecimento e a inflação da imaginação. Verificou-se ainda, que as falsas memórias não decorrem de uma patologia, mas sim do funcionamento normal da memória, em que a pessoa acredita que realmente viveu ou presenciou o acontecimento, se diferenciando da mentira,



em que o indivíduo age propositalmente. Confirmou-se, desse modo, a possibilidade de as falsas memórias gerarem sérias consequências, como a condenação de inocentes.

Ao longo do estudo, averiguou-se que os adultos podem ser sugestionados, mas especialmente as crianças tendem a ser induzidas com maior facilidade. O testemunho infantil deve ser tomado com cautela, tendo em vista a capacidade de imaginação do infante, e de ser mais suscetível a sugestão. Ademais, a linguagem e o método do entrevistador podem influenciar no conteúdo mnemônico trazido pela pessoa que está sendo inquirida, confirmando que os métodos utilizados para oitiva de vítimas e testemunhas devem ser repensados, assim como os riscos de se utilizar apenas a prova testemunhal como único meio de prova. Constatou-se também que a entrevista cognitiva pode ser eficaz, se utilizados os métodos indicados. Já o procedimento do depoimento sem dano, é objeto de muitas controvérsias pelos juristas, tendo em vista que a criança assume uma posição de vítima que em muitos casos pode não ser de fato, pois as falsas memórias e a sugestão podem levar a uma interpretação errada de um fato, portanto, essa técnica merece aprimoramento.

Por derradeiro, cumpre destacar que o presente estudo objetivou trazer subsídios aos operadores de Direito sobre o fenômeno das falsas memórias e, a fidedignidade da prova testemunhal. Não é um estudo conclusivo sobre a temática das falsas memórias, tem-se ciência de que vários novos estudos podem ser conduzidos por pesquisadores da área do Direito e de outras áreas do conhecimento para a compreensão do fenômeno. A coleta da prova em um tempo razoável, a utilização de tecnologias, como a gravação das oitivas e depoimentos, a adoção da entrevista cognitiva, a exploração de outros elementos, além da palavra da testemunha e da vítima na prova testemunhal, podem contribuir para melhor elucidação dos fatos, e prevenir que inocentes sejam levados injustamente ao cárcere.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. (Personagens do Processo Penal). Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982, v. 2, (Coleção Stvdivm)

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Livro disponível em E-book.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no Processo penal brasileiro**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C.; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolling. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção tópicos)

**Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.



BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRUST, Priscila Goergen et al. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem Dano e Falsas Memórias. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais**, ano 39, v. 235, set. 2014.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de, STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5675/pdf>>. Acesso em 19 jun. 2020.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Livro disponível em E-book.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovani Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

IORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu; MAYA, André Machado. (Org.). **Processo Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valorização da Prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IZQUIERDO, Iván. **A arte de esquecer: cérebro e memória**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOFTUS, Elizabeth. Creating False Memories. In: **Scientific American**. Seattle: Set. 1997, v. 277, p. 70-75. Disponível em: <<http://staff.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>>. Acesso em: 15 maio 2020.

LOFTUS, Elizabeth; KETCHAM, Katherine. **Witness for the Defense: The Accused, the Eyewitness, and the Expert Who Puts Memory on Trial**. New York: St. Martin's Press, 2015. Livro disponível para Kindle.

MARTINS, Rui Cunha. O nome da alma: “memória por hipótese”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Servanda, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O depoimento sem dano e advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranóico” no Processo Penal. In: AZAMBUJA, Maria Fay de; FERREIRA, Maria Helena Mirante et al. **Violência sexual contra crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536324869/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 06 maio 2020.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

PINTO, Luciano Haussen; PUREZA, Juliana da Rosa; FEIJÓ, Luiza Ramos. Síndrome das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virgínia Alcott; RUIZ, Pedro. **Compêndio de psiquiatria: ciência do comportamento e psiquiatria clínica**. Tradução Marcelo de Abreu Almeida. 11. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

SCHACTER, Daniel L. **The Seven Sins of Memory: How the Mind Forgets and Remembers**. Boston: Houghton Mifflin, 2002. Livro disponível para Kindle.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 43, p. 151-164, abr./jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. v. 3, p. 821-836, jun. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000169a08917254e313bd6&docguid=Id637cc202d4111e0baf3000085705dd350&hitguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=2615&context=94&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingartner, FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingartner. Recordação de eventos emocionais repetitivos: Memória, sugestionabilidade e falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.



# A AFIRMAÇÃO DEMOCRÁTICA E A NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Gabriela Köchler Teixeira<sup>7</sup>  
Dailor dos Santos<sup>8</sup>

## RESUMO

O presente estudo explora a relação de circularidade entre democracia, em sua acepção majoritária, e direitos fundamentais, em seu viés contramajoritário, no acontecer do Estado Democrático Constitucional de Direito brasileiro. A particularidade da investigação proposta reside no enfoque conferido aos interesses aparentemente antinômicos entre democracia e direitos fundamentais, a partir de um deslinde histórico, no qual se detecta, a despeito da aparente divergência, terem ambos como compreensão intrínseca a contenção do poder. Assim, a pesquisa encontra lugar na celeuma de como se dá, e qual a importância jurídica do tensionamento, por vezes perpetrado pela jurisdição constitucional, entre as decisões adotadas por uma maioria eventual e a busca de realização dos direitos fundamentais de minorias. Funda-se o estudo no método hipotético-dedutivo e em levantamentos documentais e bibliográficos, situando historicamente a correlação entre democracia e direitos fundamentais para, então, examinar um caso concreto (ADPF 130) que aponta o papel da jurisdição constitucional como mediadora do discurso democrático e realizadora de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Democracia. Direitos Fundamentais. Constituição. Jurisdição constitucional.

## ABSTRACT

The present study explores the circular relationship between democracy (the majority par excellence) and fundamental rights (as protection for minorities), in Brazilian Democratic State. The particularity of these investigation resides in the focus given to the apparently antinomic interests of democracy and of fundamental rights, which, once studied, reveal keep the same major objective, of containing state power. Initially, the research seeks to identify the nature and legal importance of this tension, sometimes carried out by the constitutional jurisdiction, between the decisions made by an eventual majority and the guarantee of the fundamental rights of minorities. To do so, the hypothetical-deductive research method is used, based on the history of both institutes. After exposed the theoretical foundations of the above mentioned subjects, the research aims to demonstrate, through the analysis of legal action (ADPF 130), the inseparable connection between them, and the role of constitutional jurisdiction as a mediator of interests, preserver of democracy, and realizer of fundamental rights.

**Keywords:** Democracy. Fundamental rights. Constitution. Constitutional jurisdiction.

---

<sup>7</sup> Graduanda pela Universidade Feevale, [gabikochlerteixeira@hotmail.com](mailto:gabikochlerteixeira@hotmail.com)

<sup>8</sup> Doutorando pela Universidade Unisinos, [dailor@feevale.br](mailto:dailor@feevale.br)



## INTRODUÇÃO

A compreensão democrática apresenta, por vezes, aparentes contrassensos com a afirmação de direitos fundamentais, especialmente diante da defesa de minorias no espaço político. Essa suposta incongruência indica a importância da compreensão do fenômeno democrático, em suas correlações com os direitos fundamentais. O hipotético paradoxo conduz à análise aqui apresentada: examinar criticamente o intrincado relacionamento, mediado, por vezes, pela jurisdição constitucional, entre democracia – em sua acepção majoritária – e direitos fundamentais – em sua atuação contramajoritária –, pilares fundantes do Estado Constitucional. De sorte que, enquanto a primeira se ergue como sustentáculo da vontade popular, anunciando-se como obstáculo a pretensões ditatoriais ou totalitárias, os direitos fundamentais, por sua vez, emprestam substancialidade à Constituição, fazendo parte de seu núcleo, incumbidos de limitar, inclusive a partir da atuação da jurisdição constitucional, as aspirações políticas de uma maioria eventual em prol da salvaguarda de outros legítimos interesses individuais que ocupam o mesmo espaço político.

A partir de tais premissas estruturantes, questiona-se o que justifica, e qual a importância, do tensionamento, por vezes perpetrado pelo Judiciário, entre as decisões proferidas por uma maioria eventual, democraticamente eleita, e a busca de realização dos direitos fundamentais das minorias para o ordenamento jurídico nacional. Busca-se, a partir disso, amplificar a compreensão acerca da necessidade de proteção das minorias – e dos direitos fundamentais em um sentido amplo – para o fortalecimento do próprio regime democrático.

A fim de compreender esse fenômeno, a análise será conduzida em dois momentos. Em um primeiro instante serão apontadas as intersecções entre a democracia e os direitos fundamentais; após, será analisado o papel da jurisdição constitucional como mediadora desse diálogo aparentemente opositivo. Esse exame será efetuado a partir da observação crítica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130, julgada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2009 e que se debruçou sobre importante temática, ainda atual: a relação entre liberdade de imprensa e democracia. O presente estudo adota como método de procedimento a revisão bibliográfica e a pesquisa documental e funda-se, como perspectiva de abordagem, no método hipotético-dedutivo.

## 1 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: confluências históricas e jusfilosóficas

Conquanto a solidificação e estruturação da democracia tenha se dado na Grécia (KEANE, 2010, p. 11), curiosamente, “a democracia nunca foi construída democraticamente” (BITTAR, 2016, cap. 3.1). Não foram as massas gregas responsáveis por orquestrar a instituição deste peculiar regime de organização político-social, mas sim a nobreza (*aristoi*), que irredimida com as tentativas de seus



membros usurparem para si o poder, entenderam por bem instituir normas que, ainda beneficiando seu estamento social, possuísem o condão de evitar a monopolização absoluta da hegemonia jurídico-política, fixando “regras para o jogo social” (CHÂTELET, 2009, p. 13). Fato que se evidencia a partir da atribuição de *status* de membro ativo da comunidade política, portanto detentor do direito de voto, apenas a homens gregos livres, ou seja, mulheres, escravos e crianças não eram possuidores dos direitos e deveres inerentes à condição de cidadão na *polis*. Tratava-se, portanto, de uma democracia, em tese, direta, na qual esse seleto grupo de cidadãos ia “à praça discutir a coisa pública” (TASSINARI, 2013, p. 2).

Embora a noção de democracia grega provoque estranheza aos ouvidos modernos, compreende-se este regime de governo como sendo, ao menos no ocidente, pioneiro em estabelecer uma assembleia de semelhantes que legislavam em conjunto e, uma vez tendo estabelecido seu ordenamento sócio-político, se vinculavam e submetiam a ele. As amarras legislativas que hodiernamente preservam a integridade do Estado Democrático de Direito, inclusive do Estado brasileiro, principiaram na paulatina democratização, ainda que rudimentar, do povo grego. O arbítrio dos Arcontes foi, assim, suprimido pela certeza e imparcialidade, ao menos em maior grau do que se tinha anteriormente à sua positivação, das leis.

O processo de rudimentar democratização contou com importantes expoentes, dentre os quais impende consignar Aristóteles, pupilo de Platão que, realizando ele uma leitura teleológica dos fenômenos, defendia o homem como ser social, incumbido de um papel pré-determinado na sociedade. De modo que, para o Estagira, a natureza teria legado a alguns maior capacidade para governar do que a outros, referindo que, caso a classe dominante governasse voltada genuinamente ao bem comum, que seria o fim último da estrutura política, independeria qual delas fosse, desde que engendrada para este fim, iria certamente realizar um bom governo. Todavia, frente à tendência humana de se render às paixões, tal grupo tendencialmente se convolaria de monarquia em tirania, de aristocracia em oligarquia e de democracia em demagogia, de forma que a república, como mediadora entre extremos, seria a estrutura de governo mais adequada.

Ademais, acreditando na possibilidade de desvirtuação até mesmo desta forma de governo, Aristóteles alertava ser a lei o panteão jurídico-político garantidor dos valores necessários à manutenção da *polis*: “a paixão transforma todos os homens em irracionais [...] a lei, pelo contrário, é o espírito desembaraçado de qualquer paixão” (ARISTÓTELES, 2006, p. 12). Eis aqui importante contribuição de Aristóteles ao movimento de democratização que se seguiu, a saber, o reconhecimento do potencial protetivo da legislação.

Muito embora as vertentes democráticas gregas tenham produzido um arcabouço teórico propício às mais diversas discussões jusfilosóficas que se seguiram, colocando-se a noção formal de democracia como “uma *conditio sine qua non* – em ausência da qual não se pode falar em democracia” (FERRAJOLI, 2014, p. 18) nota-se não ter carecido a construção ateniense da substancialidade que



atualmente se atribuiu ao conceito (ao menos no Estado Democrático Constitucional Brasileiro). É a partir da disseminação do cristianismo na Europa que tanto o homem e suas relações sociais – máxime seus direitos e deveres –, quanto a democracia passam a ser percebidas sobre novo lume, isso muito em razão do florescimento normativo dos direitos humanos, mais tarde fundamentalizados.

Se a história da democracia formal teve seu nascedouro na cultura helênica, o substrato da democracia substancial, ainda que aplicada normativamente apenas no final do século passado, leia-se os contornos advindos, mormente, dos direitos fundamentais fundou-se a partir dos postulados cristãos, encontrando na Bíblia, e em Jesus Cristo meios de objeção aos regimes que subjugavam e oprimiam, a despeito de eventual legitimação numérica. Os textos bíblicos, ao pregar a igualdade e o amor entre os homens e os legar lugar de monta na criação como filhos de Deus, embasaram as críticas e os movimentos de oposição:

Jerusalém, na Idade Média, sempre foi objetada a todas as Babilônias ressuscitadas; sempre foi objetada à Roma eterna, à Roma dos Césares, aquela que derramava o sangue dos justos nos circos. Jerusalém é a objeção religiosa e política à Idade Média. A Bíblia foi a arma da miséria e da insurreição, foi a palavra que subleva contra a lei e contra a glória: contra a lei injusta dos reis e contra a bela glória da igreja. (FOUCAULT, 2010, p. 59 e 60)

A narrativa cristã apresenta os indivíduos como detentores de direitos imanescentes à sua condição humana e iguais em sua dignidade, porquanto cunhados à imagem e semelhança de Deus. Enquanto no pensamento aristotélico o indivíduo não era senão no bojo de sua comunidade, o povo judeu, mais tarde os cristãos, máxime após a Reforma Protestante, compreendiam o homem não mais como simples membro da cidade, mas como indivíduo que livre é, digno e igual ao seu próximo. A partir da premissa isonômica de que “Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (BÍBLIA, 2002, p. 896), evoluiu-se ao postulado de que, em sendo semelhante a Deus, o homem seria dotado de direitos inerentes, bem assim de um relacionamento pessoal com seu criador, a despeito da transitoriedade do poder político da época, pensamento que passou a revolucionar o medievo e períodos que o seguiram.

Entretanto, durante quase mil anos o poder que era compartilhado pelos cidadãos na Grécia Antiga, ressalvadas as execráveis implicações do termo às minorias, e aqui impende lembrar que escravos, mulheres e estrangeiros nunca tiveram voz no acontecer político grego, passou a residir nas mãos do clero e da nobreza, os quais, desvirtuando os preceitos cristãos, supostamente em nome de Deus, imprimiam quaisquer regulamentações e obrigações ao povo, no intuito de persistirem em sua hegemonia. Seja sob o arrimo da Igreja Católica seja sobre o jugo da monarquia, a supressão dos direitos políticos do povo estendeu-se até meados do século XIX, tendo sido o processo de transição do antigo regime à democracia representativa um trabalho de muitas mãos (KEANE, 2010, p. 36).

Todavia, a nobreza, ainda que de maneira colateral, exerceu função fundamental na ressignificação da democracia. Ao estruturar o parlamento inglês, a nobreza elaborou o arcabouço burocrático para, mais tarde, possibilitar a participação do terceiro estado nos assuntos políticos.



Todavia, sintomática se fez a inclusão de cadeiras ao povo no parlamento<sup>9</sup>, o que decorreu do enriquecimento e fortalecimento da classe burguesa.

Após a expansão do comércio marítimo, da evolução dos meios de produção e da organização dos burgos, que passaram a concentrar grande poder econômico, o poder do Terceiro Estado despontou, e com ele, a sociedade de classes, em que as desigualdades sociais decorriam, não mais do nascimento nobre ou plebeu, mas do capital do indivíduo: “era uma espécie de usucapião da liberdade, calcado no regime possessório dos bens materiais. [...]” (COMPARATO, 2017, p. 58 e 59). Ou seja, os laços de servidão se transformaram em amarras pecuniárias, provocando, assim, uma descentralização do poder, sobretudo econômica. Militava, a burguesia, à construção de um Estado que se apresentasse como “um dique contra a intervenção do Estado” (BOBBIO, 1995, p. 428), barreira invocada pelos próprios cidadãos e sedimentada por meio da reafirmação democrática. Essa perspectiva impôs uma inversão na relação entre Estado e indivíduo, como também entre deveres e direitos. Se outrora o Estado e os deveres se sobrepunham ao indivíduo, no novo Estado burguês não intervencionista o indivíduo e seus direitos passavam a nortear o ordenamento jurídico, mostrando-se na hierarquia estatal os deveres e o governo em posição secundária (BOBBIO, 2004, p. 56-58).

A conjuntura econômico-social, aliada às mudanças paradigmáticas ocorridas a partir do final do século XVI gerou profundas fissuras nos poderes do clero e da nobreza até então instituídos. Produto da necessidade de legitimar o poder numa época na qual, cada vez mais, a sociedade passava a se insurgir frente às dicotomias existentes, surgiram as teses contratualistas, descobrindo na representatividade a estrutura da democracia moderna. De modo que a relação entre Estado e indivíduo assumiu um novo aspecto, passando a sociedade a ser o “resultado não de fatos naturais que independem das vontades individuais, mas das próprias vontades dos indivíduos que a habitam” (SILVA, 2019, p. 09). Dentre os expoentes desta corrente, o inglês Locke, calvinista protestante, foi pioneiro na defesa de um contrato social no qual os representantes fossem eleitos pelo povo. Concebia os homens como seres livres, dotados de razão concedida por Deus, e iguais entre si, “não sendo ninguém mais que outro qualquer” (LOCKE, 1998, p. 199), bem como o Estado como garantidor dos direitos dos indivíduos, esses que existiriam para além e independentemente da máquina estatal, e que justificariam tal contrato. Essa apropriação torna nítida a matriz jusnaturalista a fundamentar a afirmação de que o ser humano seria detentor de direitos fundamentais.

Dada a natureza irrenunciável dos direitos, caberia a seus detentores, de forma racional, figurando como os autores do contrato, “decidir sobre quem e como devem governar” (SILVA, 2019, p. 09), sendo o consentimento destes homens livres o que iniciaria e constituiria e legitimaria qualquer sociedade política. De modo que tanto o governante quanto a forma de governo estariam subjugados por

---

<sup>9</sup>Embora o parlamento hoje seja sinônimo de representatividade democrática, apenas recebeu tal conotação após a assinatura da Declaração de Direitos inglesa em 1689, que estabeleceu, com pioneirismo, “a eleição dos membros do Parlamento deve ser livre,” ficando vedado ao monarca “violiar a liberdade de eleição dos membros a servir no parlamento”. (BILL OF RIGHTS, 1689).



aqueles que celebraram o pacto social, figurando tais indivíduos como possuidores, em *ultima ratio*, do direito de resistência frente aos representantes eleitos, caso deixassem de cumprir a função pública para a qual foram escolhidos. No cerne de sua teoria encontrava-se a premissa de que o Estado não apenas deveria se abster de invadir, como também seria sua função assegurar que não houvesse a invasão, por terceiros, dos direitos naturais individuais.

Embora, à época, já existissem cartas constitucionais, elas careciam da normatividade que hodiernamente se associa ao termo Constituição. Não se cogitava “uma lei que limitasse a lei” (FERRAJOLI, 2014, p. 18), capaz de se sobrepor e vincular os conteúdos emanados da atuação legislativa. A lei passou a ser validada muito mais em razão de sua origem, como a personificação da vontade do povo, doravante jurídico e politicamente soberano no acontecer estatal, do que de seu conteúdo propriamente dito. A autoridade inquestionável que antes era legada ao monarca migrou para legislação com o intuito de auferir segurança e unicidade ao ordenamento jurídico. Tem-se no período, apropriando-se de Douzinas (2009, p. 122), um “Leviatã legislativo”, gerado pela vontade popular.

Nesse sentido, a nova posição de centralidade do indivíduo, detentor de direitos no seio da sociedade, serviu de substrato às revoluções de cunho individualista-liberal, as quais, através da promulgação de declarações possibilitaram o renascer da democracia, agora em seu viés representativo, mas ainda não solidamente substancial sob o lume normativo. Nesse sentido, convém atentar ao fato da representatividade da própria terminologia: uma *declaração* buscava apenas anunciar algo que já *era*, no sentido de sua imanência; por meio dela desvelava-se uma realidade já afirmada, a fim de torná-la oponível e vinculante, até mesmo em face do Estado, em nova remissão jusnaturalista da construção de significados do próprio direito.

Foram os Estados Unidos da América, com a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 e a França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, os precursores em instituir governos democráticos representativos estruturalmente delineados. Não por acaso, foi esse o momento decisivo em que os direitos fundamentais “saíram do reino da ideia e entraram no mundo da história” (ALEXY, 2015, p. 126), em termos jurídicos. As premissas de que os homens são naturalmente livres e independentes, portadores de direitos inatos e invioláveis denotava, já no período, um caráter marcadamente individualista aos direitos fundamentais proclamados, sucessivamente incorporando novas dimensões em seu caráter protetivo, culminando na contemporânea abertura constitucional aos assim chamados novos direitos.

Enquanto no Antigo Regime as massas não faziam parte do acontecer político, no Estado Moderno Liberal o povo passou tanto a legitimar a atuação estatal isonômica, como também a tecer, através da percepção de nação para além de mero agrupamento social, uma consciência coletiva, o que paulatinamente resultou em uma postura de intolerância em relação a posições minoritárias. O governo, outrora parasitário, passou a ser visto como nação e o cidadão que a passos lentos havia galgado o seu espaço em meio à tradição autocrática transmutou-se no produto da sociedade. Tal movimento,



nacionalismo exacerbado, conduziu à constatação de que “a estrutura tornou-se política e cognitivamente mais importante que a agência, o indivíduo recém-liberado logo se tornou o objeto de poder disciplinador de sua suposta soberania e suposto direito deram lugar a técnicas de normalização” (DOUZINAS, 2009, p. 124). Nesse sentido, o princípio majoritário, ou seja, a legitimação dos governantes a partir da concordância de maioria do povo, despontou como, ainda que contrariamente a aspirações de minorias ocupantes do mesmo espaço político, normatizador desta nova estrutura. Instituiu-se a premissa de que “uma vez eleito do povo, todas as decisões do governo – no sentido de *volonté générale* – são justas, verdadeiras e para o bem do povo” (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 440-441) não sendo, destarte passíveis de controle. Paulatinamente, ocorreu um fortalecimento da figura do chefe de governo e uma objetificação da própria lei, com um afastamento do direito natural que havia engendrado o pensamento moderno.

Os direitos do indivíduo, que haviam fornecido o substrato às revoluções democráticas, na ausência de uma norma que os positivasse e impusesse o seu cumprimento até mesmo aos legisladores, passaram a ser vistos como ideologias, discursos históricos utilizados para fundamentar as decisões dos estadistas (DOUZINAS, 2009, pp. 124 e 125). Em que pese o processo de unificação dos indivíduos em nação e a instauração da vontade coletiva e racional, oriunda do contrato entre iguais, como legitimadora do ordenamento jurídico tenham sido elementares para a evolução não só do direito mas da sociedade como um todo, perdeu-se de vista no período, entretanto, a singularidade do homem e a inexorável presença de interesses conflitantes entre os grupos e os indivíduos, o que aguçou situações de desconforto no plano político e despertou o problema jurídico, ainda presente, da construção de caminhos para a consecução da igualdade no plano democrático. Ignorou-se, em síntese, o fato de que o princípio majoritário, aplicado irrestritamente, por vezes torna-se deletério à sociedade, criando de verdadeiros “guetos da intolerância” (BARRETTO, 2013, cap. 2.4), sob a justificativa de que as escolhas políticas foram tomadas em prol da preservação do interesse democrático.

Similar com o que ocorria nos Estados absolutistas, os representantes eleitos do povo transmutaram-se em guardiões da vontade popular como se una e indivisível fosse. Unidade de povo, de território, de vontade, uma identidade: foram esses os postulados que engendraram o que ficou conhecido como Estados Fortes, legitimados por sistemas formalmente democráticos, valendo-se do direito e da lei para estruturar o solo no qual, mais tarde, germinaram os sistemas totalitários (CHÂTELET, 2009, p. 96-97). Desde então, ficou a cargo da história demonstrar que “revolucionários vitoriosos transformados em governantes podem tornar-se tão opressores quanto seus predecessores” (DOUZINAS, 2009, p. 105-127). Em decorrência do esquecimento das minorias, o princípio majoritário, aplicado ilimitadamente, oportunizou atuações opressivas e autoritárias no bojo de governos formalmente democráticos. Os movimentos nazista, fascista e ditatoriais, como o brasileiro entre 1964 e 1985, regimes auto-intitulados legítimos e democráticos, ilustram a insuficiência da concepção apenas formal de governo popular, justamente pelo fato de permitirem, na fratura perene da afirmação



democrática totalizante, a degeneração da própria democracia através de condutas autoritárias e intolerantes. Esse percurso somente conseguiu ser percorrido a partir da eleição de supostos inimigos, o que imediatamente aloca a interdependência entre democracia plena e proteção dos direitos fundamentais.

No Brasil, cuja construção democrática ancorou-se, em grande parte, no Estado Liberal-burguês europeu, a desvirtuação do governo democrático representativo em regime totalitário só foi possível pelo enaltecimento da figura do governante, elevado ao patamar de personificador da vontade una e indivisível do povo, e pelo consequente esquecimento do indivíduo, e das minorias, como sendo condição de possibilidade para uma democracia saudável. Sob as escusas de afastar o país da aduzida “ameaça comunista” que se alastrava desde a União Soviética após a segunda guerra, “o jugo da lei e o brilho da glória” (FOUCAULT, 2010, p.56) passaram a ser as diretrizes fortalecedoras do que veio a se consolidar como o período de ditadura militar. O poder ditatorial, ou ao menos a violência mascarada sob o signo de poder, “exorbitava a si próprio”, porquanto “vangloria-se, de ter criado os limites para a sua autoridade e delibera sobre a violência como meio necessário, ou prerrogativa ideológica indispensável, para manter-se constituído” (SANTOS, 2010, p. 24). Assim, a promulgação de diversos Atos Institucionais impostos durante a ditadura por supostos representantes do povo de fala eloquente, supostamente arautos da vontade da nação, demonstraram como uma sociedade carente de instituições de defesa dos direitos humanos, firmada em uma Constituição simbólica, pode ruir sob a aparência de legalidade. Cânone da democracia às avessas, as eleições indiretas e os Atos Institucionais foram utilizadas para manter a unidade do povo e combater aqueles contrários ao regime, sob o paradoxal argumento de que se tratava de medida necessária para a retomada democrática.

Cenário que experimentou substanciais mudanças apenas em meados de 1970, em meio à eclosão de movimentos de resistência à opressão, que culminaram na promulgação da Constituinte de 1988, responsável por alterar a conjectura política brasileira. Pela primeira vez, a Constituição assumiu, no Brasil, um papel efetivamente dirigente e compromissário, apresentando-se como norma fundamental, em termos jurídico-políticos, apta a limitar o poder a fim de assegurar a proteção dos direitos humanos (STRECK, 2018, p. 35-45), tendo resgatado a força protetora e condicionante dos direitos fundamentais, que após as revoluções oitocentistas vinham sendo limitados por aspirações políticas. Ao mesmo tempo, buscou a Constituição brasileira de 1988 tanto preservar o princípio majoritário, condição de possibilidade do governo democrático, como os interesses singulares dos cidadãos, mediante a proteção do princípio contramajoritário que, após o período de ruptura institucional, revela-se necessário à afirmação cidadã (FERRAJOLI, 2014, p. 18).

A Constituinte de 1988, imbuída de força normativa (HESSE, 1991, p. 15), trouxe consigo uma acepção substancial de democracia, na qual o direito deixou de ser apenas o instrumento da política de Estadistas. Ao contrário, a concepção constitucional passou a reger e a determinar parâmetros para a atuação dos Poderes constituídos, tendo como premissa a proteção e a garantia dos direitos, tanto da



maioria representativa das escolhas democrática quanto dos indivíduos que não compunham a perspectiva política preponderante. Assim, “a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais vinculou o exercício do poder não somente às normas sobre quem é legitimado a decidir, que definem a democracia política como governo do povo”, mas igualmente estabeleceu regras sobre as escolhas que devem conduzir decisões políticas. Isso alçou a democracia a um novo parâmetro: já não se tratava do governo da maioria, mas de uma concepção jurídica e política cuja finalidade residia na garantia dos direitos de todos (FERRAJOLI, 2014, p. 18).

Os direitos do homem, uma vez positivados no ordenamento jurídico de um país com o status de fundamentais, passaram a ser tanto o pressuposto como o princípio democrático de autodeterminação individual (STRECK, 2018, p. 35-45). Nesse sentido, Alexy determina os direitos fundamentais por quatro notas distintivas, que impactam diretamente o acontecer democrático. Decorre, a primeira delas, de sua origem constitucional; ou seja, apresentam-se eles hierarquicamente superiores aos demais direitos regulamentados pela legislação infraconstitucional. A segunda, sua imperatividade, visto que irradiam a todo o ordenamento jurídico para além de meras proposições pragmáticas, ou seja, a sua observância e cumprimento são exigíveis de todos os Poderes constituídos, de forma que, a partir da constitucionalização dos direitos, doravante fundamentais, inverte-se a lógica jurídica: se “antes valia: direitos fundamentais somente no âmbito da lei; hoje se diz: leis somente no âmbito dos direitos fundamentais”. A terceira e a quarta características, relacionam-se, respectivamente, aos objetos dos direitos fundamentais, por serem direitos mínimos e basilares à vida em sociedade, dos quais decorrem outros direitos secundários; e, por fim, a sua redação aberta, com o fito de, por meio da interpretação, possibilitar sua efetivação em meio a uma inevitável colisão de interesses diversos inerentes a quaisquer sociedades (ALEXY, 2015, p. 127 e 131).

Bobbio traz como traço essencial dos direitos fundamentais a sua universalidade, ou seja, pertencem eles a todos os homens, independentemente da nacionalidade, raça, opção religiosa do indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 78). Oponíveis até mesmo contra o próprio Estado, carregam os direitos fundamentais um caráter prospectivo e contingencial, ou seja, se apresentam como estabilizadores dos valores básicos (eis seu conteúdo axiomático), metas e parâmetros a serem observados pelo Poder Público e pelos cidadãos, em uma atuação teleológica, realizada para que possam ser implementados com a maior eficácia possível pelo ente estatal, do que deriva a sua característica objetiva (SARLET, 2018, p. 143). Inere-se que a efetivação de uma vida digna aos cidadãos, por mais ampla que a expressão *dignidade* possa se apresentar, mediante a fixação de direitos mínimos não só protegidos pelo Poder Público, mas por ele assegurados, bem como através da limitação do poder de império do próprio Estado, são as razões de ser principais pelas quais os direitos fundamentais ocupam, necessariamente, lugar de monta nos ordenamentos jurídico, emprestando, inclusive, substância às Constituintes, conseqüentemente aos governos democráticos por elas instituídos, doravante democráticos substancialmente.



Ao realizar o cotejo das características teóricas de tais direitos fundamentais com a Constituição Brasileira e seu papel normatizador, percebe-se que ela cumpre o seu múnus, pois elenca uma miríade de direitos fundamentais, pinçados desde os primeiros direitos individuais até os modernos direitos transindividuais, comprometendo-se a protegê-los e concretizá-los. Desde a topologia até o texto da Carta Constitucional de 1988 se percebe o especial tratamento legado à matéria: os direitos fundamentais encontram-se localizados, a partir do artigo 5º, logo após os princípios e objetivos da República, o que faz com que condicionem todos os demais artigos da Constituição Federal. Ademais, no art. 5º, §1º, a Constituição Cidadã traz importante contribuição à efetivação dos direitos fundamentais, a eles atribuindo eficácia imediata. Dada a extrema importância e centralidade dos direitos fundamentais, seja para o sistema jurídico seja para a convivência em sociedade, receberam eles, ainda, no parágrafo quarto do art. 60, *status* de cláusulas pétreas.

O binômio *eficácia imediata e cláusula pétrea* garante, ao menos, que não permanecerão os direitos fundamentais à mercê de tardia disposição legislativa, tampouco à erosão decorrente de emendas constitucionais. E aqui, em que pese sejam traçadas críticas à falta de pragmatismo e à abertura semântica dos direitos fundamentais pelo Poder Público, deve-se salientar que a organização da Constituição de 1988 voltada à valorização e proteção dos direitos do cidadão é um avanço importante (SARLET, 2018, p. 55) uma vez que fornece o arcabouço jurídico sobre o qual poder-se-á construir “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988), típica premissa constitucional e garantia, paradoxal, da própria diversidade democrática. A substancialidade advinda dos direitos fundamentais demonstra, assim, uma “relação de interdependência e reciprocidade” (TASSINARI, 2013, p. 2) com o princípio majoritário, justamente pelos direitos fundamentais possuírem o condão de fomentar uma transposição do estado democrático de matriz formalista e liberal para uma forma de governo que também se faz substancialmente constitucional. Disso decorre que a democracia compreende tanto o resguardo dos interesses da maioria quanto dos direitos básicos de cada um dos seus indivíduos, em um duplo viés: “como unanimidade e, ao mesmo tempo, como diferença, isto é, como um valor emancipatório dos cidadãos (unidade), mas também, como um respeito à diferença” (TASSINARI, 2013, p. 2) o que ocorre mediante a proteção aos direitos humanos, necessariamente:

[...] os direitos fundamentais não são apenas limites à democracia política. Eles são, além disso, a substância da democracia, enquanto se referem ao povo em um sentido ainda mais correto e denso do que a própria representação política, isto é, a liberdade e às necessidades vitais de todos e de cada um dos seus membros de carne e osso. (FERRAJOLI, 2014, p. 25)

Desnuda-se a relação de circularidade entre os direitos fundamentais, a democracia e a Constituição. Os direitos de todos os homens, sem qualquer exceção, apresentam-se como a razão de ser legitimadora da democracia: “se a concepção individualista da sociedade for eliminada, não será mais possível justificar a democracia como uma boa forma de governo” (BOBBIO, 2004, p. 109-111). Paradoxalmente, a fim de limitar aspirações totalitárias, fixando limites ao poder e assegurando o respeito à diversidade de direitos fundamentais, a atuação constitucional faz-se decisiva. A Constituição,



dotada de força normativa, deve ser capaz de constranger o poder – mesmo que se trate da manifestação de uma escolha majoritária – para que o ciclo de preservação de direitos fundamentais retroalimente-se.

## **2 A AFIRMAÇÃO DEMOCRÁTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: análise crítica da ADPF 130**

Causa estranheza, no mínimo, a centralidade do Judiciário, não eleito democraticamente, na proteção dos direitos fundamentais em meio a um sistema político no qual nunca antes esteve tão em voga a democracia, a liberdade partidária e o sufrágio universal. Questiona-se quais fatores convergiram para que o Poder Judiciário, e de modo particular em sua estruturação de competências, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, conhecido como o “Guardião da Constituição” (LEITE, 2015, p. 37-51), assumissem esse protagonismo na delimitação dos direitos fundamentais. Como ponto de partida impõe-se compreender que a legitimidade para a efetivação dos direitos fundamentais não compete unicamente a um determinado Poder, órgão ou entidade administrativa. Os direitos fundamentais correspondem a conquistas históricas que buscam legitimidade contínua em sua própria estruturação. São eles decorrência da própria Constituição, inerentes à democracia e fundamentos de um Estado democrático. Isso, todavia, a partir das sucessivas transformações históricas da estruturação estatal, não suprime uma perspectiva decisiva: a formatação contemporânea do Estado, a partir de atribuições constitucionais, impõe-lhe o dever de proteger e afirmar os direitos individuais.

Essa atuação positiva do Estado acabou confluindo na preponderância do Poder Judiciário em razão de dois grandes traços presentes na Constituição de 1988. De um lado tem-se a opção do constituinte originário por estabelecer, a partir do artigo 5º, um prolixo rol, textualmente aberto, de direitos com eficácia plena, o que fatalmente atrairia – como de fato atraiu – a necessidade de manifestação judicial a respeito de inúmeros conflitos envolvendo a proteção de direitos constitucionalmente estabelecidos.

De outro lado, e em uma inequívoca correlação com a primeira perspectiva, tem-se a histórica compreensão – no mínimo desde *Marbury versus Madison* – de que a última palavra a respeito da Constituição competiria ao Poder Judiciário, dada a sua atuação típica como intérprete do texto constitucional. A junção dessas duas perspectivas conflui em uma abertura interpretativa ampla, já que muitas questões judicialmente definidas a respeito dos direitos fundamentais talvez reclamassem, antes de uma análise jurídica, uma abordagem política. Trata-se de derivativo da ideia de um sistema de equalização entre os Poderes constituídos. A isso se liga, por certo, a deficitária compreensão dos limites da atuação do poder, colocando em risco os direitos fundamentais.

Antevendo a possibilidade dos órgãos naturalmente majoritários legislarem de encontro às minorias, ou ainda de se omitirem, transformando os direitos fundamentais em sofismas e promessas pendentes de efetivação, o Constituinte Originário legou ao Poder Judiciário o papel de julgar os atos do Executivo e Legislativo por meio de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade visando



à proteção dos direitos fundamentais. Isso se dá fundamentalmente em duas dimensões: em uma dimensão negativa, mediante a não aplicação de atos que ofendam os direitos fundamentais, inclusive com a declaração de sua inconstitucionalidade; em uma acepção positiva, compreendida como a obrigação de que os juízes “por meio de aplicação, interpretação e integração”, outorguem às normas atinentes aos direitos fundamentais “a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico” (SARLET, 2018, p. 381), a fim de que “a democracia não seja diluída na política” (RADKE, 2019, p. 16).

A atuação como mediador de forças resta claramente evidenciada através do julgamento do Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) n 130. A escolha não é aleatória ou casual: trata-se de julgamento que se debruçou, nas palavras do próprio Supremo Tribunal Federal – STF, sobre a “relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia” (STF, 2009). Essa perspectiva, cuja atualidade revigora-se em tempos de *fake news*, desnuda o contínuo tensionamento – e a atuação judicial em sua modulação – entre direitos fundamentais e democracia. Debatia-se na referida ação constitucional, a (in)conformidade de legislação que tolhia a liberdade de imprensa (Lei nº 5.250/67, sobretudo ao tornar suscetível de censura espetáculos e demais exposições públicas, bem como cercear o direito à resposta), diante da nova ordem constitucional de 1988, a qual prevê, no § 1º do artigo 220, que nenhuma lei conterà “[...] dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.” A discussão apresentava como plano de fundo, ou “núcleo duro” (expressão adotada no acórdão), os direitos fundamentais (alguns presentes na própria exegese do dispositivo imediatamente referido), previstos nos incisos IV (liberdade de manifestação de pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão desde intelectual até de comunicação), XIII (liberdade de exercício profissional) e XIV (direito de acesso à informação e ao sigilo da fonte) do artigo 5º da Constituinte de 1988.

Instado a se manifestar, o Min. Britto, relator do caso, reconheceu o caráter condicionante dos direitos fundamentais, e aqui, em especial, do direito à liberdade de expressão, em sua derivação como direito à liberdade de imprensa. Referiu, em uma abordagem de viés especialmente sociológico, que através dos meios de comunicação coletivos as pessoas receberiam informações das mais variadas vertentes (religião, filosofia, política, cultura etc) e, a partir delas, estariam aptas a formar suas opiniões, as quais seriam tão livres quantos fossem os dados a partir dos quais engendradas. Relação de proporcionalidade que viria, nesse passo, ao encontro do pluralismo inerente ao governo democrático. Dito de outro modo, a imprensa passaria “a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação” (STF, 2009, p. 20-29) de maneira que, quanto mais amplas e diversificadas fossem as informações divulgadas, maior seria o pluralismo em todas as acepções da palavra. Por pluralismo entender-se-ia uma das condições de possibilidade do estado democrático, porquanto a garantia de um elevado número de vozes dissidentes apresentar-se-ia como uma valiosa



forma de embargar a transmutação da vontade da maioria eventual em ditadura contra as minorias contrárias ao pensamento majoritário.

Ressalvou o Ministro que apesar de o direito à imprensa encontrar balizas em outros direitos, especialmente de personalidade (à honra, à vida privada etc) não se poderia realizar uma vedação categórica da liberdade de expressão. Dever-se-ia, ao contrário, realizar um controle, apenas se absolutamente necessário, concreto e *a posteriori*, verificando-se o efetivo dano, e não simplesmente o pressupondo ou se valendo do mero potencial danoso para solapar uma das mais importantes ferramentas do acontecer democrático. Não obstante, referiu ele que esses mesmos direitos de personalidade vinculados subjetivamente aos terceiros receptores da notícia veiculada pela imprensa seriam igualmente inerentes ao autor por trás da matéria: como entronizar o indivíduo nesses bens de personalidade que são a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral, se a ele é negada a possibilidade de fazer de cada obra sua *um retrato falado* de si mesmo? [...] (STF, 2009, p. 48-51).

Entendeu o Ministro relator que a Lei de Imprensa, por deitar raízes em época de acentuada violação de direitos atualmente considerados fundamentais, já que “concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como anos de chumbo ou regime de exceção” (STF, 2009, p. 60), conteria dispositivos de cunho sancionatório tão diametralmente opostos às diretrizes democráticas trazidas pela Constituição de 1988, especialmente ao pluralismo e à liberdade de expressão que não seria possível a sua recepção constitucional, tampouco a sua reinterpretção à luz da Carta Constitucional vigente. Tem-se, da fala do Relator, o sincretismo preciso dos elementos que conduziram a presente pesquisa, porquanto demonstra, através da liberdade de imprensa frente o Estado, a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais (que são os mesmos, seja para uma multidão seja para apenas um indivíduo, e que, como a nomenclatura denota, emprestam fundamentalidade aos movimentos de resistência, neste caso garantidos pelo Judiciário) contra a maioria eventual dominante e a eventuais ocupantes do poder. Tensão essa, não se pode olvidar, que é encerrada no bojo da Constituição, a qual fornece as “regras do jogo” (RADKE, 2019, p. 1-5) para a convivência dos atores jurídicos, políticos ou sociais. Evidencia-se, assim, o liame indissociável entre o direito à imprensa e os demais direitos de personalidade, e não a antinomia que, *a priori*, poder-se-ia aparentar.

Contrariamente ao entendimento de Britto, os Ministros Barbosa, Mendes e a Ministra Gracie defenderem a possibilidade de afastar da legislação questionada alguns dispositivos flagrantemente opostos aos preceitos da Carta Constitucional de 1988, igualmente realizando uma interpretação conforme a Constituição quanto aos demais artigos da lei. O Ministro Barbosa iniciou seu voto abordando o direito de imprensa pela “a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação” (STF, 2009, p. 110) referindo que, em não havendo o mínimo de diretrizes relacionadas ao direito à liberdade de imprensa, poder-se-ia ocorrer uma monopolização por determinado grupo das informações, o que seria notoriamente mais nocivo ao pluralismo do que a regulamentação básica por parte do Estado contida na Lei de Imprensa.



A partir disso, construiu ele o raciocínio de que, em alguns casos, dever-se-ia embargar a liberdade de expressão caso contrariasse outros preceitos fundamentais. Assim, mereceriam restrições, exemplificativamente, as manifestações envolvendo apologia à guerra ou ao racismo. Em virtude disso, defendeu que fosse realizada uma interpretação segundo a Constituição dos artigos 1º, 2º, caput, §1º, 14 e 16, inciso I. Seguindo a linha de Barbosa, a Ministra Gracie afirmou ser imperiosa a manutenção de algumas balizas para o exercício do direito à liberdade de imprensa, sob o fundamento de que os direitos fundamentais de personalidade, especialmente à honra e à vida privada demandariam tanta proteção quanto aquela garantida às mídias. Referiu ela, igualmente, que a punição *a posteriori* por eventual violação aos direitos de personalidade não seria capaz de apagar, como se nunca houvesse ocorrido, o dano.

Leitura semelhante foi realizada pelo Ministro Mendes, que inaugurou sua fala dando conta da necessidade, graças à dimensão objetiva do direito à liberdade de expressão, da movimentação do Estado, no sentido de disciplinar e tornar possível a propagação de ideias, regulamentando o seu exercício inclusive para evitar, ou ao menos minimizar, a colisão da liberdade de imprensa com os demais direitos previstos na Constituinte. Por fim, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio, com impactante afirmação: “Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel” (STF, 2009, p. 249). A partir disso, defendeu a manutenção do texto integralmente, referindo ser antidemocrática a ingerência do Judiciário em legislação que se encontra em vigor há mais de quarenta anos, e, que por isso, não possuiria disposições cuja ofensividade fosse tão patente ao ponto de ter sido sobrestada por anos a perder de vista.

Apesar dos votos em sentido contrário, a ADPF foi julgada totalmente procedente, adotando-se o entendimento Min. Britto, relator, para os fins de declarar não recepcionada a Lei de Imprensa de 1967, vencidos em parte os ministros Barbosa e Mendes, bem como a Ministra Gracie, e superado integralmente o entendimento do Ministro Marco Aurélio, assentando STF que a liberdade de imprensa “como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa “como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica e comunicacional” (STF, 2009, p. 01).

Embora adotado como paradigma de análise, os argumentos que conduziram ao julgamento da ADPF 130 – e não o seu resultado final – indicam a contínua tensão, ou dualidade, entre a democracia, intrinsecamente majoritária, e os direitos fundamentais, no caso o direito à liberdade de expressão, em seu viés contramajoritário. Não há, entre esses valores designativos do próprio Estado de Direito, efetiva oposição, mas absoluta complementaridade. Ambos orbitam nos mesmos limites definidos constitucionalmente, como perspectivas de afirmação do Estado e de sua afirmação democrática, que somente se dá pelos (e a partir dos) direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional naturalmente ocupa uma posição de destaque na oferta de soluções possíveis para os paradoxos que inevitavelmente surgirão da circularidade entre direitos



fundamentais e democracia. Isso decorre da própria compreensão constitucional, não podendo ser tomado em um sentido negativo, embora exija a contínua delimitação de parâmetros para evitar que a atuação do Poder Judiciário se sobreponha às competências dos demais poderes constituídos. Não há uma hierarquização, quanto à circularidade, que possa ser preliminarmente imposta, exceto a concepção de que qualquer solução, sob pena de menosprezo às conquistas históricas de direitos, necessariamente passa pela preponderância do texto constitucional. Do mesmo modo, e pela mesma razão, revela-se inadequado afirmar, do ponto de vista constitucional, que escolhas democráticas – porque consubstanciam a decisão tomada a partir de uma maioria política – podem sobrepor-se a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

## CONCLUSÃO

Os significados historicamente conferidos à democracia e os direitos fundamentais – a partir de suas características majoritária e contramajoritária, respectivamente – indicam uma estruturação conjunta de um mesmo curso constitucional, formatado a partir de uma recusa à opressão, à tirania e à negação da dignidade humana, ainda que os desvios históricos revelem, especialmente a partir da Revolução Francesa, a associação dos direitos fundamentais a um ideário burguês. Há, nessa conjugação, uma interligação indissociável, podendo-se afirmar que a democracia não se resume a uma mera remissão a escolhas políticas majoritárias. Opondo-se a essa acepção, a própria Constituição estabelece balizas para que o poder seja exercido em consonância com o respeito aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais conferem substancialidade à Constituição e aos regimes democráticos, os quais, despidos de sua efetividade assentada no contínuo respeito ao texto constitucional, admitem que mesmo afirmações majoritárias possam desvirtuar-se em práticas ditatoriais ou totalitárias. A legitimação democrática, portanto, assenta-se na defesa e na afirmação dos direitos fundamentais, ilustrados de modo particular no respeito aos direitos de minorias, em uma circularidade que deve ser contínua, sob pena de ser incompleta e, com isso, à margem da Constituição. Por outro lado, sem as balizas democráticas os direitos fundamentais carregam o potencial de se transmutarem em escusas a fazer valer o caos da autotutela absoluta. Essa afirmação, marcadamente individualista, ignoraria o próprio espaço de construção política, seja do Estado seja do Direito.

Essas aproximações afastam concepções políticas que alocam a vontade da maioria como legitimadora do agir democrático, visto que a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais – e o próprio regime democrático – são condições de possibilidade do Estado e do Direito, exercendo uma função condicionante, normatizadora e contingencial do Estado e da atuação dos Poderes constituídos. Do mesmo modo, impedem uma absolutização dos direitos fundamentais, submetidos que estão a uma mesma construção de significados no espaço político, o que define a sua historicidade. As significações possíveis para a democracia e para os direitos fundamentais, em sua inerente circularidade na afirmação



constitucional, tornam-se ainda mais complexas em face dos dilemas da pós-modernidade e pela consequente crise do Estado e do Direito. Essa problemática aguça-se em face da preponderância que a jurisdição constitucional assume na busca de soluções para o embate entre posições alicerçadas em escolhas majoritárias e direitos fundamentais que se destinam a limitar o exercício do poder. Nesse rumo situa-se, como exemplo privilegiado, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 130, assentando a mútua causalidade entre direitos fundamentais e democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche Dos Direitos Humanos e Outros Temas**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013.

BÍBLIA, Sagrada. **Atualizada por João Ferreira de Almeida**. Utah, EUA: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2002.

BITTAR, Eduardo Bianca. **Teoria do Estado**, Filosofia Política e Teoria da Democracia 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em e-book.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator Carlos Britto. Datado julgamento: 30 de abr. de 2009. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwi5uIy4hffjAhU1H7kGHd6xCgsQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fpedir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D605411&usg=AOvVaw1IGxUiYNZP3xz0pj7QXPh>>.

CHÂTELET, François. **História das Ideias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: 2017.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em e-book.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SANTOS, Dailor dos. **O direito à memória em face das violências autoritárias: os riscos e os desafios para a (re)construção do passado a partir das possibilidades jurídicas e perspectivas éticas da memória**.



2010. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2010. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwit483\\_vM\\_1AhUBKLkGHRuNCn0QFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.repositorio.jesuita.org.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F3239%2Fdireito\\_memoria.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw3wN-T02GdltunUV0UfucUV](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwit483_vM_1AhUBKLkGHRuNCn0QFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.repositorio.jesuita.org.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F3239%2Fdireito_memoria.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw3wN-T02GdltunUV0UfucUV)>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Lira Marcelo. Os fundamentos do liberalismo clássico: a relação entre estado, direito e democracia. **UNESP, AURORA**. Ano V. Número 9. Disponível em<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjD44aBubfkAhU\\_EbkGHXHPBMoQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww2.marilia.unesp.br%2Frevistas%2Findex.php%2Faurora%2Farticle%2Fview%2F1710%2F1445&usg=AOvVaw24Ecoh-Th3IK60BVdfPJTq](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjD44aBubfkAhU_EbkGHXHPBMoQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww2.marilia.unesp.br%2Frevistas%2Findex.php%2Faurora%2Farticle%2Fview%2F1710%2F1445&usg=AOvVaw24Ecoh-Th3IK60BVdfPJTq)>.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em ebook.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012, p. 15. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiD7o6gx8\\_1AhWTK7kGHRskB\\_8QFjABegQIABAB&url=http%3A%2F%2Fwww.repositorio.jesuita.org.br%2Fhandle%2F3522%3Fshow%3Dfull&usg=AOvVaw36cRcAUK3OERUT\\_wXBPLgC](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiD7o6gx8_1AhWTK7kGHRskB_8QFjABegQIABAB&url=http%3A%2F%2Fwww.repositorio.jesuita.org.br%2Fhandle%2F3522%3Fshow%3Dfull&usg=AOvVaw36cRcAUK3OERUT_wXBPLgC)>.



# O REFÚGIO COMO DESAFIO AO(S) ESTADO(S) E À COMUNIDADE INTERNACIONAL: O OCASO DA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS SOMALIS.

Guilherme Henrique Tavares Diniz<sup>10</sup>  
Sinara Camera<sup>11</sup>

## RESUMO

O presente trabalho trata sobre a proteção internacional dos refugiados. Como delimitação temática tem-se a análise sobre o sistema global de proteção aos refugiados, como fundamento dos mecanismos oferecidos pela comunidade internacional e pelos Estados, especialmente para garantir a segurança humana dos indivíduos que migram por força de perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos, com enfoque no caso da Somália, no período compreendido entre a década de 1960 e os dias atuais. A pesquisa tem natureza teórica e finalidade explicativa. Os dados gerados são analisados qualitativamente, por documentação indireta, bibliográfica e documental, com a utilização de métodos procedimentais histórico e comparativo. No que toca à análise e à interpretação de dados da pesquisa o método de abordagem utilizado é o dedutivo. O problema a ser respondido ao final deste trabalho é: em que medida os refugiados que migram forçadamente por perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos na Somália encontram proteção suficiente na normativa e nos mecanismos de atuação da comunidade internacional e dos Estados para que seja garantida a segurança humana desses indivíduos? Ao final da pesquisa pode-se concluir que apesar de as normativas e os mecanismos de proteção afastarem os refugiados somalis, que vivem no complexo de campos de Dadaab, das situações de perseguição e violência generalizada, eles não têm encontrado respostas adequadas e suficientes para dar fim a seu(s) status de refugiado.

**Palavras-chave:** Campo de Refugiados; Dadaab; Direito Internacional dos Refugiados; Soluções Duradouras.

## INTRODUÇÃO

A questão dos refugiados existe desde o século XV, porém os primeiros esforços para o implemento da proteção por meio de normas internacionais só ocorreram na segunda década do século XX. A proteção se materializou, notadamente, após a segunda guerra mundial quando os Estados, em

<sup>10</sup> Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA. E-mail: guilherme\_diniz7@hotmail.com

<sup>11</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: sinara@fema.com.br



comunidade, a ONU e o ACNUR, motivados principalmente pelo aumento desproporcional do número de indivíduos refugiados (de milhares para milhões), desenvolveram o Estatuto dos Refugiados.

A problemática atinente aos refugiados é tema atual e de relevância para os indivíduos, para os Estados e para a comunidade internacional que comungam/solicitam dos ideais de proteção, reconhecendo a sua condição de vulnerabilidade e de sujeitos de direitos humanos. A temática das migrações forçadas é, sem dúvidas, uma das principais pautas da comunidade internacional e dos Estados. Trata-se do tema do momento, uma vez que se vislumbra um crescimento exponencial do número de pessoas forçadas a se deslocar. Como resposta, a comunidade internacional vem desenvolvendo normativas específicas de proteção, como as do Direito Internacional dos Refugiados.

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar a suficiência da normativa e dos mecanismos de atuação da comunidade internacional e dos Estados, analisando se estes garantem a segurança humana dos refugiados que migram por força de perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos. Para tanto, os objetivos específicos são: a) Estudar os movimentos migratórios, especialmente as migrações forçadas por perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos; b) Pesquisar sobre as normativas e os mecanismos destinados à proteção e à segurança humana aos refugiados, bem como, sobre a formação/composição/atuação do ACNUR e sobre as soluções duradouras que ele oferece ao refúgio; c) Realizar estudo de caso sobre a atuação da comunidade internacional e do Quênia para a proteção dos refugiados Somalis, utilizando como recorte temporal o período compreendido entre 1960 e os dias atuais.

Caracteriza-se a presente pesquisa quanto à sua natureza como teórica, uma vez que não pretende uma intervenção na realidade, embora isso não queira dizer que esteja dissociada desta, tratando-se, em síntese, de análise de fenômenos/preocupações contemporâneas que tocam a proteção aos refugiados. Quanto aos fins a pesquisa é explicativa, pois objetiva-se compreender em que medida a legislação, os mecanismos e a atuação da comunidade internacional e dos Estados garantem a segurança humana dos refugiados que migram forçadamente da Somália, pelos mais variados motivos.

Far-se-á uma pesquisa bibliográfica e documental, a partir daquilo que de melhor já fora produzido sobre o tema, por meio de documentação indireta, em fontes primárias e secundárias, das quais serão coletadas as informações indispensáveis à construção das análises. O tratamento dos dados será qualitativo, já que obtém e analisa informações contidas/produzidas pelo direito e pela doutrina, não sendo o escopo do trabalho produzir e utilizar exacerbadamente de recursos numéricos e estatísticos.

No que toca à análise e à interpretação de dados da pesquisa será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, isto porque a pesquisa, partindo do problema e percebendo a lacuna existente no conhecimento, oferece nas hipóteses possíveis soluções que serão analisadas, debatidas, criticadas, provadas ou eliminadas pelo processo de inferência dedutiva. Por fim, como métodos procedimentais serão utilizados o histórico e o comparativo já que será feito uma análise/estudo temporal sobre o desenvolvimento da proteção aos refugiados (como também do direito internacional dos



refugiados), comparando se a concepção contemporânea de proteção tem alcançado (ou não) os refugiados Somalis, no interregno compreendido entre 1960 e os dias atuais, e, se tem oferecido (ou não) condições de possibilidade de proteção e garantia da segurança humana destes.

A fim de sistematizar os resultados a que se chega com o desenvolvimento da investigação proposta, as análises da presente monografia foram divididas em três momentos. O primeiro tópico é destinado ao estudo as notas da proteção internacional conferida aos refugiados que deverá respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados e pela comunidade internacional, bem como os mecanismos protetivos dos quais dispõem.

No segundo tópico, apresenta-se a situação do conflito na Somália, assim como o seu reflexo no Quênia, Estado que destinou parte do seu território para a construção de um complexo de campos destinados ao recebimento dos refugiados que chegavam. Analisa-se ainda, o papel das soluções duráveis/duradouras propostas pelo ACNUR no maior campo de refugiados do mundo, situado em Dadaab, no Quênia, notadamente o reassentamento.

## 1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Para falar sobre a construção do Direito Internacional dos Refugiados, deve-se retornar à segunda década do século XX, mais precisamente, ao dia 10 de janeiro de 1920<sup>12</sup>, data na qual entrou em vigor o Pacto que deu origem à Liga das Nações. Esse momento histórico foi compreendido como originário do Direito Internacional dos Refugiados, isto é, o fundamento da grande estrutura de proteção estabelecida. A eleição desse momento como aquele em que se iniciou a geração do instituto jurídico do refúgio se justifica pelo fato de que nunca antes, nos séculos anteriores, a comunidade internacional foi demandada com tanta intensidade para oferecer resposta ao “problema do refúgio”.

No que tange às normativas do Direito Internacional dos Refugiados, que asseguram a proteção aos refugiados em todo o mundo, destacam-se a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. A convenção assegura em seu artigo 1º, as condições para o reconhecimento do *status* de refugiado. O termo refugiado se aplica a pessoa:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, *n. p.*).

<sup>12</sup> Ainda que a Liga das Nações fora formalmente criada no ano de 1919, é apenas nessa data que o Pacto passa a produzir efeitos.



Tais motivos definem minimamente os critérios a serem seguidos internacionalmente, em nada impedindo o desenvolvimento de normativas regionais e nacionais que ampliem o rol de motivos supracitado, que não é taxativo. Destaca-se ainda que a Convenção no seu artigo 33 garante o chamado princípio de *non-refoulement*, de não devolução, pelo qual “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, *n. p.*).

Defende Liliana Lyra Jubilut que o termo refugiado é um tanto limitado na convenção, vez que os motivos descritos no artigo primeiro se relacionam minimamente a direitos civis e políticos. Entende a autora que pelas limitações e o surgimento de grupos que não se enquadravam na definição restritiva e local (leia-se aplicada apenas nos Estados Europeus) da Convenção de 1951, foi aderido o Protocolo de 1967, que aboliu as reservas geográfica e temporal, conferindo maior amplitude e abrangência à definição. Entretanto, não fomentou a discussão da classificação de refugiados, permanecendo a limitada caracterização baseada na violação de direitos civis e políticos. Tal fato foi atribuído ao medo dos Estados desenvolvidos de uma ampliação do número de refugiados (JUBILUT, 2007).

Não obstante, cumpre ressaltar os avanços na determinação do termo refugiado propostos a nível regional. De forma alentadora a Organização da Unidade Africana (OUA), por meio da Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) de 1969, que rege os aspectos específicos dos problemas dos Refugiados na África, propôs em seu artigo 1º, parágrafo 2º, uma ampliação do conceito de refugiado:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1969, *n. p.*).

A Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 foi além; em seu item III na terceira recomendação, considerou a necessária extensão do conceito de refugiados, tendo por base não somente a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, como também a Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) de 1969, *in verbis*:

[...] a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984, *n. p.*).

Três décadas depois, o Conselho da União Europeia estabeleceu uma diretiva sobre as normas mínimas para qualificação e reconhecimento de apátridas, refugiados e qualquer outra pessoa que por



outros motivos necessite de proteção internacional, trata-se da diretiva nº 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004 (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

Ainda há de se mencionar alguns documentos recentes nos quais os Estados-membros das Nações Unidas reafirmaram o seu compromisso de “[...] respeitar os direitos humanos dos refugiados e migrantes e de apoiar os países que os recebem.” (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 201\_, *n. p.*). Dentre eles, pode-se citar a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, adotada em setembro de 2016 por 193 Estados-membros das Nações Unidas, trata-se de “[...] um marco para a solidariedade global e a proteção de refugiados em um momento de deslocamento sem precedentes em todo o mundo.” (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 201\_, *n. p.*).

A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes estabeleceu “[...] uma visão para uma resposta mais previsível e abrangente a essas crises, conhecida como Estrutura de Resposta a Refugiados Abrangentes, ou CRRF.”, exigindo muito mais apoio dos Estados de acolhida (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 201\_, *n. p.*). Nessa senda, percebe-se o nítido intento da comunidade internacional e dos Estados de aprimorar a proteção dos refugiados e migrantes, na forma de compromissos, como o Marco Integral de Resposta aos Refugiados, incluído no anexo I da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes. Oportuno frisar que ficou determinado a responsabilidade do ACNUR de iniciar e desenvolver esse marco (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 201\_).

Além da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, cita-se o Pacto Global sobre Refugiados, adotado por 181 Estados-membros das Nações Unidas em dezembro de 2018, que, dentre outras coisas, é uma “[...] expressão poderosa de como trabalhar em conjunto no atual mundo fragmentado.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018, *n. p.*). Apesar de ser um documento que não vincula os Estados-membros, baseia-se no Direito Internacional dos Refugiados e no Direito Internacional dos direitos Humanos, promovendo de forma efetiva a cooperação internacional entre os Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018).

Como se vê, o entendimento contemporâneo é o de inter-relação das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana, a saber, o Direito Internacional dos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário. Pelo entendimento contemporâneo de inter-relação das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana, “[...] em nada surpreende que muitos dos direitos humanos universalmente consagrados se apliquem diretamente aos refugiados [...]” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 342-343).

Em um tempo não muito distante, a doutrina clássica entendia e as outras duas grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana, de forma compartimentalizada. Tal visão foi paulatinamente superada, de forma que, nos dias atuais, já não se fala mais em compartimentalização. É também do entendimento contemporâneo que se compreende a inter-relação “[...] entre o problema



dos refugiados, a partir de suas causas principais (as violações de direitos humanos), e, em etapas sucessivas, os direitos humanos [...]” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 342).

É importante frisar que independente do motivo que os faz migrar os refugiados são titulares de direitos humanos, que têm de ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. São direitos inalienáveis e como tal, devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, é responsabilidade comum dos Estados e da Comunidade Internacional proporcionar o necessário para garantir o bem-estar e dignidade humana. E, mais, entendem-se aqui os direitos humanos em sua totalidade, fala-se então inclusive dos direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais) (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 1994).

Apesar de os Estados nacionais, serem os agentes principais na proteção aos direitos humanos e garantia da segurança humana dos refugiados, possuindo, assim, a responsabilidade primária, à comunidade internacional cabe atuar de forma secundária quando o Estado não atua na proteção, ou pratica a violação. Nos termos do Estatuto, o ACNUR tem um trabalho puramente humanitário, social e apolítico, relacionado aos grupos e categorias de refugiados, em regra. Deve seguir todas as diretrizes fornecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e/ou pelo Conselho Econômico e Social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950). Sua atuação insere-se nitidamente em um contexto de proteção aos direitos humanos, notadamente dos indivíduos em situação de refúgio (CANÇADO TRINDADE, 2003). Apesar de possuir significativa autonomia/independência para operar como entidade separada, bem como, possuir orçamento próprio, não dispõe de personalidade jurídica internacional (CRETELLA NETO, 2013).

As necessidades de proteção levaram o ACNUR a desenvolver duas etapas para a proteção: a prévia e a posterior. Na primeira, além da proteção, tem-se a prevenção e a solução (que pode ser duradoura ou permanente), tradicionalmente os olhares concentravam-se tão somente na etapa intermediária de proteção (leia-se refúgio). Quanto à etapa posterior, são três as estratégias de soluções duráveis/duradouras do ACNUR: (1) a integração local, (2) a repatriação voluntária e (3) o reassentamento.

A integração local consiste na possibilidade de adaptar o refugiado à sociedade do Estado de acolhida, tarefa que recebe um auxílio, de organizações não governamentais (ONG's) defensoras dos refugiados. A repatriação voluntária é o regresso do refugiado ao seu país pelo fim dos motivos que o fizeram buscar refúgio, é considerada a melhor solução, pois não priva o indivíduo de sua origem e por ser voluntária, evita traumas no processo de consumação da sua cidadanias. A terceira solução consiste em realocar um refugiado, que não pode permanecer no Estado acolhedor, e com a ajuda monetária e política do ACNUR, buscará integrar-se em outro Estado (JUBILUT, 2007). Entretanto, estas três estratégias de solução encontram-se previstas apenas no Estatuto do ACNUR.

Compreende-se o reassentamento como a transferência de indivíduos reconhecidos como refugiados, de um país que primeiramente os aceitou, para um novo país que igualmente aceitou admi-



los como refugiados, além de conceder residência permanente, e, futuramente, a possibilidade de obter a cidadania (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2011). É a terceira possibilidade de solução duradoura dentro de uma metodologia utilizada para enfrentar o problema das migrações em massa de seres humanos, especificamente os que alcançam refúgio. Fala-se em reassentamento em um terceiro país, com efeito, pelo fato de que o país de origem é considerado como o primeiro país, e, o país que primeiramente os recebeu/aceitou/reconheceu o *status* de refugiado, o segundo país (ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 2002b).

No terceiro país, é proporcionado aos refugiados proteção jurídica, física; acesso a direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de forma semelhante ao tratamento dispensado aos nacionais (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2016). Interessante é observar as escolhas que se fizeram quanto às soluções duráveis mais adequadas para cada tempo, inicialmente, optava-se pelo reassentamento, nos dias atuais, prefere-se a repatriação voluntária “[...] não pelo fato de ser a mais adequada para o refugiado (...) mas sim pelo fechamento dos Estados, principalmente os desenvolvidos, para a acolhida de estrangeiros, mesmo que refugiados.” (JUBILUT, 2007, p. 155).

Cumpre ressaltar que, a integração local e o reassentamento enquanto soluções duradouras dependem inteiramente da vontade dos Estados. Somente na repatriação voluntária é que existe uma obrigação clara do Estado perante os seus nacionais. No caso do país de asilo, ou o Estado que aceitou recebê-los através do status de refugiado, existe uma obrigação de não devolver os refugiados ao(s) país(es) onde sua vida, liberdade ou integridade física corre perigo. Esta garantia é concedida pelo princípio da não devolução (*non refoulement*), consagrado no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Em se tratando do reassentamento, os refugiados estão completamente entregues à discricionariedade dos Estados (ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 2002a).

O grande e principal obstáculo para a não integração dos refugiados nos Estados de primeiro asilo é a falta de vontade política dos Estados em “[...] oferecer instrumentos capazes de conceder, em longo prazo, cidadania a essas pessoas e, dessa forma, colocar um fim em seu *status* de refugiado.” (MADUREIRA, 2015, p. 48). Junto disso, as políticas protecionistas protagonizadas pelos Estados de primeiro asilo, limitam em muito o acolhimento dos refugiados. Frise-se que, apesar do caráter voluntário da repatriação “[...] suas decisões são frequentemente influenciadas por pressões políticas externas, que acabam prejudicando uma tomada de decisão espontânea.” (MADUREIRA, 2015, p. 52).

Além disso, por inúmeras vezes os refugiados são obrigados a deixar os países de acolhida independentemente de suas escolhas e/ou vontades. Eles são obrigados a retornar aos locais onde sua vida e/ou liberdade estão em risco. Este fenômeno é registrado quando os refugiados permanecem nos Estados de primeiro asilo por tempo superior ao esperado ou, quando eles passam a ser taxados como ameaça à segurança interna dos Estados. Nestes casos podem os Estados serem repreendidos pelas suas



condutas, por flagrante desrespeito ao princípio do *non-refoulement*. Entretanto, existem várias dificuldades para se responsabilizar um Estado pelo descumprimento. Na prática jamais uma corte internacional decidiu contra um Estado por tal violação (ELLIOTT, 2012).

Nessa mesma linha de raciocínio, é necessário frisar que o reassentamento não é um direito. Além disso, os Estados não têm a obrigação de aceitar os refugiados por meio do reassentamento, podendo estabelecer seus próprios critérios para a admissão. Para que os casos sejam submetidos aos Estados, os refugiados devem se enquadrar nas categorias estabelecidas pelo ACNUR<sup>13</sup>.

O reassentamento é a solução da etapa posterior menos utilizada. Reassentar significa, muitas vezes, deslocar refugiados a locais distantes e extremamente diferentes da realidade que conhecem (ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 2002a). Verificou-se, até o ano de 2016, um crescimento significativo no número de países que participam do programa de reassentamento do ACNUR. Em 2016, 37 Estados ofereceram esta possibilidade, um ligeiro aumento em relação aos 33 registrados em 2015. Entretanto, no ano de 2017, 35 Estados receberam refugiados por meio do reassentamento. Também se verificou um decréscimo no número de Estados que ofereceram o reassentamento no ano de 2018, apenas 29 (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2017; 2018a; 2019a).

Saber onde as pessoas deslocadas estão e como elas vivem é tão importante quanto saber quem são, quando se trata de prestar assistência e proteção. Justo por isso, o ACNUR formula dados sobre o tipo de acomodação em que os indivíduos refugiados residem, são eles: campos planejados/gerenciados; campos autoassentados; centros coletivos; campos de recepção/trânsito; acomodação individual (privada); e aqueles em que não se tem conhecimento de forma clara da localização: os desconhecidos. Logo, pela análise dos números disponibilizados pelo ACNUR, verifica-se que ao final de 2017, 6,2 milhões de pessoas viviam em campos de refugiados (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018a).

É importante ter presente que a política de estabelecimento em campos é característica das áreas menos desenvolvidas do mundo. É política comum no continente Africano e no continente Asiático, diferentemente do que no ocorre no continente Europeu. Frise-se que estar em campos de refugiados é

<sup>13</sup> “Necessidades de proteção legal e/ou física dos refugiados no país de asilo (incluindo a ameaça de retorno forçado ou *refoulement*); Sobreviventes de violência e/ou tortura, quando as condições de repatriação ou asilo podem causar mais traumas e/ou agravar o risco; ou quando o tratamento adequado não está disponível no país de asilo; Necessidades médicas, em particular quando o tratamento necessário para salvar vidas não estiver disponível no país de acolhida; Mulheres e meninas em situação de risco, que apresentam problemas de proteção relacionados ao gênero; Reunificação familiar, quando o reassentamento é a única forma de reunir os membros de uma família que, devido à necessidade de deslocação em busca de proteção, se encontra dispersa e os seus membros separados em diferentes países; Crianças e adolescentes em situação de risco, quando a determinação do interesse superior recomenda o reassentamento como solução; Ausência de perspectivas de soluções duradouras alternativas, isto é relevante quando outras soluções não são viáveis no futuro imediato e naquelas situações em que o reassentamento pode ser utilizado de forma estratégica e/ou como meio para promover as outras soluções de forma estratégica complementar.” (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2011, p. 40, tradução minha).



não se beneficiar de qualquer solução duradoura. Preferem os Estados de primeiro asilo esperar pelo advento da repatriação voluntária do que promover a integração local dos refugiados. Durante este processo apostam na criação e manutenção de campos de refugiados (MADUREIRA, 2015).

Outro fato que merece destaque é o de que 95% dos refugiados em todo o mundo buscou refúgio e estão, portanto, estabelecidos nos países vizinhos ao de sua nacionalidade, os Estados de primeiro asilo (MADUREIRA, 2015). Neste momento há de se fazer menção do chamado “encargo indevidamente pesado”, termo presente na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); ao referir os grandes fluxos de refugiados, a Convenção de 1951 considerou que, do acolhimento dos refugiados pela concessão do direito de asilo podem resultar “[...] encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização da Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, *n. p.*).

Conforme Fabiano Lourenço de Menezes, “[...] no regime internacional dos refugiados (regime dos refugiados), o principal mecanismo voluntário de cooperação para solucionar ‘os encargos indevidamente pesados’ é o reassentamento de refugiados.” (MENEZES, 2013, p. 14). No entendimento do ACNUR, o reassentamento pode ser considerado como uma expressão tangível da solidariedade internacional e um mecanismo de distribuição de responsabilidades, permitindo que os Estados compartilhem responsabilidades na proteção aos refugiados e a reduzir os problemas que afetam os países de asilo (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2011).

## **2 REFUGIADOS SOMALIS: um desafio à comunidade internacional e aos estados**

Diante do cenário de construção de proteção normativa aos indivíduos nas dinâmicas das migrações, verificou-se a especial preocupação da comunidade internacional com os refugiados. No momento atual, vive-se uma crise humanitária que foi desvelada por um fluxo migratório de números expressivos, que estão mais ou menos evidentes em diferentes períodos desde o início do século XX. Dentre as variadas motivações para tais movimentos, a busca por refúgio no continente africano tem, em boa medida, encontrado razão nos conflitos armados. Esse é o ponto a ser analisado nesse momento do trabalho, delimita pelo caso da Somália.

Ante à falta de condições que permitam a sobrevivência somada às inúmeras violações de direitos humanos<sup>14</sup> e à impossibilidade de oferecer ajuda humanitária, fluxos de refugiados somalis

---

<sup>14</sup> Cumpre frisar o entendimento de que quando um ser humano é violado uma gama de direitos é igualmente violada, não só a vida ou liberdade, mas todos os outros direitos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, transindividuais) que tem como fundamento o caráter indivisível e interdependente, no momento em que um deles é negado, todos os outros também o são.



motivados pelo(s) conflito(s), passaram a se deslocar a países vizinhos, notadamente a partir de 1991, ano em que o Estado afundou na Somália (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2011). Como solução temporária aos refugiados que derivaram do conflito, a Comunidade Internacional construiu, em maio de 1991, em Dadaab no Quênia, um complexo de campos para abrigar os somalis. Conforme relatório do ACNUR, entre 1991–1992 foram projetadas três extensões: Ifo, Dagahaley e Hagadera, com possibilidade de abrigar até 30.000 pessoas cada. Em 2011, um segundo fluxo de refugiados motivado pela fome e pela seca do Sul da Somália, fez com que se desenvolvessem mais duas extensões: Ifo 2 e Kambioos, para abrigar os mais de 130 mil emigrantes que chegavam (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2014b).

No entanto, os campos que deveriam existir temporariamente até que se encontrasse uma solução duradoura, têm se mostrado definitivos. O maior campo de refugiados no mundo completa, em 2019, 28 anos de existência. Dadaab está situado no nordeste do Quênia, a 100 quilômetros da fronteira, tem hoje uma população de aproximadamente 200 mil refugiados somalis<sup>15</sup>.

É no início dos anos noventa, que se compreende uma mudança drástica, que culminou em uma política restritiva no Quênia. De forma clara, percebeu-se que oferecer proteção aos refugiados não era o principal objetivo, por dois fatores: o aumento das chegadas de refugiados; e um ambiente econômico e doméstico desfavorável (MENEZES, 2013). Em 1992, o número de refugiados no Quênia chegou a 420 mil indivíduos. Uma mudança brusca, se comparado aos 13 mil indivíduos registrados em 1991. A grande maioria desses refugiados era somali (ELLIOTT, 2012). Como resposta, duas das primeiras iniciativas do Quênia foram: transferir a tarefa de determinação do status de refugiado (RSD) ao ACNUR; e estabelecer a política de campos de refugiados.

Apesar de ter assinado a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e a Convenção da Organização da Unidade Africana para os Refugiados (1969), até o final de 2006, o Quênia não dispunha de qualquer legislação nacional sobre os refugiados. Elliott afirma que embora a política de refugiados do Quênia tenha sido descrita como aberta e acolhedora, desde 1990 caracterizou-se por políticas draconianas que visavam conter o “problema dos refugiados” e os movimentos de refugiados (ELLIOTT, 2012). Cita-se, por exemplo, que em dezembro de 2012, o governo do Quênia culpou os refugiados somalis pelos incidentes protagonizados pelos terroristas na capital, Nairóbi. O resultado disso foi que a partir desta data refugiados somalis sofreram duas consequências: “i) transferência forçada dos refugiados, que ainda vivem nas cidades, para viver nos campos de *Dadaab*; ii) repatriação à Somália.” (MENEZES, 2013, p. 57).

A situação nos campos do Quênia segue a lógica dos outros países hospedeiros, que impedem os refugiados de trabalhar, dessa forma cabe a ONU o envio de mais de cinco toneladas de alimentos

<sup>15</sup> Segundo dados do ACNUR, em 2011 esse número foi superior a 463 mil refugiados registrados, sem contar os muito mais não registrados. A mesma notícia relata a informação de que existem famílias de refugiados de até três gerações, das quais os filhos e netos nasceram nos campos (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2012).



(principalmente arroz e feijão) por mês, contudo, pelas limitações de recurso esses envios sofreram um corte de 30%. Os países que recebem refugiados costumam responder ao aumento das populações com restrições e políticas mais rígidas. O Quênia figura entre os mais rígidos. No ano passado, refugiados encontrados no lado de fora dos campos foram presos pela polícia no estádio nacional<sup>16</sup>. Para Rawlence: “A vida em Dadaab e em todos os outros campos é um exercício diário de fabricação de esperança.” Provavelmente os membros da terceira geração de filhos passarão toda sua existência em Dadaab (RAWLENCE, 2015, *n. p.*).

Há de se fazer menção, ainda, de que no mês de novembro de 2013 os governos do Quênia, da Somália e o ACNUR assinaram um acordo tripartido sobre o retorno voluntário de refugiados somalis<sup>17</sup>. Com a assinatura, o Quênia priorizou muito mais esta solução duradoura de modo que o resultado desse ambiente de proteção circunscrito significou o retorno voluntário de aproximadamente 80 000 refugiados somalis à Somália até abril de 2018 (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018c).

Quanto às oportunidades para soluções duradouras, assevera-se que são limitadas. As políticas de campos de refugiados preconizadas pelo país, junto das medidas restritivas de movimentos de indivíduos, reduzem de forma significativa qualquer possibilidade de integração local (social; política; e economicamente). Relata Elliott que os refugiados enfrentam o assédio policial e a discriminação nos centros urbanos, especialmente aqueles que têm uma aparência um pouco mais distinta, como Sudaneses do Sul, Somalis e Etíopes. Nesta mesma linha de raciocínio a autora afirma que a integração local parece não ser uma solução desejada pelo governo Queniano que na maioria das vezes reproduz declarações sobre o peso que a população de refugiados da Somália coloca no país deixando claro que a única oportunidade de solução duradoura que vê para os refugiados somalis é a repatriação voluntária (ELLIOTT, 2012).

Os refugiados somalis, mais do que qualquer outra população de refugiados abrigada pelo Quênia, enfrentam discriminação por parte dos cidadãos quenianos, seus hospedeiros. Isso se deve em parte, pela suspeita histórica sobre as populações originárias da Somália, isto é, pelos eventos recentes causados pelos somalis ou mesmo aqueles que têm aparências parecidas com as dos somalis, e pela ligação ao radicalismo islâmico (ELLIOTT, 2012). Mais do que isso, o ACNUR no último *Progress Report on Resettlement* (Relatório de Progresso sobre o Reassentamento), reconheceu a falta de receptividade dos Estados para reassentar determinadas populações de refugiados, que necessitam do reassentamento, particularmente os refugiados somalis (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2014a).

Em relação aos números de reassentamento dos campos de refugiados de Dadaab, faz-se menção

<sup>16</sup> Isso deve-se ao fato de que no mês março de 2014, o governo reconheceu/designou oficialmente Dadaab e Kakuma como campos de refugiados, a partir de então, passou a responsabilizar criminalmente os refugiados que residiam fora dos campos sem permissão oficial. Importante mencionar que o referido crime já tinha sido previsto na Lei de Refugiados de 2006 (Refugees Act), entretanto, as áreas ainda não haviam sido oficialmente designadas (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018c).

<sup>17</sup> A íntegra do acordo está disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/5285e0294.pdf>>.



de dois processos. Historicamente, dois canais permitiram o acesso ao reassentamento pelos refugiados acolhidos no Quênia: as necessidades de proteção (quando nenhuma solução alternativa foi encontrada), e os programas de reassentamento voltados a grupos específicos. Relata Elliott que desde o ano de 2006, o ACNUR concentra seus esforços em um programa prolongado de reassentamento de refugiados para os campos do Quênia (Dadaab e Kakuma). Desta forma, os refugiados passaram a ser selecionados e posteriormente chamados a entrevistas de reassentamento a partir do ano em que chegaram ao país, começando pelas primeiras chegadas de 1992 até as chegadas de 2006 (ELLIOTT, 2012).

Nos últimos anos, grande parte das partidas pelo reassentamento, no Quênia, era de Dadaab. Isto acontecia principalmente pelo número significativo de casos prolongados de refúgio nos campos, elevando, portanto, os alvos do ACNUR. Contudo, a insegurança em Dadaab fez com que vários países retirassem suas equipes responsáveis por conduzir os processos de reassentamento nos campos, reduzindo significativamente as metas do ACNUR. Registra-se, por exemplo, que no ano de 2011, 10 000 indivíduos foram alvo de reassentamento, com 8000 provenientes de Dadaab. Em contrapartida no ano de 2012, 3750 indivíduos deixaram o Quênia pelo reassentamento, destes, apenas 750 refugiados provenientes de Dadaab (ELLIOTT, 2012).

Contudo, no pior dos cenários, em comunicado oficial feito pelo Secretário Principal do Interior do Quênia, foi anunciada a decisão de fechamento do complexo de campos de Dadaab. Um dos principais motivos alegados para o fechamento dos campos foi o de que os campos seriam uma ameaça à segurança. A decisão reflete o medo de que aconteça no Quênia o mesmo que na Somália, a entrada de extremistas islâmicos do grupo rebelde Al-Shabab ligado à Al-Qaeda. O ACNUR, junto de algumas ONGs, posicionou-se de forma contrária à decisão pedindo que o governo reconsidere-a, alegando que seria uma violação ao princípio da não-devolução, um desastre humanitário (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016a).

A pressão internacional, encabeçada pelo ACNUR e as ONGs, fez com que o fechamento do campo, programado para o fim de novembro fosse adiado por “razões humanitárias”. Entretanto, recentemente o Tribunal Supremo do Quênia anulou a decisão do governo de fechar o campo: “A decisão do governo de expulsar os refugiados somalis é um ato de perseguição de um grupo, é ilegal, discriminatória e, portanto, inconstitucional, e viola o direito internacional, atingindo aqueles que fogem da fome, da guerra civil e da violência do extremismo islâmico.” (RÁDIO VATICANO, 2017, *n. p.*).

Ademais, entende o tribunal que o Governo queniano não assegurou que os refugiados somalis retornariam ao país de forma segura e humana. O que motiva o desejo de fechamento dos campos por parte do governo de Naírobi é a crença de que o campo de Dadaab é utilizado pelo grupo de rebeldes islâmicos Al-Shabab para recrutar membros e montar uma base a fim de atacar o Quênia. Todavia, tal entendimento não passa de suposição, vez que nenhuma evidência concreta foi oferecida pelo governo, que já anunciou que vai recorrer da decisão do Tribunal. A decisão foi motivo de comemoração, pois a grande maioria dos refugiados quer permanecer nos campos do Quênia (RÁDIO VATICANO, 2017).



Mesmo diante de tal decisão, o governo do Quênia não apenas manteve o seu projeto de desocupação/fechamento dos campos como também passou a implementá-lo. Justo por isso, a ONU (e o ACNUR em específico), já no mês de julho do ano de 2016 passou a trabalhar no plano de ação para o regresso voluntário e a reintegração de 150 mil refugiados, solicitando, inclusive, doações para que tais ações fossem por ela financiadas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b).

Percebe-se no pronunciamento de um representante do Quênia, na 695ª reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada no mês de outubro do ano de 2016, que o fato de o Quênia ter acolhido mais de 400 000 refugiados foi, na visão do país, um fardo que comprometeu a já crítica situação dos locais nos quais estavam situados os campos de refugiados. O representante afirmou, inclusive, que o campo de refugiados perdeu o caráter humanitário e que havia virado uma base para atividades terroristas, tornando-se assim uma grande ameaça à segurança nacional (UNITED NATIONS, 2016).

Ressaltou a fato de o Quênia hospedar refugiados por mais de duas décadas, e do incentivo/esforço do país junto à comunidade internacional para que fossem encontradas soluções duradouras. Entretanto, não houve, na visão dele, o cumprimento das promessas feitas pela comunidade internacional, forçando o fechamento do campo de Dadaab, com o consequente retorno voluntário de mais de 400 000 refugiados somalis, sendo, já nos três primeiros meses da operação (anteriores a data da fala) constatada a repatriação de 13.604 refugiados somalis (UNITED NATIONS, 2016).

Extraí-se de outro pronunciamento, também de um representante do Quênia, na 706ª reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada no mês de outubro do ano de 2017, que, na visão do Quênia, a extensão temporal da acolhida teve um preço muito alto, as vidas ceifadas pelos ataques terroristas, justo por isso, no mês de maio de 2016 decidiu-se pelo fechamento do complexo de campos de Dadaab. No pronunciamento, o representante ressaltou que desde 2014 aproximadamente 75 000 refugiados somalis foram repatriados voluntariamente e outros 13 000 foram reassentados. Lamentou, entretanto, a redução das vagas de reassentamento nos outros Estados da comunidade internacional por motivos de segurança nacional. Citou como exemplo que, apenas 1 271 indivíduos foram reassentados do Quênia no ano de 2017, em comparação com o número de 7 163 indivíduos reassentados ao final do ano de 2016 (UNITED NATIONS, 2017).

O objetivo de fechamento do complexo de campos de Dadaab caminha a passos largos, no mês de abril de 2017, o campo conhecido como Kambioos foi completamente encerrado. No mês de maio do ano de 2018 o mesmo aconteceu com o campo conhecido como Ifo 2. Portanto, ainda permanecem ativas três extensões: Ifo, Dagahaley e Hagadera, coincidentemente, as mais antigas, projetadas no ano de 1991 (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018c). Não obstante, organizações não governamentais (ONG's) como a Anistia Internacional sustentam que o governo Queniano tem coagido refugiados a retornarem a Somália, Estado que ainda permanece em conflito armado. Mais do que isso, o número crescente de deslocados internos na Somália (que ultrapassou



inclusive a marca de refugiados somalis dispersos pelo mundo), é outro fator que atesta a incapacidade de repatriação segura e sustentável à Somália (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016).

Na mesma linha de raciocínio, a organização não governamental Médicos Sem Fronteiras defende que o retorno dos refugiados somalis nas condições em que se encontra a Somália é desumano e irresponsável. De acordo com relatório publicado por essa organização não governamental, “[...] mais de oito entre dez refugiados entrevistados dizem que não querem voltar, sendo as principais preocupações citadas o medo do recrutamento forçado por grupos armados, a violência sexual e a indisponibilidade de cuidados de saúde.” (MÉDICOS SEM FRONTEIRAS, 2016, *n. p.*). A realidade é que na Somália direitos humanos continuam sendo violados de forma sistemática. O número de deslocados internos (*Internally Displaced Peoples*) superou a marca de 2,6 milhões, um aumento significativo de 25% em relação ao número registrado ao final do ano de 2017:

A situação do não-Estado Somália<sup>18</sup> é desoladora. Sem qualquer perspectiva de melhoria, os cidadãos somalis estão entregues ao acaso. A ruína dos mecanismos utilizados para amenizar o problema, demonstram a necessidade de repensá-lo. O problema não tem sido enfrentado, pelo contrário, tem sido minimamente contornado. Ao que tudo indica, ainda não se compreendeu a gravidade da questão, e a magnitude dos estragos provocados pelos conflitos armados. Quanto à comunidade internacional e às suas intervenções: o remédio encontrado, após vários insucessos foi o esquecimento. Porém, esqueceu-se de que os refugiados, especialmente os somalis, (ainda) são seres humanos, imbuídos de dignidade. Aliás, cessar as violações de direitos humanos não tem demonstrado o objetivo principal.

## CONCLUSÃO

Ainda que não exista um conceito jurídico internacional de migração forçada, trata-se de um dos fenômenos mais desafiadores para a comunidade internacional e para os Estados. Tal afirmativa se comprova pelo número de pessoas forçadas a se deslocarem em todo o mundo ao final do ano de 2018, 70,8 milhões de refugiados, deslocados internos e solicitantes de asilo. Dentre os migrantes forçados, viram-se os holofotes para aqueles que receberam proteção jurídica específica na ordem internacional, os refugiados.

A população de refugiados no mundo ultrapassou a marca de 25 milhões de indivíduos ao final do ano de 2018. Além disso, mais de dois terços desses indivíduos é nacional de um dos seguintes países: República Árabe da Síria; República Islâmica do Afeganistão; República do Sudão do Sul; República da União de Myanmar e República Federal da Somália. A característica comum dos cinco países supracitados é a existência de conflitos armados em seus territórios. Não surpreende, pois os

<sup>18</sup> O termo “não-Estado Somália” é oriundo da obra de Mário Betatti: **O Direito de Ingerência: mutação da ordem internacional**. Tradução de Ana Faria. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.



movimentos de refugiados são motivados por perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos.

No ponto, ressalta-se que independentemente do motivo que os faz migrar, os refugiados são titulares de direitos humanos, que têm de ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. São direitos inalienáveis e como tais, devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares. Em se tratando de direitos humanos, extrapola-se o domínio reservado dos Estados, que possuem responsabilidade primária nessa proteção, e oferecem à comunidade internacional a capacidade de atuar de forma secundária.

Nesse sentido está a proteção de grupos de reconhecida vulnerabilidade como os refugiados, cuja situação avançou em proteção, notadamente a partir da segunda metade do século XX. A problemática, sempre tratada como algo que logo iria terminar, perdurou e se intensificou de tal forma, que hoje existem pessoas em situações análogas a de refugiados, isso comprova a necessidade de ampliação do termo, como também do reconhecimento desses novos grupos, que de fato não sofrem perseguição, mas necessitam de proteção.

Em relação às normativas e aos mecanismos destinados à proteção e à segurança humana dos refugiados, os principais resultados a que se chega nesse momento do estudo dizem respeito a condição do ACNUR, de órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, vinculado a ONU e ao ECOSOC. Considerando que o ACNUR não tem personalidade jurídica internacional, ele não pode criar/propor/editar normativas que disponham sobre a problemática dos refugiados. Nessa senda, as estratégias de soluções duradouras não passam de meras recomendações aos Estados e justo por isso, estão à mercê da vontade e da discricionariedade deles.

Entretanto, é o ACNUR quem tem a competência para supervisionar o cumprimento/implemento das normativas e dos mecanismos destinados à proteção e à segurança humana aos refugiados. Sua importância é provada no tempo de existência. Seus esforços vão além das ações programáticas previstas em seu estatuto, de forma a criar novos meios de proteção para ampliar o alcance da proteção, como também a garantia do mínimo existencial alicerçado na dignidade da pessoa humana.

Verificou-se ainda que os mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para a proteção e garantia de direitos dos refugiados têm se prestado à assistência e ao auxílio emergencial. Demonstrou-se que as questões que tocam os refugiados, não recebem a atenção merecida, muito disso acontece pelo fato de ocorrerem em países sem grande expressão no território internacional e pelo pensamento de que logo findarão como ocorrera no passado.

Conclui-se que as migrações forçadas pelo conflito armado na Somália não têm encontrado proteção suficiente nos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para garantir a segurança humana dos refugiados. A realidade é que as normativas e mecanismos de proteção são insipientes, e que há certo desinteresse da comunidade internacional em solucionar estes problemas.



Das análises realizadas no presente estudo, sobre o reassentamento como solução duradoura para os refugiados (e aqui, notadamente, os somalis), constatou-se que menos de 1% dos refugiados no mundo são reassentados. Por ser o reassentamento um instituto desenvolvido pelo ACNUR, e utilizado, sobretudo, como solução duradoura, inexistente previsão legal tanto na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, quanto no Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. Quando da inexistência de normativa internacional que regule o reassentamento, surgem dúvidas que podem levar a outras reflexões. Em se tratando da concessão do reassentamento, é seguro estarem os refugiados à mercê da discricionariedade dos Estados?

O reassentamento poderia ser muito mais utilizado como solução duradoura, pois além de proporcionar novas oportunidades aos refugiados reassentados, proporciona indiretamente melhores condições aos espaços que eles deixam. Percebeu-se que é extremamente discrepante o número de refugiados reassentados nos países que reassentam, na medida em que a esmagadora maioria das submissões feitas pelo ACNUR se concentraram nos mesmos países. As respostas que estão sendo dadas são um construído inacabado, insuficiente e, conseqüentemente, inefetivo. Portanto, junto dos esforços empreendidos pelo ACNUR na construção de uma política para o reassentamento, urge a necessidade de chamar os Estados a reconstruírem os fundamentos e/ou instrumentos utilizados para efetivação das soluções duradouras.

Não obstante, estudos realizados nos campos de refugiados do Quênia concluem que das três soluções duradouras o reassentamento, por não poucas vezes é a única opção tangível/palpável/real para os refugiados. Inclusive, para os refugiados e requerentes de asilo/proteção o termo o termo "soluções duradouras" é muitas vezes sinônimo de reassentamento, ou usado como um eufemismo ao solicitar o reassentamento. Entretanto, apesar de ser desejada por muitos, permanece sendo um sonho, destinado a uma pequena fração de 1% de todos os refugiados no mundo.

Nessa linha de raciocínio, a pergunta que norteou o presente trabalho monográfico foi: em que medida os refugiados que migram forçadamente por perseguição (ões), conflito (s), violência (s) ou violação (ões) de direitos humanos na Somália encontram proteção suficiente na normativa e nos mecanismos de atuação da comunidade internacional e dos Estados para que seja garantida a segurança humana desses indivíduos?

Para responder tal pergunta, formulou-se a seguinte hipótese: Acredita-se que a proteção advinda das normativas, dos mecanismos e da atuação da comunidade internacional e dos Estados têm se mostrado suficiente para garantir a segurança humana dos refugiados que migram forçadamente da Somália, já que os indivíduos somalis que deixam seu país são afastados das situações de perseguição, conflito e violência generalizada, uma vez abrigados nos campos de refugiados.

Ao final da pesquisa pode-se refutar a hipótese, pois, apesar de as normativas e os mecanismos de proteção afastarem os refugiados somalis, que vivem no complexo de campos de Dadaab, das situações de perseguição e violência generalizada, eles não têm encontrado respostas adequadas e



suficientes para dar fim a seu(s) status de refugiado. Os instrumentos não têm se mostrado efetivos para soluções duráveis, conforme se pode confirmar no caso da Somália. Pelo contrário, as soluções têm se mostrado paliativas, inadequadas e indisponíveis, multiplicando-se os casos de situações prolongadas de refúgio e as políticas igualmente inadequadas e de exceção de criação de campos de refugiados.

O fato de que existem campos no Quênia que deveriam ser temporários, mas alcançam a marca de mais de 28 anos deveria no mínimo provocar um sentimento de necessidade de reconstrução das respostas dispensadas aos problemas que surgem por força dos conflitos armados. Por outro lado, a retórica da comunidade internacional permanecerá inalterada: essa é apenas mais uma das muitas crises, provocadas pelas guerras e conflitos armados, no continente Africano, que logo findará como ocorreu no passado.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. **Principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos**. México, 2002a. Disponível em:

<[http://www.acnur.es/PDF/3062\\_20120402174342.pdf](http://www.acnur.es/PDF/3062_20120402174342.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Compilación de instrumentos jurídicos regionales relativos a Derechos Humanos, refugio y asilo**.

México, 2002b. Disponível em: <[http://www.acnur.es/PDF/3063\\_20120402174451.pdf](http://www.acnur.es/PDF/3063_20120402174451.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Buscando Soluções para a Questão dos Refugiados da Guerra Civil Somali**. VII Fórum FAAP de Discussão Estudantil: São Paulo, 2011.

Disponível em: <<https://bit.ly/2Nl3IF1>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Dadaab, o maior campo de refugiados do mundo, completa 20 anos**. 2012. Disponível em:

<<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/dadaab-o-maior-campo-de-refugiados-do-mundo-completa-20-anos/>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Declaração de San José sobre Refugiados e pessoas deslocadas**. Colóquio Internacional em

Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados. 1994. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/declaracao-de-sao-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas-1994>>. Acesso em 18 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Fórum Global sobre Refugiados**. 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/forum-global-sobre-refugiados/>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Histórico**. 20\_\_\_. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/historico/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **“Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes**. 2016. Disponível em:

<<https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acesso em: 05 out. 2019

\_\_\_\_\_. **Rumo a um Pacto Global sobre Refugiados**. 201\_\_\_. Disponível em:

<<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>>. Acesso em: 15 maio 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Quênia: Governo está coagindo refugiados a voltarem para a Somália em guerra**. 2016. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/quenia-governo-esta-coagindo-refugiados-voltarem-para-somalia-em-guerra/>>. Acesso em: 07 set. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre:



Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. Adotada pelo **Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá**: problemas jurídicos e humanitários. Realizado em Cartagena, na Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984. Disponível em: <<https://bit.ly/1Q0f7GQ>>. Acesso em 19 abr.2019.

ELLIOTT, Hannah. **Refugee resettlement**: the view from Kenya - Findings from field research in Nairobi and Kakuma refugee camp. KNOW RESET RR 2012/01. Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MADUREIRA, André de Lima. **Direito Internacional dos Refugiados e Soluções Duráveis**: instrumentos de proteção, abordagens atuais e a necessidade de novas respostas. 2015. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, Santos, 2015.

MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. **Dadaab, Quênia**: retorno dos refugiados à Somália nas atuais condições é “desumano e irresponsável”. 2016. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dadaab-kenia-retorno-dos-refugiados-somalia-nas-atuais-condicoes-e-desumano>>. Acesso em: 07 set. 2019.

MENEZES, Fabiano Lourenço de. **Fatores causais no reassentamento de refugiados**: solidariedade internacional ou interesse estratégico? 2013. 147 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África**. 1969. Disponível em: <<https://bit.ly/2oIPy2z>>. Acesso em: 02 abr.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral adota Pacto Global sobre Refugiados com apoio de 181 países**. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1652061>>. Acesso em: 18 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <<https://bit.ly/2oviYPL>> Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Nações Unidas no Brasil. **ACNUR manifesta ‘profunda preocupação’ com plano do Quênia de fechar campos de refugiados**. 2016a. Disponível em: <<https://bit.ly/2NiFlrH>>. Acesso em: 04 abr.2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ONU quer US\$ 484 milhões para mover somalis do maior acampamento do mundo**. 2016b. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/audio/2016/07/1179871>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Encontro global sobre refugiados começa em Genebra após década de deslocamento**. 2019a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/encontro-global-sobre-refugiados-comeca-em-genebra-apos-decada-de-deslocamento/>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mundo precisa transformar forma como responde à situação dos refugiados, diz Guterres**. 2019b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mundo-precisa-transformar-forma-como-responde-a-situacao-dos-refugiados-diz-guterres/>>. (Acesso em: 20 dez. 2019).

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Países e bancos de desenvolvimento prometem mais de US\$10 bi para apoio a refugiados**.



2019c. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/paises-e-bancos-de-desenvolvimento-prometem-mais-de-us10-bi-para-apoio-a-refugiados/>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

RÁDIO VATICANO. **Quênia: Supremo Tribunal anula encerramento do Campo de Dadaab**. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2NmISFw>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

RAWLENCE, Ben. The Other Refugee Crisis. **The New York Times**, New York, out. 2015. Disponível em: <<https://nyti.ms/1k6TwxJ>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2004/83/CE do Conselho da União Europeia**. 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=EN>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 319 (IV) A-B**. 03 December 1949. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/319\(IV\)](https://undocs.org/en/A/RES/319(IV))>. Acesso em: 15 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Resolution 428 (V)**. 14 December 1950. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/428\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/428(V))>. Acesso em: 15 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Summary record of the 695th meeting**. 4 October 2016. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/excom/excomrep/58f5bcea7/summary-record-of-the-695th-meeting.html?query=dadaab>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Summary record of the 706th meeting**. 4 October 2017. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/excom/summary/5b72e9bd7/706th-meeting-summary-record.html?query=dadaab>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Agenda for Protection**. October 2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4714a1bf2.html>>. Acesso em: 23 abr.2019.

\_\_\_\_\_. **Asylum-Seekers**. 20\_\_\_. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/asylum-seekers.html>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Comprehensive Refugee Response Framework**. 201\_\_\_. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/comprehensive-refugee-response-framework-crrf.html>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2015**. June 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 30 abr.2019.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2016**. June 2017. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>>. Acesso em: 10 abr.2019.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2017**. June 2018a. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2018**. June 2019a. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **In Harm's Way: International protection in the context of nexus dynamics between conflict or violence and disaster or climate change**. Geneva. December 2018c. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/5c1ba88d4/39-harms-way-international-protection-context-nexus-dynamics-conflict-violence.html?query=dadaab>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office Executive Summary**. 20\_\_\_. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/5a1b53607.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Manual de Reasentamiento del ACNUR**. Julio 2011. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9138>>. Acesso em: 12 abr.2019.



\_\_\_\_\_. **Progress Report on Resettlement**. June 2014a. EC/65/SC/CRP.11. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/543bba8a4.html>>. Acesso em: 17 abr.2019.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Dadaab and alinjugur, Kenya briefing note**. June 2014b. Disponível em: <<https://data.unhcr.org/horn-of-africa/download.php?id=1375>>. Acesso em: 10 abr.2019.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Refugee Resettlement Trends 2015**. June 2015. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/55aca1864.html>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2019**. June 2018b. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/5b28a7df4.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2020**. June 2019b. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/5d1384047.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.



# A MULHER IDOSA NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: UM OLHAR PARA OS MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO.

Bruna Luisa Schwan<sup>19</sup>

Bianca Tams Diehl<sup>20</sup>

## RESUMO

O tema do artigo trata da violência doméstica e familiar contra a mulher idosa, sendo que o objetivo geral visa a analisar, sob um aspecto histórico, social e jurídico, os efeitos da longevidade da população brasileira, do prisma do processo de envelhecimento feminino, bem como os índices de violência contra a mulher idosa e os mecanismos legais de proteção. O trabalho é de cunho teórico, com caráter explicativo e tratamento qualitativo dos dados. A coleta de dados se deu de maneira indireta, com procedimentos técnicos, bibliográfico e documental. O método de abordagem é hipotético-dedutivo, com procedimentos técnicos, de caráter instrumental secundário, histórico e comparativo. A título de resultados e conclusões, depreende-se que as mulheres idosas, além de sofrerem com diversas implicações sociais e culturais, são vítimas de violência doméstica e familiar, ainda que poucos casos sejam registrados. Denotou-se que a ausência de registros decorre não só de uma cultura que exige uma postura passiva das mulheres, mas também do receio de se expor, do medo do agressor, da dependência econômica, principalmente, da compreensão naturalizada das situações de violência. Por fim, compreendeu-se que este grupo sofre diversos tipos de violência, embora receba proteção legal nacional e internacional direcionadas às mulheres e às idosas, destacando-se o trabalho em rede desempenhado pelos Centros de Referência Regionais de Atendimento às Mulheres.

**Palavras-chave:** mecanismos legais de proteção; mulher idosa; violência doméstica e familiar.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>19</sup> Bacharela em Direito pela FEMA. Auxiliar Jurídica junto ao Escritório Franzen e Vargas Advogados Associados e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis E-mail: brunaschwan3@hotmail.com.

<sup>20</sup> Doutora em Educação nas Ciências pela UNIJUÍ. Mestre em Direito pela URI/SAN. Professora do Curso de Direito e Coordenadora do Grupo de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. E-mail: direitofema1@gmail.com.



O tema violência doméstica e familiar contra a mulher idosa, embora pouco discutido, é de grande relevância na sociedade atual, considerando, principalmente, os discursos e as narrativas identitárias das idosas, que não acreditam sofrer violência intrafamiliar. Não bastasse isso, percebe-se que ainda há certa resistência nos debates acerca da violência doméstica e familiar desse público em especial, razão pela qual é importante compreender as particularidades do envelhecimento feminino e os desdobramentos da violência doméstica e familiar sobre as mulheres idosas.

Diante desse contexto, o problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: qual a efetividade dos mecanismos legais de proteção à mulher idosa, vítima de violência doméstica e familiar, dispostos no ordenamento jurídico brasileiro?

O objetivo geral, por sua vez, visa analisar, sob um aspecto histórico, social e jurídico, os efeitos do envelhecimento da população brasileira, do prisma do processo de envelhecimento feminino, bem como os índices de violência contra a mulher idosa e os mecanismos legais de proteção.

Dessa lógica, constituem objetivos específicos: verificar os efeitos do envelhecimento populacional no Brasil, com o intuito de compreender as particularidades do processo de envelhecimento feminino; refletir acerca da mulher idosa e da violência de gênero, nas suas mais variadas formas de expressão; analisar a violência doméstica e familiar contra a mulher idosa e os mecanismos legais de proteção.

O trabalho é de cunho teórico, com caráter explicativo e tratamento qualitativo dos dados. A coleta de dados se deu de maneira indireta, com procedimentos técnicos, bibliográfico e documental. O método de abordagem da investigação é hipotético-dedutivo, com procedimentos técnicos, de caráter instrumental secundário, histórico e comparativo.

Por fim, o artigo subdivide-se em três partes, sendo que na primeira é feita uma análise acerca do envelhecimento feminino no Brasil, com foco nas especificidades do processo de envelhecimento feminino, bem como nas implicações sociais decorrentes da velhice feminina, especialmente os preconceitos e as discriminações, que levam à exclusão.

O segundo momento, por sua vez, trata da mulher idosa e da violência de gênero, abordando as múltiplas facetas em que ocorre a violência doméstica e familiar contra a mulher idosa e o contrato sexual de Carole Pateman, que promove uma profunda reflexão sobre a obrigação sexual assumida pelas mulheres com o advento do casamento.

E, por derradeiro, a última parte apresenta os mecanismos legais de proteção à mulher idosa, refletindo sobre os mecanismos legais nacionais e internacionais de proteção e sobre a importância da articulação em rede dos Centros de Referência Regionais de Atendimento às Mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.



## 1 O ENVELHECIMENTO FEMININO NO BRASIL

Primeiramente, é cediço que a população idosa vem crescendo sempre mais em nosso país, fato decorrente principalmente dos impactos entre gerações, ou seja, da baixa natalidade e da maior expectativa de vida. No ponto, conforme recente estudo realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), até o ano 2060 um quarto da população brasileira será de pessoas maiores de 65 anos de idade, uma vez que:

Em 2060, o percentual da população com 65 anos ou mais de idade chegará a 25,5% (58,2 milhões de idosos), enquanto em 2018 essa proporção é de 9,2% (19,2 milhões). Já os jovens (0 a 14 anos) deverão representar 14,7% da população (33,6 milhões) em 2060, frente a 21,9% (44,5 milhões) em 2018. (IBGE, 2018).

Entretanto, ao propor uma reflexão acerca da figura da pessoa idosa que, por muito tempo, enquadra-se na categoria das minorias, é preciso caracterizá-la e compreender seu espaço na sociedade. Por isso, é necessário, ainda, encontrar os parâmetros de sua definição e os desdobramentos do envelhecimento populacional brasileiro.

Nesse sentido, não é preciso demasiado conhecimento para compreender que não há como determinar um ponto comum de envelhecimento das pessoas, pois cada um torna sua experiência única e distinta. No aspecto jurídico, por exemplo, a primeira percepção da velhice levaria em consideração precisamente a legislação, a saber: Lei nº 8.842/94<sup>21</sup>, pela qual “[...] considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.” (BRASIL, 1994).

Contudo, atualmente, o que tem se percebido é que as pessoas com sessenta anos de idade transpassam maior vivacidade, com condições físicas e psíquicas melhores em relação à época da criação do dispositivo supramencionado. Por tal razão, Sônia Amorim Mascaro, em sua obra *O que é velhice*, destaca que não existe, nos dias de hoje, uma maneira única e certa de denominar ou de determinar alguém como sendo pessoa idosa. Nessa premissa, questiona:

Em que idade a velhice começa? Determinar a idade em que uma pessoa pode ser considerada idosa é uma tarefa difícil, pois num determinado momento histórico, numa dada sociedade e em diferentes situações sociais, uma pessoa pode ser considerada idosa aos 70, aos 60, ou até mesmo aos 40 anos. (MASCARO, 2004, p. 35).

Em outras palavras o que se pretende demonstrar é que existe uma diversidade enorme de pessoas, culturas, condutas e costumes e, em decorrência de tais circunstâncias, não se consegue determinar um ponto comum de envelhecimento. No caso das mulheres idosas, o processo de

<sup>21</sup> Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. (BRASIL, 1994).



envelhecimento tende a ser um pouco mais intenso, uma vez que é de consabido que uma parcela significativa de mulheres viveu sua vida em prol do bem-estar da família, prestando e cumprindo o compromisso de honrar com as tarefas do lar e, conseqüentemente, subordinando-se ao poder pátrio que regia essa relação, nos moldes da família tradicional patriarcal.

Friedrich Engels, em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, traz os diversos modelos familiares surgidos na história. Dentre eles, o autor destaca que foi na família sindiásmica<sup>22</sup> a primeira manifestação de derrota do poder feminino em relação ao regime patriarcal. Nesse sentido, o autor traz que:

O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava de luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heroicos e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma suprimida. (ENGELS, 1984, p. 61).

Dessa forma, não há que se olvidar que as mulheres, da geração que hoje vive a velhice, em grande parte, preservaram e priorizaram os laços familiares acima de todas as demais tarefas e sonhos, sobretudo os profissionais. Nesta esteira, Adriano da Silva Rozendo buscou evidenciar a realidade que essas mulheres, em sua maioria, viveram sua vida até a chegada da fase idosa e ao final concluiu que “A maioria das mulheres narraram que ao longo da vida desenvolveram trabalhos domésticos, declarando serem “donas de casa” ou do “lar”. Para essas mulheres, a principal tarefa como donas de casa era constituir família e cuidar de sua prole.” (ROZENDO, 2014, p. 153).

Sob a mesma premissa, Mirian Goldenberg realizou pesquisas relacionadas aos principais desdobramentos da velhice para as mulheres, de forma a concluir que: “O que mais me chamou a atenção nos discursos das pesquisadas foram quatro tipos de ideias: invisibilidade, falta, aposentadoria e liberdade.” (GOLDENBERG, 2017, p. 41).

Oportunamente, a autora considera que a “invisibilidade” se refere ao corpo como um capital que se perde com o passar dos anos, pois o envelhecimento “[...] pode ser experimentado como um momento de grandes perdas, especialmente de capital sexual.” (GOLDENBERG, 2017, p. 43). Além disso, observa que a “falta” se liga ao escasso número de homens no mercado afetivo, situação que, por vezes, é própria do estado de negação que as mesmas têm para com o envelhecer. No mesmo sentido, destaca que a ocorrência da “aposentadoria” sexual, decorrente da ausência de homens no mercado afetivo e das expressões da velhice espalhadas pelo corpo, o qual, por sua vez, ainda é visto como um capital social e sofre grandes perdas com o processo de envelhecimento. (GOLDENBERG, 2017, p. 43).

Quanto ao último ideal, relacionado ao sentimento de “liberdade”, importa anotar que não somente Goldenberg chegou a tal conclusão. Simone de Beauvoir, no mesmo sentido, observou que “No

<sup>22</sup> Sindiásmica: monogamia, sistema patriarcal (ENGELS, 1984).



caso das mulheres, em particular, a última idade representa uma liberação: submetidas durante toda a vida ao marido, dedicadas aos filhos, podem enfim preocupar-se consigo mesmas.” (BEAUVOIR, 2018, p. 507).

Percebe-se, ainda, que ao chegar à fase da velhice as mulheres apresentam marcas do tempo que ferem sua beleza exterior. Em vista disso, Loureiro reflete que “É difícil a aceitação da realidade dura (para algumas pessoas) da mudança física da aparência, até pouco tempo plena de frescor, cor e postura firme, substituída pelo decadente corpo que se torna decrépito, a cada dia.” (LOUREIRO, 2000, p. 22).

Constitui este, a propósito, um forte exemplo de implicação social decorrente do envelhecimento feminino, qual seja: a exclusão social. E, nesse ínterim, é preciso esclarecer que tal consequência pôde também ser vislumbrada no segmento econômico do país, já que aqueles com baixos níveis de produtividade acabaram sendo excluídos desse sistema e, dentre eles, os idosos, os quais, em decorrência principalmente de um fator cultural, enraizado na sociedade, são tidos como incapazes de continuar laborando.

Zygmunt Bauman entende que a sociedade acaba por produzir um refúgio humano, no qual só há espaço para a agilidade, a eficiência e a produtividade, características estas que os idosos vão perdendo com o passar dos anos, em face de um processo natural de envelhecimento. Sobre isso, o autor aponta que “Apenas uma linha colateral do progresso econômico, a produção de refúgio humano tem todas as marcas de um tema impessoal, puramente técnico.” (BAUMAN, 2005, p. 39).

De outra banda, sabe-se também que há muito tempo vem se discutindo acerca da discriminação de gênero sobre as mulheres, tendo em vista se tratar de uma busca incessante por melhores condições de vida e de proteção às mulheres no geral. Isso porque, não bastasse a violência, mesmo que simbólica, que muitas mulheres têm sofrido durante uma vida inteira, existem, ainda, preconceitos e julgamentos morais quanto a sua conduta mesmo na fase da velhice.

Beauvoir, sob essa perspectiva, produz uma análise do esquecimento da mulher idosa, afirmando que “Nem na literatura, nem na vida, encontrei qualquer mulher que considerasse sua velhice com complacência. Do mesmo modo, nunca se fala em ‘bela velha’; no máximo se dirá ‘uma encantadora anciã’”. (BEAUVOIR, 2018, p. 311). Desse modo, depreende-se que a atual cultura predominante cobra um status de beleza e de postura das mulheres, inibindo aquela que não souber se portar com “elegância” frente à sociedade, dentro dos parâmetros de exigência socialmente impostos.

Nesse viés, Goldenberg em sua obra *Coroas*, volta seu estudo à mulher idosa e todas as dificuldades decorrentes do envelhecimento, apontando que:

É interessante observar que tanto no discurso de vitimização quanto no de libertação dois foram os eixos centrais das brasileiras: o corpo e o homem. O corpo foi tanto objeto de extremo sofrimento (em função de suas doenças ou decadência) quanto de grande prazer (em função da maior aceitação e cuidado com ele). Os homens foram, também, razões de sofrimento (alcooolismo, machismo, violência, autoritarismo, egoísmo, abandono, rejeição, faltas) ou de prazer (companheirismo, prazer sexual, cumplicidade). (GOLDENBERG, 2015, p. 42).



Em verdade, percebe-se que, em muitos casos, as mulheres entram em uma crise existencial que decorre, em especial, da dificultosa habilidade de ser reconhecida e admirada pelas marcas do tempo expressas, sobretudo em seu rosto. Isso porque o envelhecimento humano é visível externamente, considerando que envelhecemos a partir do dia que nascemos.

Além disso, é sabido que a sociedade valoriza sobremaneira a imagem da mulher. Dessa forma, consequentemente, as mulheres não se sentem mais atraentes e não são mais vistas pela sociedade com o mesmo vigor e valor, e quem sabe seja esse o principal obstáculo a ser enfrentado no processo de reconhecimento e de aceitação da velhice feminina.

Não obstante, imperioso destacar que as manifestações preconceituosas sobre a imagem da mulher idosa também podem ser verificadas na literatura. Veja-se que as bruxas, por exemplo, na maioria dos casos são ilustradas na forma de mulheres idosas e, especialmente, decrépitas, isto é, com rugas acentuadas e demais marcas do envelhecimento.

Nessa perspectiva, assume a família importante obrigação de prestar assistência essencialmente no que tange à preservação da saúde da pessoa idosa, o que torna necessária uma prestação plena de disponibilidade, tempo e atenção a ela despendidos.

Lado outro, Beauvoir brilhantemente aponta outro desdobramento da velhice, qual seja, os avós, ao passo que pensar em velhice é recordar da figura dos avós, já que “os sentimentos mais calorosos e mais felizes das pessoas idosas são aqueles que elas nutrem por seus netos.” (BEAUVOIR, 2018, p. 493). Em suma, em que pese ser necessária uma postura ativa e voluntária da pessoa idosa, imprescindível se torna o papel da família na garantia da melhor qualidade de vida dessas pessoas. Dessa maneira, percebe-se que o afeto é a base para uma relação harmoniosa para com aquela, pois há de se reconhecer todo esforço empreendido pelo idoso ao longo de toda sua vida a fim de garantir o máximo de bem-estar a sua família.

Cumprir anotar que a velhice, além da idade cronológica, é, acima de tudo, um estado de espírito e, portanto, deve ser interpretada e conjugada com os demais elementos sociais e pessoais de cada indivíduo, uma vez que, a velhice “[...] define-se a partir de determinados padrões de comportamento e consumo, mas principalmente dos valores que os sustentam [...]” (GOLDENBERG, 2011, p. 137).

Assim, é plausível compreender que a discriminação e a exclusão social das mulheres e dos idosos ainda são umas das mais abrangentes implicações sociais do envelhecimento, considerando, sobremaneira, as especificidades deste grupo social, que, quase sempre, é esquecido dos discursos midiáticos, da família, do mercado de consumo e dos espaços de lazer, por exemplo. Nesse diapasão, levando em conta que a violência de gênero também consiste num ato de discriminação e exclusão social das mulheres idosas, abordar-se-á, adiante, as principais formas em que ela se desenvolve.



## 2 A MULHER IDOSA E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Inicialmente, imperioso assentar que o atual cenário de violência no Brasil sofreu grandes mudanças no decorrer dos anos, uma vez que a dinâmica social, a cultura e a diversidade de relações humanas foram fatores propagadores de novos ideais e pensamentos. Uma possível explicação para o contexto ora discutido é o que Bauman denominou de “liquidez”. A ideia central de Bauman, que adotou tal expressão, muito sabiamente, em várias de suas obras, é revelar que as relações humanas, atualmente, vivenciam uma nova era, marcada pela globalização e pela informatização da sociedade.

Sob tal contexto também surge a ideia de poder, ligada intimamente com os conceitos de dominação e de subordinação, caracterizados, ainda, por uma luta pela garantia de um espaço privilegiado e pela sobreposição de um interesse particular sobre os demais. Nesse raciocínio, o pensador Pierre Bourdieu, em linhas gerais, cria a expressão “violência simbólica” e a descreve como sendo aquela que “[...] se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) [...]” (BOURDIEU, 2012, p. 47).

E, nesse particular, a violência simbólica representa também a violência de gênero, que, por sua vez, não se caracteriza somente pela violência física sofrida pelas mulheres, pois certo é que há uma cultura fortemente enraizada na sociedade atual que insiste em afastar a mulher de muitos espaços, privá-la de direitos e rotulá-la com diversas exigências sociais.

Existe, inclusive, uma classificação social do que seja reservado às mulheres e do que seja reservado aos homens, isto é, daquilo que se subentende como feminino e daquilo que se presume pertencer ao mundo masculino. Trata-se de narrativas identitárias, sobre o que Bourdieu, com precisão esclarece que:

Cabe aos homens, situados do lado do exterior, do oficial, do público, do direito, do seco, do alto, do descontínuo, realizar todos os atos ao mesmo tempo breves, perigosos e espetaculares, como matar o boi, a lavoura ou a colheita, sem falar do homicídio e da guerra, que marcam rupturas no curso ordinário da vida. As mulheres, pelo contrário, estando situadas do lado do úmido, do baixo, do curvo e do contínuo, vêm ser-lhes atribuídos todos os trabalhos domésticos, ou seja, privados e escondidos, ou até mesmo invisíveis e vergonhosos, como o cuidado das crianças e dos animais [...]. (BOURDIEU, 2012, p. 41).

Desse modo, compreende-se a violência de gênero como qualquer ato capaz de ofender a integridade feminina, estando nela consubstanciada todas as formas de violência. Já a violência doméstica pode ser definida como qualquer ação ou omissão “[...] cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade, causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade.” (JESUS, 2015, p. 8-9).

Nota-se que a violência doméstica é precipuamente mais específica, uma vez que ocorre em meio ao contexto familiar, na qual a vítima é sempre a mulher, mas agressor somente o é se for pessoa



da convivência ou possuir algum grau de parentesco com a ofendida. Nesse ínterim, é importante destacar que no caso das mulheres idosas os principais ofensores deixam de ser seus companheiros, sendo tal papel substituído, em grande parte dos casos, pelos filhos ou cuidadores de idosos. Para tanto, basta uma rápida pesquisa jurisprudencial no Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul para se certificar de tal realidade<sup>23</sup>.

Pois bem! Para compreender a fundo a dimensão da violência de gênero, especialmente a violência doméstica e familiar, é preciso conhecer as diversas formas em que ela ocorre, a iniciar pela violência física (art. 7º, inciso I da Lei nº 11.340/06) que é compreendida como aquela em que há emprego da força física do agressor. Nas palavras de Pedro Rui da Fontoura Porto, a violência física “[...] é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a vis corporalis.” (PORTO, 2007, p. 25).

Além deste tipo, a violência psicológica (art. 7º, inciso II da Lei nº 11.340/06) é outra forma de manifestação que causa danos irreparáveis nas vítimas, uma vez que viola a esfera emocional das mulheres. Tal espécie de violência engloba uma série de situações, que, em muitos casos, em razão de serem tão frequentes, não há percepção, pelas próprias vítimas, de que estejam sofrendo violência. Isso porque se fala num estado de naturalização, quando as mulheres aceitam e compreendem como naturais essas situações de agressão psicológica.

Lado outro, intimamente ligada a este tipo de violência, está a violência moral, que, por sua vez, causa dano à esfera da honra das mulheres. Tal espécie encontra previsão no art. 7º, inciso V, da Lei Maria da Penha, a qual descreve a violência moral como sendo aquela consistente nos tipos penais de calúnia, de difamação ou de injúria (BRASIL, 2006).

Além destes, outro tipo de violência diz respeito à patrimonial, espécie esta em que muito há para se discutir sobre sua incidência no contexto das mulheres idosas. Isso porque, a violência patrimonial ocorre quando há “[...] retenção, subtração, destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos.” (PORTO, 2007, p. 25).

Nesse diapasão, como mencionado no capítulo anterior, as mulheres idosas têm a sofrer mais com a dependência econômica, haja vista que quem provia o lar sempre fora o homem. Dessa forma, considerando que muitas das mulheres que hoje vivem a velhice não tiveram autonomia, tampouco oportunidade de se autor-realizarem profissional e economicamente quando jovens, é de se verificar que muitas delas ainda sofrem violência patrimonial, seja pela conduta ativa dos agressores, seja pela ausência de conhecimento prático de gerência das economias, resultantes de aposentadoria ou de pensão.

<sup>23</sup> I - Apelação Criminal nº 70082419391, Primeira Câmara Criminal, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Data de Julgamento: 28/08/2019. Trata de crime de lesão corporal praticado por filho contra a genitora, mulher idosa. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

II - Apelação Criminal nº 70080805823, Oitava Câmara Criminal, Relatora Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/08/2019. Trata de crime patrimonial praticado por filho contra a genitora, mulher idosa. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).



Por derradeiro, tendo em vista que o trabalho também trata do grupo social dos idosos, é importante registrar a ocorrência de outras formas de violência, como por exemplo a negligência, o abandono, a violência medicamentosa e a violência espiritual, que, em verdade, são problemas que transpassam a individualidade e transformam-se em problemas sociais

No mais, com relação a violência sexual, esclarece-se que tal forma de agressão inspira situações extremamente delicadas, uma vez que produz, na maioria das vezes, abalos psicológicos irreversíveis. No tocante, de acordo com a previsão contida no art. 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, percebe-se que há uma abrangência expressiva de situações que caracterizam a violência sexual. Nota-se que a legislação, na tentativa de prevenir ao máximo a ocorrência deste tipo de agressão, não se preocupou somente com a ocorrência de danos concretos, pois a simples intimidação, por exemplo, caracteriza e tipifica a conduta.

Todavia, é importante frisar que a questão da violência sexual sofrida pelas mulheres ainda é um tema bastante velado pela sociedade e pelas famílias, sobretudo as tradicionais e patriarcais. Isso porque, há uma cultura que impede uma maior publicidade de fatos e que promove um julgamento moral sobre a conduta das mulheres, independente da idade. Igualmente, em razão dos traumas causados às vítimas, os quais, em muitos casos, causam vergonha ou são de difícil reparação, motivos pelos quais há uma dificuldade imensa de alcance dos dados desse gênero de violência.

Nota-se que grande parte das mulheres ainda sofre com a rotina conservadora de serem sustentadas pelos maridos, impedindo, assim, uma maior autonomia e auto realização social e profissional. Trata-se de uma cultura fortemente enraizada, podendo ser denominada, inclusive, de um sistema, comumente chamado de patriarcado.

Para Saffioti, “[...] colocar o nome da dominação masculina – patriarcado – na sombra significa operar segundo a ideologia patriarcal, que torna natural essa dominação-exploração.” (SAFFIOTI, 2004, p. 56). Significa dizer que há uma explicação de cunho cultural para a submissão das mulheres aos homens, uma vez que, ainda que se afirme a extinção do modelo social patriarcal, tal sistema é muito presente nas relações sociais ainda hoje.

No ponto, Carole Pateman, filósofa britânica que estuda a teoria política e o feminismo, faz uma crítica ao contrato social e esclarece que, enquanto que este surgiu para garantir a liberdade civil aos cidadãos, momento em que abdicaram da liberdade natural em troca de segurança pelo Estado, houve, da mesma forma, uma legitimação ao direito sexual dos homens sobre as mulheres. Nesse diapasão, Pateman afirma que:

O pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal – isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres –, e também sexual no sentido de estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres. O contrato original cria o que chamarei, seguindo Adrienne Rich, de “lei do direito sexual masculino”. (PATEMAN, 1993, p. 16-17).



Em seu discurso, é possível identificar a existência de uma acentuada crítica ao modelo patriarcal que se instituiu na sociedade contemporânea, o qual, em tese, deveria ter sido eliminado com a sobrevivência do contrato social. Ocorre que, “[...] o contrato original é um contrato social e sexual, pois enquanto marcou a libertação de todos os homens, instituiu de outro modo, a subordinação de todas as mulheres.” (ARAÚJO, 2018, p. 51).

De outra banda, a autora pretende provar que, atualmente, a dinâmica social recria antigos hábitos e culturas de forma a camuflar a verdadeira face do próprio casamento, uma vez que há uma questão de ordem sexual nas entrelinhas das promessas matrimoniais.

Para tanto, Pateman defende que, em verdade, tanto o contrato social quanto o contrato de casamento, não poderiam ser assim denominados. Isso porque a expressão “contrato” supõe posição de igualdade entre os contratantes, situação que não se vislumbra nos pactos ora discutidos, pois “Se o casamento fosse um contrato propriamente dito, as mulheres teriam que ser inseridas na vida civil exatamente nas mesmas bases que seus maridos.” (PATEMAN, 1993, p. 232).

Contudo, a questão principal da discussão diz respeito ao contrato sexual assumido pelas mulheres, vez que o pacto nupcial vem oferecer proteção em troca de obediência. Tal obediência fora, inclusive, denominada como “prestação de serviços”, pois a mulher tinha o dever de procriar e de cuidar dos herdeiros de seu esposo e é por isso que não se trata de um simples direito sexual sobre as mulheres, mas sim da legitimação dos homens em dominar seus corpos, como se fossem verdadeiros objetos para satisfação do prazer e para a procriação.

Todavia, certo é que há uma correlação do contrato de Pateman e da violência sexual que as mulheres sofreram, e continuam sofrendo, pois notadamente vê-se tratar, em verdade, de uma sociedade que se submete ao patriarcado e enfraquece o poder feminino. Isso porque é muito presente a ideia de que as obrigações conjugais impõem um dever às mulheres, qual seja, manter relações sexuais com seus parceiros, ainda que esta não seja de sua livre e espontânea vontade e que o contrário dificilmente acontece.

Disso, possível extrair a arcaica, embora atual, ideia de que o corpo feminino pode ser, e ainda o é, um objeto colocado à disposição da sociedade em diferentes espaços e contextos, o que evidencia e reforça a ideia de que muito há que se discutir e compreender sobre a violência de gênero e a violência doméstica, caminho sem o qual nenhum avanço será alcançado.

Assim, denota-se que a sensualidade das mulheres ainda é valorizada sobremaneira, seja pela sociedade ou pelos homens, maridos, que, em grande parte, as compreendem como objetos sexuais postos a sua disposição. Dessa lógica, possível aduzir que mulheres idosas, em sua maioria, tendem a sofrer mais com esse tipo de situação, tanto pela desvalorização do corpo, quanto pela vulnerabilidade, física e emocional, que passam a apresentar com a chegada da velhice.



Nessa perspectiva, compreendendo ser de suma importância o estudo dos mecanismos legais de proteção à mulher idosa, a seguir serão feitas considerações importantes sobre tal questão, destacando-se o papel desempenhado pelos Centros de Referência Regionais da Mulher.

### **3 UMA REFLEXÃO ACERCA DOS MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO À MULHER IDOSA**

Reitera-se, de plano, que a presente investigação trabalha com dois grupos vulneráveis, isto é, os idosos e as mulheres. Sendo assim, é importante compreender que a proteção a tais grupos parte do texto constitucional, o qual serve de fundamento base à criação das demais legislações, devendo estas dialogar, em perfeita simetria, com o texto constitucional, essencialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros.

Desse modo, analisando a Constituição Federal percebe-se que às mulheres são conferidos direitos e deveres em situação de igualdade para com os homens, a exemplo do disposto no art. 5º, inciso I, no art. 7º, inciso XX, no que se refere à previdência social, nos termos do art. 201 e seguintes da Constituição, bem como na igualdade de direitos e deveres nas relações conjugais, a teor do que prevê o art. 226, § 5º.

Em relação aos idosos, a proteção específica e expressa quanto ao grupo pode ser verificada em alguns momentos, como no tocante a assistência social, no capítulo reservado às disposições referentes ao amparo da família e, ainda, no dever de amparo outorgado aos filhos em relação aos pais na fase idosa. Nesse sentido, em que pese a existência de poucas previsões expressas no que toca aos idosos, Paulo Roberto Ramos explica que os fundamentos da República, “[...] tais quais foram expressos, são de capital importância para que os velhos sejam vistos pela sociedade brasileira como titulares de direitos, direitos esses que não prescrevem com a idade.” (RAMOS, 2014, p. 120).

Contudo, percebendo que as normas programáticas da Constituição não seriam suficientes a proteção dos direitos dos idosos, em 1994 entrou em vigor a Lei nº 8.842, a qual dispõe acerca da “[...] política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.” (BRASIL, 1994). Mais tarde foi criada a Lei nº 10.741 de 2003, a qual é tida como um dispositivo que unificou direitos e garantias das pessoas idosas em uma legislação própria, que se convencionou denominar Estatuto do Idoso. Em verdade, a referida lei surgiu do novo modelo de vida e das novas necessidades que a população passou a sugerir, tendo em vista que, principalmente no início do século XXI, o número de pessoas idosas cresceu em decorrência de uma maior expectativa e qualidade de vida.

Destarte, a Lei nº 10.741/03 divide-se de maneira sistemática, organizando-se em VII Títulos e totalizando 118 artigos. Assim, de forma ampla, o Estatuto apresenta um rol exaustivo de direitos fundamentais, citados anteriormente, traz medidas de proteção, regula a política de atendimento ao



idoso, dispõe sobre o acesso à justiça e, não menos importante, prevê os crimes praticados contra os idosos e suas respectivas penas.

Nesta esteira, a Lei nº 11.340/06 também foi um marco na evolução normativa do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, muito embora sua efetividade seja bastante discutida, consolidou uma nova era, marcada pela proteção à integridade física, psíquica, moral, psicológica, patrimonial e sexual das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Na realidade, é nítida a compreensão de que a Lei Maria da Penha fora criada com objetivos que transcendem à questão de gênero propriamente dita, uma vez que, conforme determina o art. 13, na medida do possível, conferir-se-á proteção à família, assim compreendida como as demais vítimas da violência no âmbito doméstico e familiar.

Nessa ordem, é oportuno esclarecer que a jurisprudência tem se posicionado pela aplicação da Lei Maria da Penha, em detrimento do Estatuto do Idoso, quando da ocorrência de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher idosa, independentemente de quem seja o sujeito ativo. Tal constatação é facilmente verificada em recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Conflito de Jurisdição, Nº 70080832280, de relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, proferida na Segunda Câmara Criminal em 28/03/2019.

De outro norte, é preciso destacar, ainda, a proteção legal internacional existente e aplicável aos dois grupos vulneráveis ora debatidos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como norma internacional principal, demonstra um amparo geral às pessoas vulneráveis, nas quais se enquadram as mulheres e os idosos, a exemplo do art. 1, item 3 do Decreto nº 19.841/45, que promulgou a Carta das Nações Unidas.

Com relação aos idosos, a proteção internacional específica veio a consagrar-se em 2015, com a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas. No entanto “A Convenção não está em vigor (até o momento) para o Brasil, pois ainda não foi ratificada pelo Estado brasileiro, [...]” (MENDES, 2017, p. 157), processo que, entretanto, encontra-se em andamento e deu causa, a propósito, a instituição do ano de 2018 como o Ano de Valorização e Defesa dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa.

Já no tocante a proteção internacional das mulheres, é possível verificar que, de acordo com o art. 1º da Lei nº 11.340/06, são diversos os mecanismos legais internacionais de proteção às mesmas. As principais, no entanto, consistem na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, promulgada pelo Decreto nº 4.377/02 e que surgiu para garantir igualdade entre homens e mulheres e proibir qualquer ato de discriminação; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi promulgada pelo Decreto nº 1.973/96 e elenca uma série de garantias às mulheres.

Nas palavras de Bianchini, entre os direitos reconhecidos pelo instrumento “[...] destaca-se o direito das mulheres a uma vida sem violência, devendo os Estados adotar políticas orientadas a prevenir, sancionar e erradicá-la.” (BIANCHINI, 2018, p. 132).



Em verdade, percebe-se que muitos são os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro que amparam as pessoas idosas e buscam coibir as formas de violência contra estes e contra as mulheres. Disso, possível extrair que as mulheres idosas não estão desamparadas no tocante a violência doméstica e familiar, levando em conta, sobretudo, que a tutela contra este tipo de violência perpassa os dispositivos nacionais, recebendo proteção, inclusive, em mecanismos legais internacionais.

Todavia, ainda que seja notória a evolução normativa acima exposta, é cediço que a legislação, propriamente dita, não é capaz, por si só, de coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, razão pela qual se faz necessária, também, a criação de outros mecanismos de prevenção e de proteção às mulheres com vistas à eliminação de todos os tipos de violência de gênero, bem como o amparo às vítimas.

Dentre tais mecanismos, as políticas públicas são órgãos que desempenham importante papel na dinâmica social de atendimento e de amparo às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Nesse passo, os Centros de Referência Regionais de Atendimento às Mulheres, por sua vez, representam um típico exemplo de política pública bastante efetiva na sociedade, pois são órgãos que visam o acolhimento não só das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, mas também de seus descendentes, quando for o caso. Sobre isso, a Doutora Bianca Tams Diehl observa que:

Os Centros de Referência têm como objetivo principal cessar com o ciclo da violência intrafamiliar, ao mesmo tempo em que buscam auxiliar a mulher no resgate, na construção e no fortalecimento da sua autoestima, a fim de que tenha condições de tomar as rédeas de sua vida. O escopo é de prevenção de futuras agressões e de cessação da série de violências a qual a mulher está sendo vítima. (DIEHL, 2016, p. 170).

No tocante, de acordo com a Norma Técnica de Uniformização, os Centros de Referência são espaços de acolhimento psicológico e social das mulheres vítimas de violência, com o fim de orientá-las e de encaminhá-las aos órgãos responsáveis. Devem, além disso, proporcionar atendimento necessário à superação da situação de violência ocorrida e contribuir para o fortalecimento da mulher, por meio do resgate da sua cidadania (BRASÍLIA, 2006).

Em vista disso, durante a elaboração do trabalho, se buscaram dados e informações junto ao Centro de Referência Regional de Atendimento à Mulher – Dirce Grösz, o qual atua no município de Santa Rosa e região. Na oportunidade, foram apresentados números relacionados aos atendimentos realizados junto ao Centro e a Sala Lilás, outra política pública responsável pelo atendimento de mulheres vítimas de violência sexual, igualmente instalado em Santa Rosa.

Nesse ínterim, constatou-se que, desde o início das atividades, foram cadastradas cerca de 1.296 mulheres, incluídas, neste número, as cadastradas pela Sala Lilás, em atendimento desde o ano de 2018 (ANEXO A). Deste elevado número, em torno de 139 mulheres possuem, atualmente, mais de sessenta anos de idade, consistindo em aproximados 11% do número total de cadastros realizados no período, nos termos da tabela em anexo (ANEXO A).



Frente a isso, vê-se que o baixo índice de mulheres idosas que procuraram auxílio no Centro de Referência decorre da resistência das mesmas em registrar a ocorrência, da falta de identificação da violência ou, ainda, da dificuldade de procurar ajuda de uma equipe especializada. Tal circunstância, como mencionado, se deve a inúmeros fatores, como por exemplo, a vergonha de ser exposta, o medo do agressor, o pouco enfoque da mídia, a aceitação do processo de violência como algo inerente às relações conjugais e familiares e, principalmente, a dependência econômica, pela falta de autonomia e de empoderamento das mulheres.

A fim de confirmar a tese acima descrita foi realizada, também, uma pesquisa junto a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), de Santa Rosa (RS), coordenada pela Dr.<sup>a</sup> Josiane Froelich, Delegada de Polícia da Polícia Civil, ocasião em que foram colhidos importantes dados que dão conta de que no período de janeiro de 2018 a agosto de 2019 registraram-se poucas ocorrências de violência doméstica e familiar contra mulheres idosas no município de Santa Rosa. Os números levantados demonstraram, ainda, que a violência mais frequente corresponde ao crime de ameaça, o qual integra o gênero da violência psicológica e, por vezes, da moral (ANEXO B).

Assim, torna-se notório, novamente, que as estatísticas de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher idosa são, praticamente, escassas, revelando que se trata de um grupo de pessoas que ainda possui dificuldade de identificar a situação de violência, de se impor ou de procurar auxílio para romper com a relação conflituosa e abusiva.

Dessa lógica, verifica-se que os Centros de Referência Regionais de Atendimento às Mulheres constituem um importante local de amparo às vítimas de violência doméstica e familiar. Nota-se que são mecanismos legais mais próximos das situações de violência e que conseguem, num período mais curto de tempo, auxiliar as mulheres, seja encaminhando-as a outros órgãos, seja acolhendo-as na casa de abrigo e passagem. Além disso, os referidos Centros também se destacam pela promoção de uma articulação em rede, isto é, possibilitam às vítimas um amplo e completo acesso a diversos órgãos de proteção e orientação, seja psicológico, social ou jurídico.

Diante dos dados apresentados vê-se que a lei, por si só, não tem o poder de coibir a violência existente na dinâmica social, sobretudo a violência doméstica e familiar contra mulheres idosas. Frente a isso, é possível depreender que a criação e o aprimoramento das políticas públicas são uma das melhores opções existentes para auxiliar no alcance da efetividade do ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, é importante que as demais políticas públicas atuem de forma articulada, a exemplo da saúde, da segurança pública e da educação, a qual, por sua vez, sempre se mostrou e continua sendo a melhor alternativa à construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Em verdade, se trata de um processo custoso e demorado, pois é necessária uma quebra de paradigma e de formação de um novo pensamento social.

Assim sendo, mostra-se fundamental compreender que a mulher idosa, no contexto da violência doméstica e familiar, não se encontra desamparada legalmente no ordenamento jurídico brasileiro, uma



vez que existem mecanismos legais, nacionais e internacionais, de proteção e de prevenção a este tipo de violência. De todo modo, é importante reforçar que a luta pela igualdade e pela eliminação da violência doméstica e familiar é um processo longo e vagaroso, porém, grandes conquistas foram alcançadas e outras, sem dúvida, hão de se realizar.

## CONCLUSÃO

A pesquisa acerca da mulher idosa no contexto da violência doméstica e familiar, com vistas a verificar a efetividade dos mecanismos legais de proteção, dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe contribuições relevantes sob uma análise histórica, social e jurídica. A partir dos objetivos assumidos na pesquisa, seguem as principais considerações do estudo.

Na primeira parte, notou-se que a população idosa do Brasil vem crescendo a cada ano, fato que, incontestavelmente, acarretará inúmeros impactos sociais, especialmente no caso das mulheres idosas, considerando as peculiaridades do processo de envelhecimento feminino. Nesse ínterim, verificou-se que o envelhecimento feminino ainda é um tema que precisa adentrar nas pautas legislativas, sociais, midiáticas e escolares, pois o Brasil não está preparado para o envelhecimento de sua população.

Na parte subsequente, foram abordadas as diversas facetas em que a violência doméstica e familiar se desenvolve, constatando-se a necessidade de estabelecer um olhar diferenciado no que toca a sua proteção, uma vez que as idosas, vítimas deste tipo de violência, sofrem uma maior vulnerabilidade física e emocional, apresentando, por vezes, graves e, até mesmo, incuráveis sequelas. Igualmente, em atenção aos ensinamentos de Carole Pateman, averiguou-se que as mulheres ainda são consideradas como “objetos sexuais” postos a disposição dos homens.

Na última seção, possível compreender, em que pese não existirem dispositivos legais expressos e específicos quanto a proteção das “mulheres idosas”, que estas não se encontram desamparadas. Na sequência, foi apresentado sobre a importância dos Centros de Referência Regionais de Atendimento às Mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Nesse contexto, notou-se que tais políticas públicas são fundamentais no processo de proteção das vítimas, principalmente por oferecer-lhes atendimento multidisciplinar e articulado com os demais órgãos da rede, realizando os devidos encaminhamentos.

Diante disso, em atenção ao problema central da pesquisa, averiguou-se que existem mecanismos legais, nacionais e internacionais, que protegem as mulheres e as idosas em relação à violência doméstica e familiar, entretanto a dificuldade para uma maior efetividade do ordenamento jurídico reside na falta de denúncia dos casos de violência por parte das idosas, pelos motivos ora apresentados. Nesse passo, os Centros de Referência Regionais no Atendimento às Mulheres apresentam-se como importantes espaços em razão do acolhimento e do atendimento às vítimas e, sobretudo, pela realização do trabalho em rede.



Por fim, sabe-se, ainda, que com o estudo proposto uma das diretrizes da Lei Maria da Penha está se concretizando, o que demonstra um passo efetivo na luta contra a violência doméstica e familiar em face das mulheres idosas, a qual se fortalecerá com a atuação conjunta do Estado e da sociedade, por meio de uma educação inovadora e com o aprimoramento das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Daniele Patriota de. **Participação e contrato na teoria política de Carole Pateman**. 2018. 135. Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/15500/1/Arquivototal.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2005. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537808610/cfi/6/2\[:vnd.vst.idref=body001\]!>](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537808610/cfi/6/2[:vnd.vst.idref=body001]!>)>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- BEAUVOIR, Simone de. 1908 – 1986. **A velhice** / Simone de Beauvoir; tradução Maria Helena Franco Martins. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**/Alice Bianchini. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção saberes monográficos). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900/cfi/0>>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.842, de 4 de Janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 jan. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 7 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2019.
- BRASÍLIA. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. *Normas Técnicas de Uniformização* – Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência. Brasília, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **A dominação masculina**/Pierre Bourdieu; tradução Maria Helena Kühner. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. 160p.
- DICIO, **Dicionário online de português**, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas as palavras de A a Z. 2009-2019). Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/deificar/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- DIEHL, Bianca Tams. **A juridicização da vida frente à violência doméstica e familiar contra a mulher: um olhar educativo para as políticas públicas de prevenção e de erradicação da violência** / Bianca Tams Diehl. – Ijuí, 2016. 282 f.: il. ; 30 cm.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A. 1984.
- GOLDENBERG, Mirian. **A bela velhice**/ Mirian Goldenberg. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2017.



GOLDENBERG, Mirian. **Coroas** / Goldenberg, Mirian. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

GOLDENBERG, Mirian. **Corpo, envelhecimento e felicidade** / organização de Mirian Goldenberg – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047**. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>>. Acesso em: 10 out. 2019.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher : aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006** / Damásio de Jesus. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/cfi/0>. Acesso em: 31 ago. 2019.

LOUREIRO, Altair Macedo Lahud. **A velhice, o tempo e a morte**: subsídios para possíveis avanços do estudo / Altair Macedo Lahud Loureiro. – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2000.

MASCARO, Sonia de Amorim. **O que é velhice** / Sonia Amorim de Mascaro. – São Paulo: Brasiliense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Manual dos direitos da pessoa idosa** / coordenação de George Salomão Leite... [et al.]. – São Paulo : Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/cfi/0>>. Acesso em: 31 out. 2018.

PATEMAN, Carole. **O contrato Sexual**. Traduzido por Mata Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica/ Pedro Rui de Fontoura Porto. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso** / Paulo Roberto Barbosa Ramos. – São Paulo : Saraiva, 2014 – (Série IDP). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213968/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 11 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70080805823**. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, RS, 28 de agosto de 2019. Porto Alegre, 13 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70082419391**. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, RS, 28 de agosto de 2019. Porto Alegre, 06 set. 2019.

ROZENDO, Adriano da Silva. **Protagonismo político e social na velhice** [recurso eletrônico]/ Adriano da Silva Rozendo. – 1. ed. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

## ANEXOS



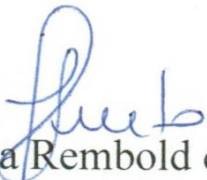
Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

**ANEXO A – TABELA DE DADOS FORNECIDOS PELO CENTRO DE REFERÊNCIA REGIONAL DE ATENDIMENTO À MULHER – DIRCE GRÖSZ DE SANTA ROSA, APONTANDO O NÚMERO DE MULHERES IDOSAS CADASTRADAS DESDE O ANO DE 2011.**

**TOTAIS DE 2011 A SETEMBRO/2019**

	<b>PSICOLÓGICO/ SOCIAL/ JURIDICO</b>	<b>Total</b>
<b>ATENDIMENTOS REALIZADOS</b>	10.603	10.603
<b>Mulheres Cadastradas</b>	-	1.296
<b>Mulheres com idade acima de 60 anos</b>	-	139
<b>ABRIGADAS Tem reincidência</b>	-	129

  
 Marta Elisa Rembold do Nascimento  
 Gerente do Centro de Referência Regional  
 de Atendimento à Mulher

Fonte: Centro de Referência Regional de Atendimento à Mulher – Dirce Grösz.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

**ANEXO B – TABELA DE DADOS FORNECIDOS PELA DELEGACIA  
ESPECIALIZADA NO ATENDIMENTO DA MULHER (DEAM) DE SANTA ROSA.**

Secretaria de Segurança Pública  
Departamento de Planejamento e Integração  
Observatório Estadual da Segurança Pública

Violência Contra a Mulher - Lei Maria da Penha - Acima de 60 anos - Santa Rosa - Jan/2018 a Ago 2019 - Vítimas																				
Qtd Participante Tipo:	2018/Jan	2018/Feb	2018/Mar	2018/Apr	2018/May	2018/Jun	2018/Jul	2018/Aug	2018/Sep	2018/Oct	2018/Nov	2018/Dec	2019/Jan	2019/Feb	2019/Mar	2019/Apr	2019/May	2019/Jun	2019/Jul	2019/Aug
LESÃO CORPORAL	0	0	1	0	0	1	2	0	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0
LESÃO CORPORAL CULPOSA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
LESÃO CORPORAL GRAVE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
LESÃO CORPORAL LEVE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
AMEAÇA	8	1	1	4	3	2	3	4	3	2	2	4	3	2	7	2	4	0	1	2
ESTUPRO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Cubo atualizado: 29/09/2019

Os dados presentes na planilha representam um recorte temporal, retratando os fatos registrados na data da extração de dados, sujeito ainda a alterações provenientes da revisão de ocorrências duplicadas, apuração de informações oriundas de investigações, diligências, perícias, correção do fato no final da investigação policial, etc.

Fonte: Secretaria da Segurança Pública.



Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

## A NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Máriam Joaquim<sup>24</sup>

Sérgio Cruz Arenhart<sup>25</sup>

### RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a natureza jurídica da estabilidade que atinge a decisão concessiva da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, após sua estabilização e o esgotamento do prazo decadencial para que as partes proponham ação para revisar, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Assim, utilizando-se de uma metodologia dedutivo-analítica, baseada em pesquisas bibliográficas, procura-se compreender a estabilização da tutela antecipada em contraposição às estabilidades processuais clássicas, a fim de identificar suas semelhanças e diferenças. Diante disso, pondera-se acerca da viabilidade de equiparação entre a coisa julgada, a perempção ou a preclusão – dando ênfase a primeira – com a estabilização que atinge a decisão sumária estabilizada após o decaimento do direito de sua revisão, reforma ou invalidação. Ao final do trabalho, ao contrapor as características da estabilização da tutela antecipada e as premissas para incidência da coisa julgada, da perempção e da preclusão, conclui-se pela impossibilidade de compatibilizar essas formas de estabilidade, entendendo que a estabilização deve ser considerada um fenômeno *sui generes*.

**Palavras-chaves:** Tutela antecipada antecedente; Estabilização da tutela; Coisa julgada; Estabilidades processuais.

### INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil alterou profundamente o regramento de diversos âmbitos do processo civil, dentre eles o da tutela provisória. Em relação às inovações trazidas no tema dos provimentos provisórios, talvez a maior e mais relevante seja a estabilização da tutela antecipada

---

<sup>24</sup> Mestranda e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Pesquisadora visitante na Università degli Studi di Firenze. Membro do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado (UFPR). E-mail: mariamjoaquim@me.com

<sup>25</sup> Mestre e doutor em Direito pela UFPR e pós-doutor pela Università degli Studi di Firenze. Professor Associado dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR, é também Procurador Regional da República. Ex-juiz Federal, possuindo mais de vinte obras publicadas, além de diversos artigos, no Brasil e no exterior.



requerida em caráter antecedente, a qual não encontrava precedentes no regime do Código de Processo Civil de 1973.

Em linhas gerais, o legislador previu que, caso seja deferida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e o réu se mantenha inerte, a tutela provisória se estabilizará. Ademais, as partes terão dois anos para proporem ação para revisar, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela e rediscutir o conflito em disputa. Esgotado o prazo, a decisão é atingida por uma espécie de estabilidade, inexistindo outros meios expressamente previstos para a sua impugnação.

Assim, percebe-se que a racionalidade do instituto se volta para a valorização da eficácia da prestação jurisdicional e da economia processual, ao evitar a prolongação de um processo judicial no qual a crise do direito material já está resolvida.

Não obstante o mérito a ser dado ao legislador pela inclusão dessa técnica no sistema processual brasileiro, a redação dada aos dispositivos legais que disciplinam o instituto (artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil) é rasa e não apresenta o detalhamento necessário para a regulação desse procedimento. Diante disso, surgiram inúmeras polêmicas doutrinárias sobre o tema.

No presente trabalho, procura-se analisar especificamente a discussão que gira em torno da natureza jurídica da estabilidade que atinge a decisão concessiva da tutela antecipada, findo o prazo para que as partes revisem, reformem ou invalidem a tutela antecipada.

A polêmica adquire especial relevância tendo em vista que, apesar de o Código de Processo Civil dispor expressamente que tal decisão não fará coisa julgada, parte considerável da doutrina defende que haveria efetiva formação de *res iudicata*, com todas suas qualidades e implicações. Diante disso, objetiva-se averiguar qual a verdadeira natureza jurídica da estabilidade que atinge a tutela de urgência antecipada estabilizada.

## 1 TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal ao prever em seu artigo, 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante, sob uma perspectiva material, o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada (MARINONI, 2004). Assim, qualquer demanda judicial deve ter como resultado a tutela de um direito, consistente na interpretação jurídica para o conflito de interesses posto perante o controle estatal. Em geral, a prestação jurisdicional concreta se materializa na tutela definitiva que surge, em primeiro grau, com a prolação da sentença, após procedimento baseado em cognição exauriente.

Todavia, existem algumas situações que autorizam a antecipação dos resultados práticos



da tutela jurisdicional antes da análise completa da lide pelo magistrado, ou seja, antes da materialização da tutela definitiva. Segundo José Manoel Arruda Alvim, existem dois fundamentos justificadores da antecipação da tutela: i) quando há risco de dano irreparável ou de difícil reparação de um direito provável ou; ii) quando não é razoável impor ao autor, pela probabilidade de seu direito, o ônus da demora do processo (ARRUDA ALVIM, 2017).

Dessa forma, o instituto da tutela provisória se volta à antecipação ou acautelação de um direito por meio de uma decisão judicial de caráter provisória concedida no início ou durante o transcorrer da demanda, baseada em cognição sumária, em vista de uma situação fática de urgência ou evidência.

As tutelas provisórias, como próprio nome já indica, têm como característica fundamental a provisoriedade e a limitação cognitiva, voltadas à instrumentalidade do processo. Em outras palavras, a tutela provisória, por se basear justamente em uma cognição sumária, não é utilizada para conceder definitivamente o bem da vida pleiteado pela parte, pois sempre correrá o risco de perder sua eficácia imediata, durante o curso ou após o procedimento de cognição exaustiva (SCARPARO, 2015). Busca, portanto, assegurar a utilidade do processo ou gerenciar o ônus do tempo, com base na probabilidade do direito.

A partir desta perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou um livro dedicado exclusivamente às tutelas provisórias, que compreendem os provimentos de sumários de urgência – estes subdivididos com base na sua natureza cautelar ou antecipada – e de evidência.

## **1.1 Tutela provisória de urgência**

Diante do assoberbamento do Poder Judiciário e da demora na resolução dos processos judiciais, muitas vezes as partes se veem diante da impossibilidade de esperar até o final do procedimento padrão para terem sua pretensão satisfeita, considerando a existência de um perigo iminente de perda ou de lesão ao direito objeto da tutela jurisdicional. Essa situação de urgência, portanto, exige a concessão de uma proteção judicial mais rápida (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015).

Para tais casos, os jurisdicionados podem se valer da tutela provisória de urgência que tem como fundamento a existência de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito.

O perigo de dano e risco ao resultado útil do processo são pressupostos próprios da tutela provisória de urgência, que recebeu tal denominação especificamente em razão de tais pré-requisitos (TESSER, 2016). Assim, tal modalidade de prestação jurisdicional servirá sempre que a situação fática exigir uma apreciação imediata do juiz sob pena de lesão irreparável ou de difícil



reparação ao direito da parte. Nesse sentido, elucidam Dierle Nunes e Érico Andrade:

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano a parte que tem razão. Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situações de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo (ANDRADE; NUNES, 2016, p. 77).

A possibilidade de ocorrência do dano, todavia, deve ser concreta, despida de subjetividade; estar na iminência de acontecer ou estar acontecendo; e ser grave, de forma a prejudicar ou impedir a efetivação do direito pleiteado (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Dessa forma, não é qualquer *periculum* que está apto a justificar a concessão de tutela provisória de urgência.

Por sua vez, em relação à probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) o magistrado deve analisar a existência de verossimilhança fática e a plausibilidade jurídica. Assim, primeiramente, deve-se verificar se os fatos narrados pelo demandante são plausíveis e prováveis. Além disso, deve haver a possibilidade de subsunção dos fatos à norma jurídica invocada pela parte (Ibidem).

Outrossim, alguns autores defendem que a verificação desses requisitos por parte do juiz deve se dar atendendo um critério de proporcionalidade, no qual o *periculum in mora* seria o fiel da balança para a concessão da tutela de urgência. Isso se justificaria porque o escopo da tutela de urgência é reprimir o dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

Assim, conforme ensinam Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, quanto maior o *periculum* demonstrado, menos *fumus* deveria ser exigido. Dessa forma, “o juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado” (WAMBIER et. al., 2015, p. 498). Portanto, quando o bem jurídico em disputa e a urgência fossem de alta relevância, apenas nos casos em que o magistrado verificasse completa inconsistência do direito alegado, seria possível indeferir a tutela de urgência.

Ademais, a tutela provisória de urgência se divide, com base em um critério funcional, entre tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada.

A tutela de urgência cautelar tem como finalidade assegurar uma situação jurídica tutelável, ou seja, preservar ou implementar uma situação fática ou jurídica, dentro da esfera processual, a fim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional definitiva. Assim, “a tutela cautelar é uma forma de tutela jurisdicional que visa proteger o direito acautelado sem satisfazê-lo” (KOEHLER; MIRANDA, 2016, p. 129).



Por outro lado, a tutela de urgência satisfativa tem como objetivo conceder de pronto ao requerente o gozo, total ou parcial, do bem da vida pleiteado na causa principal, sem, todavia, dar a certificação do direito em discussão (Ibidem).

Por fim, a tutela provisória de urgência também pode ser dividida, em razão de um critério temporal, em antecedente e incidental, conforme requerida, respectivamente, antes da ação principal ou durante seu curso.

Destarte, verifica-se no ordenamento jurídico pátrio atual existem os seguintes tipos de tutela provisória de urgência: tutela antecipada antecedente, tutela antecipada incidental, tutela cautelar antecedente e tutela cautelar incidental.

## **1.2 Tutela provisória de urgência: antecipada antecedente**

Até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o requerimento de pedido antecedente era autorizado apenas no caso de tutela de urgência cautelar, inexistindo previsão similar para os casos de tutela de urgência satisfativa (REDONDO, 2015). Nesse contexto, era comum a utilização do procedimento das cautelares antecedentes para as medidas antecipatórias de tutela (CARNEIRO, 2010), como forma de suprir a lacuna legislativa.

Com o advento da Lei nº 13.105/15, passa a existir a possibilidade de requerimento de tutela de urgência em caráter antecedente tanto nos casos de tutela cautelar quanto antecipada. Em razão de tal mudança, corrigiu-se uma deficiência do sistema anterior, visto que, em alguns casos, a falta de procedimento para a tutela antecipada antecedente representava um óbice para a prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. Além disso, proporcionou-se um tratamento específico para os diferentes tipos de pedidos preparatórios, moldado à luz de suas características.

Sendo assim, para aqueles casos em que a situação de urgência já é existente no momento da propositura da ação e o autor não detém tempo hábil para compilar todos os elementos necessário para formular o pedido de tutela definitiva de modo completo, é cabível o requerimento da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, nos moldes do procedimento a seguir exposto.

### **1.2.1 Procedimento**

O rito da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente está disciplinado nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil/2015.

O primeiro dispositivo mencionado prevê que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela



antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

Assim, o autor deverá formular petição simplificada na qual irá expor sumariamente os fatos relevantes para a análise do caso (causa de pedir)<sup>26</sup>, o direito pleiteado, o *periculum in mora*, o pedido de tutela final e o requerimento expresso da tutela de urgência antecipada antecedente.

Importante frisar que é imprescindível que o autor indique que pretende se valer do instituto da tutela antecipada, bem como de que não tem interesse, caso esta seja deferida, em dar prosseguimento ao processo. Dessa forma, deve haver manifestação clara e inequívoca por parte do autor optando pelo procedimento da tutela antecipada antecedente de natureza estabilizável, na qual se renuncia uma tutela definitiva, baseada em cognição exauriente, protegida pela coisa julgada material (GOUVEIA; PEREIRA, 2018).

Uma vez recebida a petição, o juiz poderá: i) julgar a medida provisória requerida, podendo determinar, caso avalie conveniente, a realização de audiência de justificação prévia, nos termos do artigo 300, § 2º, do Código de Processo Civil; ii) indeferir a petição inicial, nas hipóteses elencadas pelo artigo 330, do mesmo diploma legal; iii) determinar a emenda da petição para que preencha seus requisitos específicos; iv) decretar a improcedência liminar do pedido nas situações previstas no artigo 332 do Código de Processo Civil (SCARPELLI, 2016).

Ao julgar a tutela de urgência antecipada antecedente, o magistrado pode decidir por seu acolhimento ou não. Na hipótese de rejeição do pleito de tutela de urgência satisfativa antecedente, o autor tem o prazo de 5 dias para emendar a petição inicial sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Por outro lado, caso concedida a tutela provisória, o autor terá, nos termos do artigo 303, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do momento da intimação da concessão da medida liminar, para “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final”, sob pena de revogação da tutela de urgência e extinção do processo sem resolução de mérito. Além disso, deve ser determinada também a intimação do réu para comparecimento na audiência de conciliação e mediação; e para ciência da decisão de deferimento de tutela – seja para que dê cumprimento espontâneo à medida ou interponha o recurso cabível. Não havendo autocomposição, começa a fluir o prazo para apresentação de contestação (Ibidem).

Neste momento do processo, o procedimento a ser seguido vai depender da atitude tomada pelo réu. Caso este opte por interpor recurso, as etapas do processo seguirão conforme as disposições previstas para o procedimento comum, com as etapas de saneamento, instrução e

---

<sup>26</sup> Não é necessário, neste momento, que o autor faça um relato completo e minucioso de como ocorreram os fatos. É imprescindível apenas que o juiz consiga vislumbrar a correlação existente entre os fatos expostos e o pedido de tutela de urgência, a fim de verificar o preenchimento dos requisitos elencados pela lei.



prolação de sentença.

Vale mencionar aqui que, apesar do Código de Processo Civil fazer menção apenas a “interposição do respectivo recurso”, adota-se aqui o entendimento doutrinário que tem exigido para concretização da estabilização não somente a ausência de interposição do recurso tempestivo, mas também que o réu não tenha se valido de nenhum outro meio de impugnação da decisão (PEIXOTO, 2016). Privilegia-se, dessa forma, a manifestação inequívoca do réu de prosseguimento do processo e a economia processual, ao evitar o uso do agravo de instrumento – ou de outro recurso, conforme a natureza da decisão - quando se resta evidenciada, desde logo, a intenção do réu de dar continuidade ao processo.

Por outro lado, caso o réu permaneça inerte, a decisão que concedeu a tutela antecipada se estabiliza e o processo é extinto sem julgamento de mérito.

Destarte, para que ocorra a estabilização da tutela antecipada antecedente, é necessário o preenchimento dos seguintes pressupostos: i) pedido expresso do autor, na petição inicial, pela tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente, com a escolha do regime estabilizatório; ii) concessão da tutela antecipatória pelo magistrado e; iii) inércia do réu, traduzida na não impugnação da decisão concessiva da tutela antecipatória e na escolha de não dar prosseguimento ao feito.

### **1.2.2 Estabilização da tutela de urgência antecipada**

Uma vez concedida e estabilizada a tutela de urgência antecipada antecedente, o Código de Processo Civil prevê que, apesar do processo ser extinto sem julgamento de mérito, a decisão concessiva conserva seus efeitos, sendo facultado a qualquer uma das partes propor nova demanda para revisar, reformar ou invalidar a tutela satisfativa concedida.

É preciso ressaltar que não basta que a parte requeira o desarquivamento dos autos originários para que haja a rediscussão da questão. Assim, eventual nova análise não se dará no mesmo processo. É necessária a proposição de uma nova ação, distinta da primeira, com pedido de modificação da decisão antecipatória (LOPES, 2018).

Por outro lado, o legislador estabeleceu o prazo de 2 (dois) anos, a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo concessivo da tutela antecipada, para que as partes proponham a ação de revisão, reformulação ou invalidação da tutela antecipatória. Assim, transcorrido tal limite temporal, extingue-se a possibilidade de proposição de nova demanda que tenha por objeto a rediscussão do provimento de urgência satisfativo.

Diante dessa previsão legislativa, surge a dúvida: transcorridos os dois anos e extinto o direito de propor a demanda para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, haverá a



formação de coisa julgada material? Conforme disposição do próprio Código de Processo Civil, “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”. Dessa forma, há afastamento expresso de formação de coisa julgada.

Todavia, desde a entrada em vigor da Lei 13.105/15, a doutrina tem se dividido sobre a verdadeira natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente após o transcurso do prazo decadencial.

Assim, os próximos capítulos desse trabalho serão dedicados à análise do instituto da coisa julgada e os pressupostos para a sua formação, para que, posteriormente, se possa verificar efetivamente se a tutela antecipada estabilizada é protegida ou não pelo manto da coisa julgada material

## **2 COISA JULGADA E OS CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA SUA INCIDÊNCIA**

O Código de Processo Civil conceituou a coisa julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. O diploma processual, assim, passa a prever a coisa julgada como imutabilidade e, conseqüentemente, indiscutibilidade da decisão de mérito, concretizada através de sentença ou decisão interlocutória de mérito (THAMAY, 2018). Dessa forma, a partir da formação da *res iudicata* se impõe a observância de determinada solução judicial vinculante às partes e à jurisdição, bem como impede-se que a questão volta a ser objeto de debate perante o Poder Judiciário (MEDINA, 2018).

Pode-se dizer, portanto, que a coisa julgada vem consagrada na Lei 13.105/15 como estabilidade mais forte do processo, ao tornar definitiva a resolução da questão controvertida, tornando-a imutável, garantindo, então, a segurança jurídica (WAMBIER et. al., 2015).

Ademais, sob uma perspectiva constitucional, somente é possível a incidência da coisa julgada sobre decisões que possuam a conjunção de dois fatores: (i) o processo em que foi proferida a decisão judicial deve ter sido desenvolvido em regime de contraditório; (ii) através de cognição exauriente (TALAMINI, 2005).

Analisemos mais atentamente, então, cada um desses requisitos.

### **2.1 Coisa julgada e contraditório**

Visto com uma consequência do surgimento do Estado de Direito, o contraditório em sua concepção original, determina que as partes devem ser previamente ouvidas antes do proferimento



de uma decisão, como forma de garantir a regularidade processual e a legitimidade do ato judicial. Assim, uma decisão só pode considerada legítima caso haja “participação daqueles que possam sofrer suas consequências” (CABRAL, 2005, p. 60).

Por sua vez, em uma perspectiva moderna e material, a incidência do princípio do contraditório exige, que as partes tenham não somente ciência dos atos processuais e possam se manifestar sobre eles, mas também a efetiva oportunidade de influência na decisão proferida pelo juiz, através de um processo pautado na cooperação e colaboração.

Alinhado a essa concepção, o Código de Processo Civil se preocupou em impor o prévio e efetivo contraditório antes de quaisquer decisões judiciais, mesmo aquelas que podem ser proferidas de ofício. Nos casos em que não fosse possível o contraditório prévio, este deveria ser diferido ou eventual.

Independentemente do momento de realização do contraditório, este é imprescindível para que a decisão judicial seja considerada legítima e assim oponível às partes do processo (TOSCAN, 2015). Consequentemente, a coisa julgada também só poderá operar sobre uma decisão que tenha sido resultado de processo desenvolvido sob o regime do contraditório – “o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses da disputa” (TALAMINI, 2005, p. 31).

Destarte, sem que haja a possibilidade – concreta ou potencial – de que as partes influenciem no comando decisório proferido pelo magistrado, este não pode alcançar o grau da imutabilidade e indiscutibilidade conferido pela coisa julgada.

## **2.2 Coisa julgada e cognição exauriente**

A partir da criação e consolidação do Estado de Direito, superou-se o paradigma do positivismo jurídico e, consequentemente, a concepção de que o processo poderia se voltar apenas à busca de uma justiça formal, pautada exclusivamente no respeito à “administração imparcial e consistente das leis e instituições, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais” (RAWLS, 1997, p. 61). O Direito e o processo passam a ser conduzidos, então, não como meros mecanismos de prestação jurisdicional, mas como instrumentos aptos a garantir uma ordem jurídica efetivamente justa (WATANABE, 1988).

Assim, para a prolação de uma decisão justa é imprescindível que haja uma estreita ligação entre a atividade jurisdicional e a cognição sobre os fatos em disputa. Isso porque caso não haja a cognição por trás de uma decisão, esta se torna puro ato de força. Então, a precisão na determinação dos fatos constitui uma condição essencial para a existência de uma decisão judicial legítima e justa.



Ademais, o objeto da cognição deve ser amplo, abarcando todos os pontos sobre os quais o juiz busca se inteirar para julgar. Assim, deve ser objeto de conhecimento “as proposições feitas pelas partes e pelo juiz através dos enunciados fáticos e jurídicos e das provas produzidas no processo. Há conhecimento proposicional em todo processo, em toda fase de processo ou em toda decisão judicial, qualquer que seja sua natureza” (ARAÚJO, 2017, p. 48).

Partindo-se, então, da premissa de que a formação de um juízo de maior segurança em relação à certeza sobre o direito controvertido está intrinsicamente relacionada a um procedimento baseado na cognição exauriente, entende-se que apenas tais decisões podem ser imutabilizadas pela coisa julgada (WATANABE, 2012).

Dessa maneira, há uma estrita proporcionalidade entre a cognição e a imutabilidade de uma decisão: só deve ser imutabilizado o que foi conhecido exhaustivamente, assim como somente a cognição exaustiva é capaz de produzir coisa julgada (ARAÚJO, 2017).

Todavia, como já foi mencionado, existem casos em que não é possível ou aceitável que as partes aguardem até o final do processo de cognição exauriente para que tenham seus direitos tutelados. Assim, é necessário analisar como ficam, em relação à imutabilidade, aqueles provimentos que foram, em prol de sua efetividade, alcançados através de um rito processual concentrado e limitado.

Primeiramente, é necessário lembrar que existem duas modalidades de sumariedade de cognição: a horizontal e a vertical (TALAMINI, 2005).

A cognição no plano horizontal se relaciona à extensão com que são analisados os elementos componentes do objeto da cognição. Havendo cognição horizontalmente sumária há, então, um corte na matéria cognoscível. “De toda situação conflituosa, apenas uma fração é trazida para dentro do processo para ser objeto do exame jurisdicional (...). Nessa hipótese, alude-se a cognição parcial, pois ela abrange apenas uma parte do conflito ou da matéria envolvida no conflito” (TALAMINI, 2005, p. 57).

Nos casos em que há cognição sumária horizontal, presente nos processos formalmente sumários, via de regra, não há limitação de cognição, sendo simplesmente uma adaptação do rito comum à pequena complexidade do processo e do objeto litigioso. Preza-se, então, pela celeridade processual, através da concentração procedimental (ARAÚJO, 2017).

Nessas hipóteses, tendo em vista que existe apenas limitação quanto à amplitude do objeto analisado e não à profundidade da cognição, as sentenças de mérito fazem coisa julgada, nos limites do corte cognitivo realizado (TALAMINI, 2005). Seria facultado, dessa forma, às partes a propositura de nova demanda para julgamento do objeto que não teria sido atingido pelos limites objetivos da *res iudicata* da primeira ação.

Por sua vez, a cognição no plano vertical guarda relação com a profundidade da análise



do objeto litigioso pelo magistrado. Assim, a cognição verticalmente sumária resta caracterizada quando o juiz profere uma decisão baseada em um juízo de probabilidade e não de certeza. Diante disso, tal provimento deve afirmar “apenas e tão somente, que é provável a existência do direito, ou seja, que há fortes indícios no sentido de sua existência, convergindo para tal conclusão a maioria dos fatores postos sob o exame do juiz” (CÂMARA, 2011, p. 313).

Tal tipo de decisão judicial não poderá ser tida como indiscutível e imutável, uma vez que não é apta a afirmar a existência ou inexistência do direito da parte, sendo, assim, incapaz de ser alcançada pela coisa julgada material.

Ademais, a impossibilidade de formação de coisa julgada para as decisões prolatadas com base em cognição sumária também é uma decorrência do fato de que não se pode dar a mesma estabilidade processual para dois provimentos de natureza opostamente diferentes. Assim, logicamente, se durante o processo as partes não puderam apresentar todas as suas defesas e o juiz não pôde conhecer profundamente o caso em disputa, não é cabível que decisão dele decorrente receba a mesma proteção daquela fruto de um processo em que houve o efetivo desenvolvimento do contraditório e extensa análise da demanda.

Desse modo, na expressão de Eduardo Talamini, a não estabilização da decisão é, então, o preço a ser pago em troca da celeridade em cognição sumária (TALAMINI, 2005).

Assim, em vista do exposto, é possível concluir que não é possível impor uma relação absoluta entre o processo de conhecimento de rito comum com a cognição exauriente. Dessa forma, não há vinculação da espécie processual com a cognição e a estabilidade da decisão (ARAÚJO, 2017). Logo, é certo dizer que, independentemente do rito procedimental utilizado, não havendo cognição exauriente é incabível a formação da coisa julgada material.

### **3 A NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Uma vez analisadas as principais teorias sobre a definição da *res iudicata*, bem como quais são os pressupostos para sua formação, passa-se, agora, ao intuito central deste trabalho: averiguar qual a natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada antecedente. Para tanto, irá se comparar tal fenômeno com as categorias de estabilidades processuais clássicas – coisa julgada, preempção e preclusão – a fim de verificar a possibilidade de equivalência com alguma delas.



### 3.1 Estabilização e coisa julgada

Dentre as correntes doutrinárias existentes sobre o presente tema, uma das mais relevantes é aquela que associa a estabilização da tutela antecipada com a *res iudicata*<sup>27</sup>. Nesse sentido, após o esgotamento do prazo decadencial de 2 anos para as partes propusesse ação para rediscutir a tutela antecipada, haveria formação de coisa julgada material.

Para alguns defensores dessa ideia, a primeira premissa que deveria ser assentada é que teria havido por parte da doutrina um equívoco interpretativo do parágrafo 6º, do artigo 304, do Código de Processo Civil. Isso porque, ao dispor que a estabilidade dos efeitos da decisão só poderiam ser afastados por provimento que revisse, reformasse ou invalidasse a tutela antecipada, em ação proposta em até dois anos, o legislador teria sido claro que, após o prazo estabelecido, ficaria absolutamente impossibilitada a discussão do próprio direito material. Tal seria a interpretação correta haja visto que “o debate do direito material poderia, por consequência inafastável, levar à modificação (prática e jurídica) da tutela estabilizada, o que está vedado pela conjugação das regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º” (REDONDO, 2015, p. 187-188). Assim, a previsão de não formação de coisa julgada material seria referente apenas ao lapso temporal em que a ação de modificação de tutela poderia ser proposta (Ibidem).

Ademais, outro argumento levantado é que a coisa julgada deveria ser vista como um fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que tenha por objetivo modificar anterior julgamento de mérito, este aqui entendido como a pretensão trazida pela parte ao demandar (DINAMARCO, 2009). Uma vez que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente seria considerada uma decisão de mérito de urgência, não existiriam óbices para que se fosse a ela atribuída a imutabilidade da coisa julgada, após o prazo previsto no artigo 304, § 5º, do Código de Processo Civil (GOMES; RUDINIKI NETO, 2016).

Outrossim, alguns doutrinadores argumentam que não se deve falar em não formação de coisa julgada por falta de cognição exauriente, tendo em vista que não existiria relevante diferença no grau de cognição entre a decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente e a prolatada após procedimento comum, sendo ambas baseadas na verossimilhança. A única distinção seria

---

<sup>27</sup> Inicialmente, é preciso apontar que a afirmação de que a estabilidade que atinge a tutela antecipada antecedente corresponde ou não à coisa julgada nunca poderá ser tida como absoluta. A razão disso é que a identificação desta com aquela sempre irá depender do conceito de coisa julgada utilizado. É, então, somente a partir dessa definição que poderá ser verificada a correspondência entre as duas estabilidades. No presente trabalho, adota-se o conceito de coisa julgada criado por Ovídio A. Baptista da Silva, o qual entende, conforme já dito anteriormente, a *res iudicata* como a imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito da parte que requer a tutela jurisdicional (SILVA, 1995).



em relação a existência de efetivo contraditório, o qual foi dispensado pelo réu. Vale mencionar que existem, inclusive, aqueles que defendem que houve efetiva cognição exauriente no processo da tutela antecipada antecedente após sua segunda estabilização, justificando assim a incidência da eficácia da coisa julgada.

Apesar da argumentação exposta pelos processualistas mencionados, além de outras grandes figuras da doutrina (GRECO, 2015), entende-se que este não é o posicionamento mais correto, conforme será melhor justificado a seguir.

A primeira e talvez mais contundente diferença entre os dois institutos se refere aos seus objetos. A coisa julgada recai sobre o conteúdo declaratório da decisão judicial, isto é, sobre a certificação do direito posto em discussão. Por sua vez, a estabilização atinge única e exclusivamente os efeitos do provimento judicial (CABRAL, 2018).

Isso decorre porque a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não analisa especificamente o direito material em conflito, mas apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Não existe, então, uma certificação do direito, ou seja, uma declaração que afirme ou nega a sua existência. Dessa forma, existe um óbice fundamental à formação da coisa julgada material na tutela estabilizada, uma vez que o próprio objeto sobre qual recai a *res iudicata* não existe (BUIKA, 2018).

Ademais, os efeitos da tutela estabilizada não podem ser considerados verdadeiramente imutáveis, pois a estabilização da tutela antecipada não detém como um de seus atributos o chamado efeito positivo da coisa julgada (SICA, 2016), entendido como “a necessidade de absorção da coisa julgada como conteúdo de outro processo, especificamente como questão não suscetível de discussão e capaz de fundar novo pedido” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, p. 2018).

Diante disso, considera-se perfeitamente possível que após a segunda estabilização da tutela antecipada antecedente, uma das partes ingresse com uma ação declaratória do direito que fundou o pedido de tutela provisória. Nesses casos, o novo provimento judicial, baseado em cognição exaustiva, pode alterar os efeitos da tutela provisória, caso se entenda que estes são incompatíveis com o novo direito declarado. Assim, a cognição sumária da tutela antecipada não se sobrepõe a eventuais rediscussões do direito subjetivo em disputa (COSTA, 2016).

Outrossim, o Código de Processo Civil, em seu artigo 502, reserva a formação da coisa julgada material apenas para as decisões de mérito. Conforme definido pelo próprio legislador, só haverá decisão meritória, nas hipóteses em que: i) o juiz acolher ou rejeitar os pedidos deduzidos na petição inicial e na reconvenção; ii) houver reconhecimento da prescrição ou da decadência ou; iii) houver homologação da transação, da renúncia da pretensão ou do reconhecimento da procedência do pedido formulado. Dessa forma, verifica-se que a hipótese da



estabilização da tutela antecipada antecedente não está inclusa neste rol (SICA, 2016), não sendo, portanto, decisão de mérito capaz de formar coisa julgada.

Por fim, também não é possível identificar a estabilidade que atinge a decisão que concedeu a tutela antecipada como coisa julgada, pois essa não é baseada em cognição exauriente, essencial para formação da *res iudicata*. A equiparação entre as duas estabilidades, inclusive, seria uma violação do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que não se pode dar mesma dignidade processual a uma decisão baseada em cognição sumária e outra em cognição exauriente (MITIDIERO, 2015).

Dessa forma, diante do que foi exposto, entende-se que o artigo 304, §6º, do Código de Processo Civil deve ser interpretado em sua literalidade, consolidando o posicionamento de que a decisão antecipatória de tutela não produz o efeito da coisa julgada material.

### 3.2 Estabilização e perempção

Outra posição doutrinária existente sobre o tema é aquela que entende que após o decurso do prazo de dois anos previsto no artigo 304, §5º, do Código de Processo Civil, ocorreria a perempção.

Ao defender tal visão, Elaine Harzheim Macedo expõe que:

À tradicional previsão de perempção agrega-se agora o disposto no art. 304, §5º, estendendo-se o comando tanto ao autor como ao réu do processo que se extinguiu na forma do 1.º desse dispositivo: ambos sujeitam-se à perempção da ação, isso porque a rediscussão da decisão provisória só ocorreria em ação que poderia ser provocada por um ou pelo outro.

Contudo, se em outra demanda, que não reproduza a mesma lide (porque se assim fosse seria aplicável a perempção como forma de extinguir o futuro processo), mas com ela seja conexa, a indagação que se põe é se, nesse caso, autor ou réu podem deduzir o direito subjetivo que deu origem à decisão provisória ou que poderia, em tese, desconstitui-la. Considerando que ao fim e ao cabo a tutela provisória não convive com a indiscutibilidade ou a imutabilidade do que foi decidido (= julgado), atributos exclusivos da coisa julgada material, a resposta se inclina positivamente, desde que se o faça em caráter de defesa, não de ação (MACEDO, 2015, p. 206).

Também há de se discordar desse posicionamento.

A perempção pode ser definida como “a extinção do direito de ação por força da inércia no curso do processo” (DINAMARCO, 2017, p. 140). Dessa forma, a perempção impede que o autor proponha uma mesma demanda, pela quarta vez, quando tiver dado causa à extinção do feito sem resolução de mérito por abandono do processo. Ademais, tal fenômeno extingue somente o direito de ação, impedindo o ajuizamento da mesma lide como ação principal, reconvenção, pedido declaratório incidental e pedido de contestação de ação dúplice. Por outro



lado, o direito material resta incólume, sendo possível argui-lo como fundamento de defesa (CAMBI et. al., 2017).

Verifica-se, então, que a única semelhança existente entre a perempção e a estabilização da tutela antecipada é que nenhuma das duas efetivamente resolve o mérito da lide. Tirando tal característica, não há como corresponder as duas imutabilidades. Isso porque a perempção obsta a discussão do conflito sem entregar qualquer tipo de tutela às partes, enquanto a estabilização da tutela antecipada concede ao autor a efetiva satisfação do direito material. Assim, “a perempção impede a propositura de ação sem nada oferecer a parte autora desidiosa; a estabilização, por sua vez, oferece uma tutela sumária e não obriga as partes a prosseguirem em discussão que entendem desnecessária” (GOMES, 2017, p. 104).

Destarte, não há como dizer que a estabilização da tutela antecipada equivale a perempção.

### **3.3 Estabilização e preclusão**

Por fim, a última estabilidade processual clássica a qual poderia eventualmente se amoldar a estabilização da tutela antecipada é a preclusão.

Segundo Anissara Toscan, a preclusão é conceituada como “exclusão de direito processual, decorrente de consumação ou desatendimento do ônus processual correspondente, ou da prática de ato incompatível com o seu exercício” (TOSCAN, 2015, p. 239). Outrossim, os efeitos dessa estabilidade se encontram adstritos e se exaurem dentro de processo.

Partindo dessa definição, é possível inferir que não há como compatibilizar a estabilização da tutela como simples preclusão, uma vez que essa tem como característica fundamental produzir efeitos para além do processo em que foi deferida. Ademais, sem que a estabilização da tutela antecipada possuísse essa eficácia extraprocessual, sua existência de nada serviria (GOMES, 2017).

Sustentar a existência de preclusão para fora do procedimento antecedente seria, na realidade, reconhecer a existência de coisa julgada material. Dessa forma, não há como identificar a ocorrência da preclusão na estabilização da tutela antecipada, uma vez que seus efeitos não se restringem ao processo em que foi deferido o provimento provisório.

Logo, diante dos argumentos expostos, verifica-se que é incabível identificar a estabilização da tutela antecipada como coisa julgada, perempção ou preclusão, uma vez que tais conceitos não dão conta de abarcar completamente essa figura processual.



### 3.4 Estabilização como estabilidade qualificada

Diante da impossibilidade de enquadrar a estabilização da tutela antecipada em uma das clássicas categorias de estabilidade, parte da doutrina tem entendido que se trataria, então, de uma estabilidade qualificada (SICA, 2016), que não encontra equivalente no sistema jurídico brasileiro. Dentre as poucas especificações feitas sobre essa estabilidade qualificada na doutrina, a que merece destaque é de Roberto Campos Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa (GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2018).

Denominada imutabilidade das eficácias antecipadas, tais processualistas a caracterizam como uma estabilidade que se situa entre a coisa julgada material e a primeira estabilização da tutela antecedente. O cerne dessa imutabilidade está na impossibilidade relativa de se discutir o *dictum* da decisão antecipatória. Como consequência direta disso, se tem o impedimento de que se alterem as eficácias da tutela antecipada. Por outro lado, tal imutabilidade não é óbice para que o direito material seja rediscutido em ação própria. Em resumo:

Enquanto a estabilização apenas cessa a litispendência; a “imutabilidade” das eficácias impede a própria reversão destas. Eis o porquê de, quando a decisão antecipatória se dá em irreversibilidade, haver uma espécie de imutabilização natural, servindo a estabilidade apenas para impedir que, naquele processo, se obtenha, revogando tal decisão, se pleiteie ressarcimento. Contudo, trata-se de imutabilidade calcada numa discutibilidade relativa (...). Se o *dictum* torna-se indiscutível, as demais eficácias sentenciárias não podem ser alteradas de modo forçado ao seu beneficiário, salvo decisão rescindente. A imutabilidade decorre da indiscutibilidade (GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2018, p. 715).

Portanto, diante de tais características, verifica-se que a estabilização da tutela antecipada e seus efeitos devem ser vistos como instituto *sui generis* do sistema jurídico brasileiro. Em razão disso, seu fenômeno deve ser considerado autônomo em relação a qualquer outro instituto já consolidado e, por isso, precisa ser compreendido e estudado a partir de regras e princípios próprios (TOSCAN, 2015).

## CONCLUSÃO

Para concluir, busca-se delinear as principais ideias expostas pelo presente estudo, sem perpassar por todos os argumentos que as embasaram, para que se evitem repetições desnecessárias.

O Código de Processo Civil, ao disciplinar as tutelas provisórias, as dividiu em tutela de



evidência e de urgência, sendo que esta última ainda foi subdividida em tutela cautelar e antecipada. Em relação à tutela antecipada, o legislador inovou ao prever a sua estabilização, quando há a conjugação de dois elementos: i) o requerimento e a concessão da tutela em caráter antecedente e; ii) a inércia do réu, ao não apresentar impugnação contra a decisão concessiva de tutela antecipada ou não requerer o prosseguimento do feito.

Uma vez estabilizada, os efeitos da tutela antecipada se conservam até que seja proposta ação com o objetivo de revisar, reformar ou invalidar a decisão. Todavia, autor e réu têm o prazo de dois anos para ingressar com a nova demanda, sob pena decaimento do direito. Após o decurso de tal prazo, as partes não poderão mais ingressar com ação para modificar a eficácia da decisão concessiva da tutela antecipada.

Em vista da impossibilidade de rediscussão dessa matéria, é possível dizer que há a formação de uma espécie de estabilidade que atinge tal decisão judicial, não havendo, todavia, consenso na doutrina sobre qual seria exatamente tal tipo de estabilidade. Diante disso, procurou-se analisar as características de tal fenômeno jurídico para estabelecer sua categorização dentro das diversas estabilidades existentes.

Contudo, chegou-se à conclusão de que é incabível a identificação da estabilização da tutela antecipada como uma das clássicas formas de estabilidade existentes no processo civil, dentre elas a coisa julgada, a perempção e a preclusão.

No que tange à *res iudicata*, não é possível afirmar que há compatibilização com a estabilização da tutela antecipada, uma vez que a decisão concessiva desta não é apta a declarar a existência ou não do direito material. Ademais, tal processo não é desenvolvido em regime de contraditório, bem como não tem por base a cognição exauriente, pressupostos essenciais para formação da coisa julgada.

Por sua vez, não há ocorrência de perempção, haja vista que a estabilização da tutela garante a satisfação do direito material às partes, concedendo-lhes, ao menos de um ponto de vista prático, uma prestação jurisdicional efetiva.

Por fim, também não se pode dizer que tal estabilidade seria idêntica à preclusão, pois os efeitos da estabilização da tutela antecipada não ficam limitados e restritos ao processo em que o provimento jurisdicional foi deferido.

Dessa forma, entende-se que a estabilização da tutela antecipada deve ser vista como uma imutabilidade que atinge apenas a eficácia antecipatória, impedindo a rediscussão sobre a tutela provisória antecipada sem, contudo, impedir a discussão sobre o direito material que deu base a concessão da medida de urgência.

Trata-se, portanto, de uma estabilidade qualificada que não possui equivalentes no sistema jurídico brasileiro. Assim, tal fenômeno deve receber um tratamento legal diferenciado e



exclusivo, a fim de se amoldar a suas especificações.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUIKA, Heloisa Leonor. Uma reflexão sobre a ambiguidade da estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL; Antonio do Passo. (Orgs.). **Coisa julgada e outras estabilidades**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 12. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL; Antonio do Passo. (Orgs.). **Coisa julgada e outras estabilidades**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 12. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever de boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126. p. 59-81, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMBI, Eduardo. et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José Fonseca da; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos Filho; PEREIRA, Mateus Costa. (Orgs.). **Tutela provisória**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? In: COSTA, Eduardo José Fonseca da; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos Filho; PEREIRA, Mateus Costa. (Orgs.). **Tutela provisória**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.



Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

GOMES, Frederico Augusto. **A estabilização da tutela antecipada**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa. Breves considerações acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 280. p. 185-209, jun. 2018.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 6, n. X, jul./dez. 2012.

GOUVEIA FILHO, Roberto. P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia da coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL; Antonio do Passo. (Orgs.). **Coisa julgada e outras estabilidades**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 12. Salvador: Juspodivm, 2018.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; Miranda, Gabriela Expósito Tenório. Da tutela provisória: um esboço da conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250. p. 167-187, dez. 2015.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL; Antonio do Passo (Orgs.). **Coisa julgada e outras estabilidades**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 12. Salvador: Juspodivm, 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 189-215, dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: Soluções processuais diante do tempo da Justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Peruana de Derecho Processal**, Lima, n. 7, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**: jurisdição e competência,



Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 15-19, abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Breves comentário ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. v. I. São Paulo: Verbatim, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Tutela Provisória. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 167-194, jun. 2015.

SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada, 2016. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

\_\_\_\_\_. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TESSER, André Luiz Bauml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRIONOVER, A. P.; DINAMARCO, C.; WATANABE, K. (coords.). **Participação e processo**: Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, C. S. et al. (Coor.). **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição **ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

## TABELIONATOS NO MEIO AMBIENTE DIGITAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

BLASKESI, Eliane<sup>28</sup>

### RESUMO

A hiperaceleração das relações interpessoais foi maximizada pela pandemia provocada pelo Novo Coronavírus, trazendo a necessidade das pessoas permanecerem reclusas ou, no mínimo, evitar contatos diretos. Para que seja possível que, mesmo em tempos de distanciamento social, os negócios jurídicos continuem a se realizar, de forma segura para os contratantes, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ, editou o Provimento nº100, que possibilita a realização de atos notariais por videoconferência. Nesta evolução digital, o tabelião de notas pode, através de meios eletrônicos, dar a forma jurídica a quaisquer atos por ele praticados, todos assinando digitalmente o instrumento notarial. Diante de tal autorização, questiona-se: os atos praticados no ambiente digital trazem segurança jurídica para as partes, da mesma forma que os atos presenciais? Para responder à indagação, a pesquisa, com enfoque qualitativo, analisará o Provimento do CNJ, bem como a doutrina pátria, a fim de verificar se estes documentos públicos inteligentes traduzem a mesma segurança jurídica que os documentos lavrados fisicamente.

**Palavras-chave:** atos eletrônicos; certificado digital; e-Notariado; tabelião digital

### INTRODUÇÃO

A transformação do ambiente material para o ambiente virtual é um caminho sem volta e a pandemia do Novo Coronavírus veio acelerar a entrada dos cartórios, na era digital. Uma nova era desponta no horizonte notarial: a prática de atos notariais através do ambiente digital, realizados através de videoconferência e com assinatura eletrônica notariada, através de

---

<sup>28</sup> BLASKESI, Eliane (Maria Eliane Blaskesi Silveira), Bacharela em Direito pela Universidade da Região da Campanha- URCAMP, Especialista em Direito Notarial e Registral, pela PUC/MG, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC, Especialista em Formação de Professores para a área jurídica superior pela LFG/Anhanguera, Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul- UCS, Pós-graduanda em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela Urcamp/Uniamérica; Tabelião e professora universitária do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha, URCAMP. e-mail: elianeblaskesi@hotmail.com. Nome bibliográfico para citações: Eliane Blaskesi



certificados digitais, dispensando a presença física, modificando, de modo irreversível, tudo o que se conhece e pratica, até hoje, na função tabelião.

A necessidade de manter a distância entre as pessoas, em razão da situação de pandemia que se instalou a nível global, fez com que o Conselho Nacional de Justiça publicasse o Provimento 100, estabelecendo as regras para que as pessoas não necessitem estar presencialmente, para a prática dos atos notariais, podendo realizá-los por videoconferência e com assinatura digital.

Esta possibilidade, de praticar atos eletrônicos, já era possível em vários Estados, pois as suas Corregedorias Estaduais já tinham regrado a prática de atos notariais por meio eletrônico, através da Certificação Digital, mantendo Banco Eletrônico de Dados e permitindo a realização dos atos, através de certificados digitais da ICP-Brasil. Desta forma, o tabelião de notas pode praticar todos os atos de seu ofício, através de videoconferência. A publicação do Provimento 100 do CNJ restringiu a autoridade certificadora, que passou a ser o tabelião de notas, através da plataforma e-Notariado, criada e mantida pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, que tem infraestrutura tecnológica necessária à atuação notarial eletrônica, através da *internet*.

Com esta outra forma dos tabeliões atuarem, novos tempos se descortinam, trazendo a possibilidade de realização de negócios jurídicos, através dos atos públicos eletrônicos, praticados em tabelionato de notas, mesmo em época de isolamento ou distanciamento social e, assim, as partes podem reconhecer assinaturas, autenticar documentos e terem atos como escrituras públicas, testamentos, procurações e atas notariais, lavrados e assinados digitalmente, sem precisar comparecer, de forma física, no cartório.

A fé pública notarial enseja a prática segura das escrituras, reconhecimentos de firmas e autenticações, através de assinaturas digitais, com certificados da plataforma E-notariado ou ICP-Brasil, através da infraestrutura de chaves públicas.

O artigo trata da competência do tabelião de notas, através da descrição legal, no primeiro capítulo. O segundo traz a atuação do tabelião e os atos eletrônicos, que não são novidade no direito pátrio, mas somente agora regrada através do Provimento 100 do CNJ. O último capítulo aborda a segurança jurídica proporcionada através da lavratura de atos eletrônicos notariais, através da plataforma e-notariado e pelo Notarchain que é uma rede blockchain exclusiva para tabeliões.

## 1 TABELIONATO DE NOTAS

O Tabelião de Notas, embora exerça uma função muito antiga, não tem legislação própria específica, que



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

o ampare, sendo a atividade regulada pela atual Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/94), pelo Código Civil e pelas normas das Corregedorias Estaduais de Justiça, cujas trazem regras específicas dos procedimentos de cada serventia. Além destas normas, os serviços extrajudiciais são regulados pelos provimentos emitidos pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, aos quais devem ser observados, sob pena de, nas correições regularmente feitas, os oficiais sofrerem penalizações.

A Constituição Federal de 1988 prevê ainda, que o Conselho Nacional de Justiça tem a função de fiscalização, conforme 103-b, § 4º, III, in verbis:

receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Diante de tantas normas, muitas delas contraditórias, não se caracteriza como uma função simples de ser exercida, especialmente pela responsabilidade patrimonial que implica, visto que, qualquer ato praticado de forma equivocada pode vir a repercutir negativamente sobre os bens dos usuários destes serviços, razão pela qual a responsabilidade civil com relação a estes é objetiva.

A Constituição Federal, no artigo 236 traz que “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” e que seriam definidos por lei infraconstitucional os demais critérios relativos a responsabilidade civil e criminal, forma de fiscalização, ingresso, etc.

Lei Federal 8.935/94, chamada Lei dos Notários e Registradores veio regulamentar este artigo da Constituição, e traz, em seu bojo, os parâmetros do exercício das atividades notariais e registrais e no artigo 1º diz o conceito: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Como lei especial que é, trata no artigo 3º de definir a atuação destes oficiais, ao dizer que “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro” e, no artigo 5º deixa claro que os titulares dos serviços notariais são os tabeliães de notas.

O artigo 6º da Lei dos Notários e Registradores traz a competência geral dos tabeliães de notas:

Art. 6º Aos notários compete:



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

- I - formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;
- III - autenticar fatos.

O artigo 7º, por sua vez, traz a competência exclusiva, isto é, atos que só podem ser praticados por estes profissionais:

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

- I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
- II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
- III - lavrar atas notariais;
- IV - reconhecer firmas;
- V - autenticar cópias.

Na regulamentação da lei sobre a atividade notarial, o artigo 8º estabelece que é livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio e no artigo 9º veda a prática de atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.

As corregedorias estaduais têm, em suas normas, a regulação destas atividades. Como exemplos, a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul (CNNR/RS) instituída pelo Provimento 01/2020 de 17 de janeiro de 2020.

Ao tabelião de notas compete, conforme da lei 8.935/ 94 e das normas das corregedorias estaduais, lavrar instrumentos (ou escrituras) públicas, em seus livros de notas, conforme a vontade das partes, dando a forma legal, mediante sua prudente e abalizada orientação.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que é possível às partes realizarem contratos atípicos, se não vedados em lei (artigo 425, Código Civil), uma vez preenchidos os requisitos do negócio jurídico válido, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104, Código Civil), somando-se a isto a vontade das partes. Por esta razão, existe um sem-número de contratos possíveis de serem realizados, na seara obrigacional, que devem apresentar a forma estabelecida em lei e sendo todos possíveis de serem feitos mediante escritura pública.

Ao tabelião de notas é autorizada a lavratura de quaisquer contratos, por instrumento público, como escrituras de compra e venda, inventário, divórcio, ata notarial e testamento, sem prejuízo da possibilidade de realização de quaisquer outros, não vedados pelo ordenamento. A regra é que todo documento pode ser lavrado por escritura pública, porém, o inverso não é verdadeiro, isto é, nem todos os contratos podem ser feitos por instrumento particular, pois a forma através de escritura pública poder ser requisito para sua validade, como é o caso das



escrituras de transmissão de bens imóveis, cujo valor ultrapasse trinta salários mínimos, nos termos do artigo 108 do Código Civil.

O tabelião de notas, com sua competência funcional pode, tanto de forma física e presencial, como de forma virtual e desmaterializadamente, lavrar quaisquer atos reputados lícitos, por instrumento público, com fé pública e com presunção *juris tantum*, isto é, presunção relativa de veracidade.

O Código Civil traz, no artigo 215, que “a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”, listando os requisitos mínimos que deve conter a escritura pública, o que foi repetido pelos códigos de normas estaduais, através dos provimentos que regulamentam a forma prática da realização das atividades notariais.

Em todos os atos devem as partes implementarem as condições e requisitos dos negócios jurídicos, conforme previstos na lei, bem como promoverem o recolhimento dos tributos e taxas inerentes ao instrumento que desejam seja lavrado.

## 2 O TABELIÃO E OS ATOS ELETRÔNICOS

Os atos notariais no meio eletrônico estão previstos na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul- CNNR/RS: o Tabelião de Notas poderá efetuar atos notariais eletrônicos utilizando tecnologia de certificação digital, observados os termos do Provimento nº 10/19-CGJ/RS.

São entendidos como atos notariais digitais, dentre outros, os seguintes: I – registro de assinatura eletrônica e de certificado digital: é o arquivamento no Tabelionato de Notas de certificado digital de pessoa física ou jurídica e respectiva assinatura eletrônica; II – reconhecimento de firma digital em cópia física: é a declaração, pelo Tabelião de Notas, de que o documento digital que deu origem à cópia física foi assinado pelo titular do certificado referido na assinatura digital e não foi alterado desde o momento da assinatura; III – reconhecimento de firma digital em documento digital: é a declaração, pelo Tabelião de Notas, de que o documento digital foi assinado pelo titular do certificado referido na assinatura digital e não foi alterado desde o momento da assinatura; IV – autenticação de documento digitalizado: é a atribuição de autenticidade, pelo Tabelião de Notas, a um documento digitalizado pelo Tabelionato a partir de um documento original em meio físico; V – autenticação de cópia física de documento assinado digitalmente: é a atribuição de autenticidade, pelo Tabelião de Notas, a uma cópia física de um documento assinado digitalmente pelo(s) titular(es) do(s) certificado(s) referido(s) na(s) assinatura(s) digital(ais) do documento; VI – autenticação de cópia física de documento



digitalizado autêntico: é a atribuição de autenticidade, pelo Tabelião de Notas, a uma cópia física de um documento digitalizado previamente, conferido e autenticado por Notário; VII – autenticação de cópia de documento digital da Internet: é a atribuição de autenticidade, pelo Tabelião de Notas, a uma cópia física de um documento digital obtido na rede mundial de computadores; VIII – reconhecimento de página da Internet por Tabelião de Notas: é a declaração, através de ato notarial, da existência de determinada página na rede mundial de computadores e seus respectivos responsáveis; IX – emissão de traslado ou certidão digital: é a emissão, pelo Tabelião de Notas, de documento assinado digitalmente referente a ato por ele praticado.

Alguns Estados permitiam, em seus códigos de normas, a realização de atos eletrônicos, através de plataformas, observando as normas técnicas do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI e da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil e legislação pertinente à matéria.

No Rio Grande do Sul, o Provimento 01/2020 da Corregedoria Geral da Justiça- CNNR, trata da certificação digital nos artigos 951 a 955, ditando que os atos notariais por meio eletrônico e seus arquivos constituem informação autêntica, e gozam de fé pública, uma vez que são assinados, digitalmente pelo tabelião de notas, satisfazendo os requisitos da forma escrita. Tais atos prescindem da forma física, podendo ser formados e conservados eletronicamente, garantida a segurança e a preservação dos dados.

Como afirma Elpidio Donizetti “o certificado digital consiste numa estrutura de dados sob a forma eletrônica que associa o nome e atributos de uma pessoa a um par de chaves. Essa estrutura é montada com a utilização da criptografia assimétrica ou de chaves públicas”, pois, para ele:

A criptografia de chaves públicas consiste num método que utiliza duas chaves, constituídas por uma extensa combinação de letras e números (algoritmo), criadas por um programa de computador. A chave privada ou privativa é de domínio do titular do certificado digital, ao passo que a chave pública poderá ser amplamente divulgada. Assinar digitalmente consiste em aplicar sobre a mensagem, constante de um meio virtual (texto escrito no computador, por exemplo), a chave privada (ou privativa), isto é, o código pessoal do usuário, detentor do certificado digital, o que pode ser feito com a inserção, num dispositivo adequado, do cartão magnético (tal como ocorre nos caixas eletrônicos).

A assinatura é confirmada por um programa de computador, que aplica a chave pública do signatário, que dá a certeza da autenticidade do documento.

A ideia destes procedimentos eletrônicos evoluiu e, em face da urgência instalada, em razão da Pandemia do Coronavírus, que trouxe mudanças significativas em todos os setores, principalmente para diminuir o contato pessoal, evitando a disseminação do vírus, o Conselho Nacional de



Justiça editou o Provimento nº 100, em 26 de maio de 2020, que “Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências”.

A lavratura, pelo tabelião de notas, de atos eletrônicos, através da Plataforma E-Notariado, conforme determina o CNJ, como contratos por instrumentos públicos eletrônicos, por exemplo, de compra e venda, inclui o notariado brasileiro na realidade, pois os contratos particulares são, comumente, realizados de forma eletrônica, com assinatura digital.

Ao conceituar contratos eletrônicos, Brancher (2017), aduz que

Contratos eletrônicos são assim denominados porque sua celebração depende da existência de um sistema informático, ou da intercomunicação entre sistemas informáticos. A validação da manifestação da vontade segue critérios similares aos contratos celebrados fora desse ambiente. O Brasil instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), com o objetivo de organizar o reconhecimento dos documentos produzidos eletronicamente; dessa forma, a assinatura efetivada por meio de chaves privadas e reconhecida por chaves públicas tem validade perante terceiros. A assinatura eletrônica por meio do ICP-Brasil não é requisito de validade dos contratos eletrônicos.

O meio ambiente digital incorpora-se no cotidiano das pessoas, de forma a considerá-lo, de forma natural, como parte de um todo, sem o qual já ninguém mais consegue abrir mão. São tantas facilidades que pensa-se como se conseguiu viver antes da existência de tanta tecnologia.

O fato de se ter o mundo nas mãos, através de um celular, conectados em tempo real com quem se quer, estando ou não no mesmo local, traduz-se a urgência de incorporar, nesta rotina, o trabalho dos cartórios, de modo a atender e satisfazer à sua clientela, de modo eficaz, prático e mais econômico, pois, com a possibilidade da realização dos atos notariais eletrônicos, evita-se deslocamentos desnecessários e a distância deixa de existir.

Com relação à possibilidade da utilização do certificado digital, Brancher (2017):

Com o objetivo de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras, o Brasil instituiu, por meio da Medida Provisória 2.200-2/2001, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

O tabelião de notas será autoridade certificadora, podendo emitir os certificados digitais, na Plataforma E-Notariado.

O Notarchain é uma rede blockchain exclusiva para tabeliães, onde cada um integra o sistema de segurança e troca de dados. Na rede, a criptografia forte que assegura a validade de um documento eletrônico é compartilhada entre os participantes a fim de que não ocorram fraude



em nenhuma das pontas. Ou seja, será possível detectar caso algum dos documentos for alterado de forma fraudulenta<sup>29</sup>.

### **3 PROVIMENTO 100 CNJ E O TABELIÃO DIGITAL: A SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS ELETRÔNICOS**

Na esteira da evolução das relações interpessoais através da rede mundial de computadores, a atividade notarial recebeu, através do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, a autorização, a nível nacional, para a realização dos atos, através de videoconferência<sup>30</sup>. Decorre da “necessidade de regulamentar a implantação do sistema de atos notariais eletrônicos – e-Notariado, de modo a conferir uniformidade na prática de ato notarial eletrônico em todo o território nacional”; da “necessidade de as Corregedorias-Gerais do Poder Judiciário nacional observarem medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo Coronavírus (COVID-19)” e da “necessidade de se manter a prestação dos serviços extrajudiciais, o fato de que os serviços notariais são essenciais ao exercício da cidadania e que devem ser prestados, de modo eficiente, adequado e contínuo”.

A realização da videoconferência é um dos requisitos obrigatórios para a prática do ato notarial eletrônico, uma vez que, através dela, o tabelião captará o consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico. O Provimento traz um glossário terminológico, com conceituação sobre assinatura eletrônica notariada, certificado digital notariada, assinatura digital, videoconferência digital, entre outros.

Dentre os requisitos para a prática dos atos eletrônicos, pelo tabelião de notas, elencados no artigo 3º do Provimento 100- CNJ, além da videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico, deverá haver a concordância expressada pela partes com os termos do ato notarial eletrônico, a assinatura digital dos comparecentes, exclusivamente através do e-Notariado, a assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil e uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital. Através da plataforma e-Notariado, pelo link [www.e-notariado.org.br](http://www.e-notariado.org.br), o tabelião realizará a videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais.

<sup>29</sup> Informação disponível em: <https://www.notariado.org.br/plataforma-e-notariado-integra-o-tabeliao-a-era-digital-conheca-as-funcionalidades-do-backup-em-nuvem-e-notarchain/>. Acesso em 29 jun 2020

<sup>30</sup> A nível estadual, várias corregedorias, como a gaúcha, já haviam regulamentado os atos notariais eletrônicos.



O acesso ao e-Notariado será feito com assinatura digital, por certificado digital notariado, nos termos da MP n. 2.200-2/2001 ou, quando possível, por biometria, conforme o artigo 9º do Provimento 100. Significa dizer que o usuário deverá ter o certificado digital notariado, fornecido, gratuitamente, aos clientes do serviço notarial, para uso exclusivo e por tempo determinado, na plataforma e-Notariado e demais plataformas autorizadas pelo Colégio Notarial Brasil-CF.

O artigo 12 do referido Provimento, instituiu a Matrícula Notarial Eletrônica - MNE, que servirá como chave de identificação individualizada, facilitando a unicidade e rastreabilidade da operação eletrônica praticada e integrará os atos eletrônicos, com referência da mesma, em todos eles.

A mudança de paradigma se mostra de forma clara, no artigo 17, quando estabelece que “os atos notariais celebrados por meio eletrônico produzirão os efeitos previstos no ordenamento jurídico quando observarem os requisitos necessários para a sua validade, estabelecidos em lei e neste provimento”.

Com relação à competência territorial para lavratura do ato, a normatização dos atos eletrônicos trouxe uma flexibilização, pois se o imóvel estiver na mesma unidade federativa, a parte poderá escolher o tabelião de qualquer circunscrição, conforme se depreende do que consta no Artigo 19, § 2º do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça.

As atas notariais eletrônicas serão realizadas pelo tabelião de notas da circunscrição do fato constatado ou, quando inaplicável este critério, ao tabelião do domicílio do requerente compete lavrar as atas notariais eletrônicas, de forma remota e com exclusividade por meio do e-Notariado, com a realização de videoconferência e assinaturas digitais das partes.

A procuração pública eletrônica poderá ser lavrada pelo tabelião do domicílio do outorgante ou do local do imóvel, se for o caso. Nestas duas situações (ata notarial e procuração), parece não se aplicar o que determina o § 2º do artigo 19, isto é, deverá atentar ao que o dispositivo determina e não poderá ser escolhido tabelião de qualquer outra comarca, dentro do mesmo Estado. É possível, também, conforme o artigo 30, a realização de atos notariais híbridos, isto é, uma das partes assina fisicamente e a outra, assina digitalmente, à distância. Os documentos e papéis apresentados aos notários poderão ser arquivados de forma digital, de acordo com as mesmas regras de organização dos documentos físicos.

O artigo 23 traz, como competência exclusiva do tabelião de notas, a consoante do que determina a Lei dos Notários e Registradores, com relação à autenticação de documentos e reconhecimento de assinaturas:



- I- a materialização, a desmaterialização, a autenticação e a verificação da autoria de documento eletrônico;
- II - autenticar a cópia em papel de documento original digitalizado e autenticado eletronicamente perante outro notário;
- III - reconhecer as assinaturas eletrônicas apostas em documentos digitais; e
- IV - realizar o reconhecimento da firma como autêntica no documento físico, devendo ser confirmadas, por videoconferência, a identidade, a capacidade daquele que assinou e a autoria da assinatura a ser reconhecida

Para comprovar a autenticidade da assinatura, nos mesmos moldes em que, pela legislação, o tabelião atesta a sua veracidade, deverá arquivar o trecho da videoconferência em que constar a ratificação da assinatura pelo signatário com expressa menção ao documento assinado. Para segurança e exercício da fé pública, no ato notarial eletrônico em que houver reconhecimento de assinatura por autenticidade, deverá ser consignado que a mesma foi feita, no documento, na presença do tabelião, seu substituto ou escrevente, através da videoconferência.

O rol dos documentos notariais não é taxativo, pois, em tese, todo e qualquer ato, contrato ou documento que não seja vedado por lei, poderá ser lavrado por instrumento público, razão pela qual, todo e qualquer ato notarial, mesmo não expressamente referido no Provimento, poderá ser realizado de forma eletrônica. Tais atos eletrônicos, poderão ser conferidos através da plataforma do e-Notariado e, nos termos do artigo 29, do provimento 100- CNJ, “constituem instrumentos públicos para todos os efeitos legais e são eficazes para os registros públicos, instituições financeiras, juntas comerciais, Detrans e para a produção de efeitos jurídicos perante a administração pública e entre particulares”, o que significa que têm validade onde forem apresentados.

A fé pública do tabelião, consubstanciada, conforme Dipp, “a fé pública notarial é um atributo da soberania política delegado na pessoa de um notário, que a exercita, o muito mais frequentemente, em caráter substituinte, é dizer, sem concomitância com o poder atributivo ou delegante”.

Assim diferentemente dos contratos e demais atos realizados por instrumento particular, isto é, por qualquer pessoa que não seja o tabelião de notas, este, com sua fé pública e de acordo com o que determina a lei, no caso, o Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, lavra os atos, como se presenciais fossem, através de videoconferência, verificando e portando por fé, que os mesmos foram realizados de atendendo o princípio da legalidade estrita.

Devem os atos, além de atentar para o que determina o Provimento 100, também atentarem ao que determina a legislação. Assim, por exemplo, em caso de lavratura de um testamento, o tabelião deverá verificar a capacidade do testador, sua identidade, a presença de duas testemunhas, devendo o a testador declarar a sua última vontade em língua nacional, ou caso seja em outra língua e o tabelião não a conhecer, deverá designar intérprete, deve ser lido e ainda, observar o que determina o Código Civil, artigo 1.864, Inciso 1 a IV e seu parágrafo único. O



testador e as testemunhas assinarão digitalmente o testamento, assim como o notário, que encerrará o ato.

Para atendimento do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, o Colégio Notarial do Brasil- Conselho Federal, utiliza a plataforma e- Notariado, de forma obrigatória, , para a lavratura do ato notarial eletrônico, através do link [www.e-notariado.org.br](http://www.e-notariado.org.br) com a realização da videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais. De acordo com Bonilha Filho

O e-Notariado, segundo o Provimento, disponibilizará as seguintes funcionalidades: I – matrícula notarial eletrônica; II – portal de apresentação dos notários; III – fornecimento de certificados digitais notarizados e assinaturas eletrônicas notarizadas; IV – sistemas para realização de videoconferências notariais para gravação do consentimento das partes e da aceitação do ato notarial; V – sistemas de identificação e de validação biométrica; VI – assinador digital e plataforma de gestão de assinaturas; VII – interconexão dos notários; VIII – ferramentas operacionais para os serviços notariais eletrônicos; IX – Central Notarial de Autenticação Digital – CENAD; X – Cadastro Único de Clientes do Notariado – CCN; XI – Cadastro Único de Beneficiários Finais – CBF; XII – Índice Único de Atos Notariais – IU.

Bonilha Filho(2020) ainda expressa que “a identificação, o reconhecimento e a qualificação das partes, de forma remota, será feita pela apresentação da via original de identidade eletrônica e pelo conjunto de informações a que o tabelião teve acesso.” Além disto, pode ser utilizado, o sistema de identificação do e-Notariado, de documentos digitalizados, cartões de assinatura abertos por outros notários, bases biométricas públicas ou próprias, ou quaisquer formas de implementar a segurança dos atos praticados.

Em uma escritura de compra venda, deverá haver a apresentação de todos os documentos previstos em lei, a comprovação do recolhimento do imposto de transmissão intervivos e a forma como será pago o valor do bem, sendo, em caso de pagamento no ato, este ser feito e apresentado o seu recibo, para comprovação da quitação do negócio jurídico.

A lei possibilita, ainda, que algumas partes façam a assinatura digital e algumas a façam, presencialmente. Neste caso, será consignado no ato, a informação de quem assinou, constando sua assinatura digital e os demais, com a assinatura autógrafo, aposta perante o tabelião ou seu preposto.

## CONCLUSÃO

A atividade tabelioa é tradicional, secular e traz resquícios de passado e cheiro de algo antigo, guardado em livros enormes, cobertos de poeira e escritos à mão, certo? Errado! A



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

atividade notarial, ao longo dos séculos, vem se desenvolvendo e aperfeiçoando, especialmente no notariado latino, onde há grande valorização da fé pública destes “oficiais de cartório”. É exercida por profissionais do Direito, com conhecimento técnico para transformar e adequar, juridicamente, a vontade das partes, e redigir os instrumentos públicos adequados, além de conferir a veracidade de documentos e de assinaturas.

Ao longo do tempo, a evolução trouxe transparência e credibilidade a esta atividade, de forma que, até prova em contrário, todos os atos lavrados pelo tabelião de notas reputam-se verdadeiros.

Os contratos físicos, em papel, como manifestação de vontade, declarados de forma presencial, perante o tabelião de notas, aos poucos, vão ficando no passado. A tecnologia, a cada dia, cria funcionalidades, como o armazenamento de documentos não mais em livros materializados, mas em nuvens, através de backups, armazenando, em um servidor remoto, todos os dados para lá enviados, de modo que não se percam e nem se apaguem.

Do livro físico manuscrito, à máquina de datilografia e, depois, ao sistema informatizado de lavratura de escrituras públicas, passaram-se mais de setecentos anos e, a forma eletrônica de lavratura e reconhecimento dos atos notariais, atingiu seu ápice com a edição do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, que autoriza que os documentos públicos, bem como o reconhecimento de assinaturas e autenticação de fotocópias, seja feito através da plataforma E-notariado, através de certificado digital, fornecido pelo tabelião de notas, ao usuário.

Através desta evolução da aplicabilidade do labor notarial, oportuniza-se a manutenção do distanciamento social, em tempos de pandemia, pela circulação do Novo Coronavírus, utilidade esta, que beneficiará, de forma permanente as relações entre tabelião e cliente, e entre as partes contratantes, que não precisarão, caso assim o desejarem, se deslocar do local onde estão, para realizar e assinar os atos notariais, que, a partir de agora, têm a mesma validade que os atos realizados de forma presencial e materializados em papel.

O meio ambiente digital incorpora-se no cotidiano das pessoas, de forma a considerá-lo, de forma natural, como parte de um todo, sem o qual já ninguém mais consegue abrir mão. São tantas facilidades que pensa-se como se conseguiu viver antes da existência de tanta tecnologia.

O fato de se poder ter o mundo nas mãos, através de um celular, conectados em tempo real com quem se quer, estando ou não no mesmo local, traduz-se a urgência de incorporar, nesta rotina, o trabalho dos cartórios, de modo a atender e satisfazer à sua clientela, de modo eficaz, prático e mais econômico, pois, com a possibilidade da realização dos atos notariais eletrônicos, evita-se deslocamentos desnecessários e a distância deixa de existir.

Para atendimento do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, o Colégio Notarial do Brasil- Conselho Federal, utiliza a plataforma e- Notariado, de forma obrigatória, ,



para a lavratura do ato notarial eletrônico, através do link [www.e-notariado.org.br](http://www.e-notariado.org.br) com a realização da videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais.

A segurança jurídica, decorrente da fé pública do tabelião, com atos eletrônicos lavrados através do ambiente digital, tendo a videoconferência como requisito obrigatório, para formalizar a vontade das partes e certificar a apresentação dos documentos necessários, ressaltando-se que, neste caso muda somente o ambiente em que é realizado o negócio jurídico, pois todos os requisitos que se façam necessários para os atos físicos presenciais, devem ser observados para os contratos encetados através do meio virtual.

A fé pública do tabelião, escorada no Notarchain, que é o blockchain notarial, assegura que as partes terão a mesma qualidade documental como se presencial fosse, diferindo somente, o ambiente em que se realizam os atos.

## REFERÊNCIAS

BONILHA FILHO, Márcio Martins. O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100 -2020, do CNJ. 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.anoregmt.org.br/novo/artigo-o-futuro-chegou-bem-vindo-provimento-no-100-2020-do-cnj-por-marcio-martins-bonilha-fillho/>. Acesso em 29 jun 2020

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Contrato eletrônico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/259/edicao-1/contrato-eletronico>. Acesso em 26 jun 2020

BRASIL. ANOREG. PROVIMENTO Nº 010/2019-CGJ - REGULAMENTA O PROCEDIMENTO PARA REQUISIÇÃO E PRÁTICA DE ATOS NOTARIAIS POR MEIO DIGITAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/03/21/cnb-rs-provimento-no-10-2019-institui-a-central-notarial-de-atos-eletronicos-no-rs/>. Acesso em 25 jun 2020

DIPP, Ricardo. Breves apontamentos sobre a Fé Pública Notarial. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/03/23/artigo-breves-apontamentos-sobre-a-fe-publica-notarial-des-ricardo-dip/>. Acesso em 28 jun 2020

DONIZETTI, Elpidio. Atos praticados por meio eletrônico. 2016. Disponível em: <https://portalied.jusbrasil.com.br/noticias/379242852/atos-praticados-por-meio-eletronico>. Acesso em 25 jun 2020

RIO GRANDE DO SUL. CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA NOTARIAL E REGISTRAL- CGJ/RS.- CNNR/RS. Provimento 01/2020. Disponível em : [https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/2020/Consolidacao\\_Normativa\\_Notarial\\_Registral\\_Prov\\_001\\_2020\\_v2.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/2020/Consolidacao_Normativa_Notarial_Registral_Prov_001_2020_v2.pdf). Acesso em 25 jun 2020



## **AS DECISÕES JUDICIAIS, A POLITIZAÇÃO E O CAPITALISMO GLOBAL: O caso Belo Monte enquanto resultado de uma combinação ardilosa**

Evilhane Jum Martins<sup>31</sup>

Nathália Tavares de Souza Almeida<sup>32</sup>

Acontece (...) que (os) magistrados se reduzem a constituir entre si  
uma espécie de ermo isolado (...). E, no entanto, desejar-se-ia no  
magistrado, sobretudo, largeza de ideias: a despreconceituosa  
experiência do mundo, a cultura que permite entender os fermentos  
sociais que fervem sob as leis (...)  
Sob a ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas  
as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais.  
E seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os  
compreender, cada um destes sentimentos (...)  
Justiça é compreensão: isto é, tomar em conjunto e adaptar os  
interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança de amanhã; as  
razões de quem a defende e as de quem a acusa<sup>33</sup>.

### **RESUMO**

<sup>31</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Meio Ambiente. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Professora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais da Universidade Federal do Pará, integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria e, integrante do Grupo de Pesquisa Tutela de Direitos e sua Efetividade vinculado à Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: evilhane.martins@gmail.com

<sup>32</sup> Doutoranda na linha de pesquisa Estado, Instituições, Planejamento e Políticas Públicas no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) no Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). E-mail: ntavaresalmeida@gmail.com

<sup>33</sup> CALAMANDREI, Piero. 1955, p. 274 *apud* CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 93.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

A presente pesquisa trata das disparidades decorrentes da politização das decisões judiciais e por consequência, da influência do capitalismo global em tais decisões. Objetiva-se analisar o fenômeno da politização das decisões judiciais enquanto meio para a sobreposição dos interesses econômicos, para então averiguar-se o grau de influência do capitalismo global nas decisões judiciais, utilizando-se como parâmetro o projeto de conexão IIRSA – enquanto projeto desenvolvimentista que abarca grandes interesses econômicos globais – e os litígios provenientes da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, cujo financiamento da obra é realizado em parte pelo projeto de conexão IIRSA. Esta reflexão advém da problemática: O capitalismo global (aqui representado pelo projeto de conexão IIRSA) pode ser considerado como meio propulsor da politização das decisões judiciais, e por consequência sobrepor os interesses econômicos em detrimento de questões socioculturais e socioambientais (aqui representadas pelos desmandos advindos das obras de Belo Monte)? Para responder a este questionamento, a metodologia empregada utiliza a perspectiva sistêmica, os procedimentos foram a pesquisa bibliográfica e documental. A técnica cinge-se na construção de fichamentos e resumos estendidos.

**Palavras-chave:** Capitalismo global; Politização das decisões judiciais; Projeto de conexão IIRSA; Belo Monte.

## INTRODUÇÃO

A emergência do capitalismo global, enquanto propulsor do fenômeno da globalização, acaba por interferir na ordem interna dos Estados, os quais passam a adequar questões administrativas, políticas, sociais e normativas aos anseios do mercado mundial. Nesse sentido, a disfunção do Poder Judiciário através do fenômeno da politização das decisões judiciais, pode ser caracterizada como consequência de um sistema econômico-global que prioriza a segurança e a estabilidade político – econômica em detrimento dos anseios sociais provenientes dos cidadãos, por consistir em fator que privilegia os investimentos econômicos transnacionais sem percalços.

Nesse diapasão, a investigação das influências diretas que os interesses econômicos de ordem mundial possuem em detrimento da atuação do Estado, e, por conseguinte, das decisões judiciais é medida que se impõe.

Dessa forma, com a pretensão de evidenciar o fenômeno da politização das decisões judiciais enquanto condicionante para a sobreposição de interesses econômicos de forma concreta, relaciona-se os paradigmas desenvolvimentistas da Iniciativa para Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA) com a fundamentação de decisões judiciais provenientes das controvérsias advindas das obras da Usina Hidrelétrica Belo Monte, enquanto obra de infraestrutura integrante do projeto de conexão IIRSA.

Assim, a pesquisa que aqui se desenvolve objetiva analisar o fenômeno da politização das decisões judiciais enquanto meio para a sobreposição dos interesses econômicos, para então averiguar-se o grau de influência do capitalismo global nas decisões judiciais, utilizando-se como parâmetro o projeto de conexão IIRSA – enquanto projeto desenvolvimentista que abarca



grandes interesses econômicos globais – e os litígios provenientes da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, cujo financiamento da obra é realizado em parte pelo referido projeto.

Em decorrência, a reflexão proposta advém da seguinte problemática: O capitalismo global (aqui representado pelo projeto de conexão IIRSA) pode ser considerado como meio propulsor da politização das decisões judiciais, por conseguinte, prevalência dos interesses econômicos em detrimento de questões socioculturais e socioambientais (aqui representadas pelos desmandos advindos das obras de Belo Monte)?

Para responder a este questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmica, utilizando-se autores com visão multidisciplinar e conectando ares do saber como ecologia, ciência política, sociologia e direito. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais – sites e redes sociais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Dessa forma, a pesquisa que aqui se desenvolve está dividida de forma interligada e sistemática em três capítulos: primeiramente, busca-se averiguar os motivos que desencadeiam o fenômeno da politização das decisões judiciais e sua relação com a sobreposição do poder econômico em tais decisões, evidenciando-se a influência direta da globalização e do capitalismo no funcionamento e no decisionismo judicial. Em seguida, a fim de sedimentar os reais paradigmas e o atual desenvolvimento do capitalismo global no continente, verifica-se os paradigmas da Iniciativa para Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA) e suas implicações. Por fim, buscando sedimentar a existência da sobreposição de interesses econômicos em detrimento de interesses socioambientais e socioculturais, verifica-se as perspectivas atuais das controvérsias decorrentes das obras de Belo Monte e atuação do Judiciário frente a tais desmandos.

## **1 JUDICIÁRIO E CAPITALISMO GLOBAL: a politização enquanto condicionante para a sobreposição do poder econômico nas decisões judiciais**

As transformações que pairam na contemporaneidade no que concerne aos aspectos estruturais e interrelacionais entre o Estado e a sociedade, acabam por originar uma nova fase ou ainda, uma nova era cujas definições e características permanecem imprecisas. Essa nova ordem de caráter mundial possui como precursora o fenômeno da globalização<sup>34</sup>, cujo ápice de

<sup>34</sup> Para fins de maior compreensão do vocábulo globalização no contexto apresentado, importante referir a definição elaborada por Canclini: “O processo que começamos a descrever como globalização pode ser



sustentação consiste nas relações econômicas de caráter global, relações estas que possuem o condão de influenciar ou até mesmo direcionar as ações estatais em determinado espaço tempo, tendo em vista a relevância que se concede atualmente à paradigmas capitalistas enquanto condição indispensável para o alcance do desenvolvimento estatal<sup>35</sup>.

O certo é que a influência econômica global é capaz de atingir e redimensionar as bases estruturais do Estado, fenômeno que desencadeia a priorização do desenvolvimento econômico em desfavor do desenvolvimento social dos indivíduos, de modo que, não raras vezes, a efetivação de políticas públicas passa a ser tarefa proveniente do poder de coerção do Judiciário. Nessa senda, as funções atinentes ao Poder Judiciário começam a ser desvirtuadas tendo em vista a atribuição da tarefa de decidir para além de conflitos sociais ou individuais, já que se passa a abarcar a tarefa de compelir o Poder Executivo a concretizar as ações de sua competência.

Fernandes assevera que característica própria da contemporaneidade é a interdependência existente entre a política e o judiciário, pois controvérsias e problemáticas que tem origem no Poder Executivo e Legislativo, sobretudo nas instituições governamentais, são transferidas ao Judiciário a fim de que a resolução seja pautada nos ditames legais e, com a segurança e estabilidade próprias das decisões judiciais.

Observando a democracia norte-americana durante o século XIX e a prática judiciária daquele país, Alexis de Tocqueville concluiu que “quase não há questão política, nos Estados Unidos, que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, como uma questão judiciária” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 111). Atualmente, semelhante constatação pode ser feita não somente em relação aos

---

resumido como a passagem das identidades modernas a outras que poderíamos chamar, embora o termo seja cada vez mais incomodo, de pós-modernas. As identidades modernas eram territoriais e quase sempre monolinguísticas. Consolidaram-se subordinando regiões e etnias dentro de um espaço mais ou menos arbitrariamente definido, chamado nação, opondo-o – sob a forma dada pela sua organização estatal – a outras nações. Ainda em zonas multilinguísticas, como é a região andina e a centro-americana, as políticas de homogeneização modernizadora esconderam a diversidade cultural sob o domínio do espanhol e a variedade de formas de produção e consumo dentro dos formatos nacionais” (CANCLINI, 1999, p. 59).

<sup>35</sup> Acerca do assunto, Pedro de Araujo Quental assevera que: “Escobar (1996) busca compreender o desenvolvimento como um discurso produzido historicamente. O desenvolvimento, assim como o conceito de Terceiro Mundo, é compreendido pelo autor como uma representação social formulada no período Pós-Segunda Guerra Mundial, justificando, então, a aplicação de programas e políticas econômicas em países ditos “subdesenvolvidos”. Quando pensamos que “temos que nos desenvolver”, afirma Escobar (1996), este fato constata a vigência de uma ideia de desenvolvimento naturalizada nos nossos modos de sonhar, pensar e de ser. Isto ocorre na medida em que regiões do mundo como África, Ásia e América Latina foram inventadas a partir de um profundo processo simbólico e material como sendo subdesenvolvidas: fomos “inventados como subdesenvolvidos”, afirma o autor (Escobar, 2009:26). Nesse sentido, para Escobar a ideia de “desenvolvimento” deve ser vista como uma invenção geopolítica que tem por objetivo localizar indivíduos, grupos e territórios como “não-desenvolvidos” ou “subdesenvolvidos”, legitimando, assim, ações de suposto combate a essa condição. Serão lógicas e conceituações de desenvolvimento como estas que figuram nos discursos oficiais sobre a IIRSA? Nossa hipótese é a de que ao buscarem privilegiar os fluxos que circulam no continente, interligando portos e integrando competitivamente a região aos mercados mundiais, os Eixos de Desenvolvimento da IIRSA configuram uma integração regional aberta aos mercados mundiais, mas que ignora as territorialidades de grupos sociais impactados pela implementação de seus empreendimentos” (QUENTAL, 2013, p. 06).



Estados Unidos, mas a muitos outros países de diferentes continentes e diferentes sistemas jurídicos.

Com efeito, de modo geral, pode-se afirmar que os sistemas de justiça ao redor do mundo ocupam posição estratégica entre as instituições políticas, tendo sido gradativamente abandonada a visão clássica desse sistema como instância exclusivamente legal. Questões de repercussão difusa, matérias que envolvem temas centrais para setores estratégicos da sociedade, assuntos que, em regimes democráticos, tradicionalmente estariam exclusivamente na órbita de deliberação e decisão de instituições políticas de natureza representativa, como os poderes Legislativo e Executivo, passam a ser deliberadas e decididas nos tribunais e nas demais instituições do campo jurídico, a partir da lógica do direito e das regras jurídicas. O sistema de justiça como um todo passa a ter um papel importante na formulação e implementação de políticas públicas, podendo-se considerar alguns de seus agentes como atores políticos, dotados de recursos de poder, capazes de impor suas decisões e alterarem o curso de determinadas decisões tomadas por outras instituições (FERNANDES, 2011, p. 09).

Dessa forma, o fenômeno denominado politização das decisões judiciais, caracterizado sumariamente pela inserção de fundamentos eminentemente políticos na decisão judicial acerca de fatos com natureza política, acarreta duas situações prementes no momento atual: a primeira diz respeito ao aumento significativo de demandas judiciais, levando em conta que os cidadãos visualizam o Judiciário como único meio capaz de garantir a eficácia de seus direitos. Tal constatação é referida por Cappelletti quando afirma que: “o problema da responsabilidade judicial vem assumindo na nossa época peculiar conotação e relevância particularmente acentuadas, em razão, exatamente, do crescimento sem precedentes do poder judiciário na sociedade moderna” (CAPPELLETTI, 1989, p. 19), crescimento advindo justamente da outorga de caracteres políticos ao Judiciário.

A segunda situação apresenta consonância com o problema da responsabilidade judicial referida pelo autor, tendo em vista que a disfunção das decisões judiciais – proveniente da politização de tais decisões – consequentemente acarreta a disfunção dos critérios até então estabelecidos para se aferir a responsabilidade judicial.

A questão agrava-se sobremaneira, quando se observa que as questões de ordem política que passam a ser objeto de apreciação pelo Judiciário não são capazes de difundir novas formas de decidir: a cientificação e a matematização das decisões nesses casos persistem ou asseveram-se ainda mais, desconsiderando-se os aspectos sociopolíticos, socioculturais ou socioambientais que estão em voga.

Assim, o que se vislumbra é a inserção de controvérsias e litígios derivados da ineficiência político-administrativa nos casos a serem julgados pelo Judiciário, sem que ocorra a reformulação do modo de apreciação de tais embates pelo Poder Judiciário, de forma que a análise judicial na contemporaneidade parece repelir as transformações globais da atualidade.



Conforme explicita Grau, o fenômeno da politização das decisões judiciais encarado sob uma perspectiva cientificista, tem por objetivo a garantia da segurança jurídica, agindo como pressuposto da previsibilidade e estabilidade da ordem pública, visto que estes se constituem como elementos necessários para a sedimentação de investimentos econômicos estratégicos e o sucesso da implementação de ideais capitalistas.

A propósito, tenho lembrado Weber [1969:238], para quem as exigências de *calculabilidade* e *confiança* no funcionamento da ordem jurídica e na chamada Administração constituem exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com *estabilidade*, *segurança* e *objetividade* no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da Administração. A pequena burguesia – diz Ferdinand Lassalle [1985:34-35] – passa a almejar, ao final do absolutismo, “em benefício do seu comércio e de suas incipientes indústrias, a ordem e a tranquilidade pública e ao mesmo tempo a organização de uma justiça correta dentro do País” (GRAU, 2013, p. 14).

Caso a averiguação do fenômeno da politização *versus* cientificação das decisões judiciais seja realizada sob o prisma econômico, torna-se eminentemente claro os fundamentos adotados pelo sistema vigente, já que a transferência da tomada de decisões caráter político-administrativo para o Judiciário aliado ao seu estigma cientificista, garantem a segurança e a estabilidade necessárias para a ascensão do desenvolvimento econômico sob a perspectiva do mercado global.

Ainda que tais argumentos possam parecer pouco palpáveis, sob a pretensão de demonstrar a influência do mercado transnacional nas diretrizes decisórias do Poder Judiciário brasileiro, tem-se que as perspectivas econômico-globais da atualidade acabam por moldar e redefinir a seu critério a atuação judicial. Nesse sentido, as decisões judiciais quando pautadas em questões político-administrativas de caráter sociopolítico, sociocultural ou socioambiental, acabam por sofrer a influência direta dos ditames advindos do mercado global, que direciona a atuação estatal e por conseguinte, as decisões judiciais que lhe são pertinentes<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Acerca das influências do mercado global enquanto mecanismo norteador do fenômeno da globalização, conforme ressaltado anteriormente, veja-se a lição de Campilongo: “Do prisma econômico, a chamada globalização representa pelo menos um brutal esvaziamento da territorialidade. Do ponto de vista político, a formação de grandes blocos e os organismos supranacionais relativizam a soberania. Finalmente, do prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos (direitos individuais, políticos e sociais). Essa transformação paradigmática na função do Estado submete o Judiciário a uma pressão terrível e que, em última análise, põe em discussão não apenas a utilidade, mas até a necessidade e a razão de ser de um Judiciário modelado nos termos concebidos pelo liberalismo e, depois, ajustado ao Estado social (CAMPILONGO, 2011, p. 29).



Diante do exposto, com a finalidade de sedimentar os argumentos exarados acima discorrer-se-á acerca de um dos projetos mais ousados no que tange a propulsão do desenvolvimento econômico da América Latina, seus objetivos e impactos nos ordenamentos internos dos países integrantes, a fim de evidenciar de forma coerente os posicionamentos defendidos nesse primeiro momento.

## **2 A SOBREPOSIÇÃO DO CAPITALISMO GLOBAL *IN CASU*: A Iniciativa para Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA) e as submissões estatais consentidas**

A sobreposição de ideais desenvolvimentistas sedimentados basicamente no crescimento econômico com vistas ao mercado global em detrimento dos aspectos norteadores da estrutura político-administrativa e judicial, de acordo com o exposto anteriormente, há muito deixou de caracterizar-se como hipótese possível de ser ventilada para então consubstanciar-se em fato concreto na América do Sul e, de forma mais incisiva, no Brasil.

Tal afirmação decorre da implementação de um dos projetos mais audaciosos e de proporções antes não imagináveis na América Latina: A Iniciativa para Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA).

Em reunião ocorrida em Brasília, entre todos os presidentes dos países que compõem a América do Sul, deliberou-se sobre a criação de um audacioso projeto de integração e desenvolvimento sul-americano que fosse capaz de romper barreiras geográficas e socioambientais visando promover a integração territorial e a unificação do continente, a fim de que a América do Sul viesse a não mais ser vislumbrada como um conjunto de países apartados entre si, mas sim como uma unidade geoeconômica capaz de proporcionar o desenvolvimento comum a todos os Estados componentes<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> “Na esfera do planejamento e execução da infraestrutura, perde importância o papel centralizador do Estado que deve ser substituído pelo planejamento descentralizado e flexível, com projetos fragmentados e de menor escala, levados à frente pela sua capacidade de atrair financiamento e investimentos. O papel das instituições financeiras multilaterais aparece como fundamental nesta perspectiva. Estas instituições deveriam buscar novas formas de financiamento e instrumentos financeiros, não só para canalizar fundos, mas para mitigar riscos e custos, atrair e facilitar a participação privada. Outro papel é o de prover suporte técnico e financeiro para iniciativas de infraestrutura regionais (como a IIRSA e o Plano Puebla-Panamá) e “especialmente em termos de gerenciar riscos políticos e regulatórios” (Idem). Por último, as instituições financeiras multilaterais ainda devem apoiar estudos de viabilidade e pré-investimento, aparecendo em todas as fases de planejamento, financiamento e execução da integração regional de infraestrutura, inclusive estruturando a forma de concebê-la, através do suporte a estudos e pesquisa.

O processo de convergência normativa entre os países no âmbito da infraestrutura regional deveria atuar no sentido da facilitação de fluxos (bens e serviços) intrarregional de transportes, energia e comunicações. No campo da integração energética, a ênfase do arcabouço regulatório está na segurança aos investidores e na



Nesse sentido, a Iniciativa para Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana possui como objetivo primordial atuar nas áreas de transporte, telecomunicação ou energia através de uma infraestrutura que abarca diversas obras espalhadas por toda a América do Sul que visam facilitar o escoamento de recursos para o mercado mundial e ainda, garantir o investimento no continente por grandes corporações internacionais através do oferecimento de condições estruturais para o estabelecimento de grandes empresas.

Assim, para a concretização da referida integração territorial, foram estabelecidos dez eixos de integração – também chamados corredores do desenvolvimento – cujas obras de infraestrutura, as quais se encontram em curso, pretendem conectar inteiramente a América do Sul do Atlântico ao Pacífico por meio de estradas, hidrovias e ferrovias, portos, aeroportos, hidrelétricas e redes de comunicação que permitam a conexão física e energética do território, desconsiderando-se as fronteiras territoriais existentes entre os países do continente.

Nesse sentido tais eixos consistem em Eixo Andino que atravessa a Venezuela, Colômbia, Equador, Peru e Bolívia, interligando tais países; Eixo do Escudo das Guianas, responsável, por conectar Venezuela, Guiana, Suriname e o norte do Brasil; Eixo do Amazonas, o qual interliga Brasil, Colômbia, Peru e Equador; Eixo Peru-Brasil-Bolívia; Eixo Interoceânico Central, que conecta o sudeste do Brasil com Paraguai, Bolívia, norte do Chile e sul do Peru; Eixo de Capricórnio, que interliga Chile, Argentina, Paraguai e Brasil; Eixo Mercosul-Chile, que interliga Brasil, Uruguai, Argentina e Chile; Eixo Sul, que conecta o sul do Chile com o sul da Argentina; Eixo da Hidrovia Paraguai-Paraná, interligando Brasil, Uruguai, Paraguai e Argentina; e Eixo Sul Andino o qual localiza-se na fronteira de Argentina e Chile.

Cada uno de los ejes incluye variadas obras. A modo de ejemplo, veamos lo que sucede con el eje Amazonas que une el Pacífico y el Atlántico e incluye tres grandes ecosistemas (costa, sierra andina y selva): deberá unir el Amazonas y sus afluentes con los puertos de Tumaco (Colombia), Esmeraldas (Ecuador) y Paita (Perú). Ello supone mejorar las carreteras existentes y construir otras. Por otro lado, ya que se trata de un eje que se asienta en una densa red de transporte fluvial, debe asegurarse la navegabilidad de los ríos a través del dragado y linealización de algunos tramos, a la vez que se mejorarán los puertos fluviales. Estas obras y el importante tránsito generarán impactos sobre el ecosistema amazónico.

En las zonas que atraviesa el eje hay un gran potencial hidroeléctrico y grandes reservas de petróleo en explotación, además de cultivos de soja y actividades de extracción de madera, pesca y piscicultura. El eje estará interconectado con otros tres (andino, interoceánico central y escudo guayanés) y conseguirá abaratar el transporte de los países del Pacífico hacia Europa y de Brasil hacia Japón, estimulando el comercio. En plena Amazonía brasileña está contemplada la construcción de dos gasoductos de Coarí a Manaus y de Urucu a Porto Velho, con un coste de 750 millones de dólares, lo que permitirá poner

---

unificação do mercado de energéticos, assinalando a importância de harmonizar legislações e marcos regulatórios para atrair investimentos privados” (PADULA, 2011).



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

el gás en condiciones de ser exportado desde puntos clave de los ejes amazónico y Perú-Brasil-Bolivia. El primero incluye el importante puerto de Manaos, y el segundo a Porto Velho (Brasil) que quedaría unido con los puertos peruanos del Pacífico para poder sacar la producción cerealera de la zona – donde más están creciendo los cultivos de soja, maíz y trigo –, además del gas de Camisea (Perú).

La mayor parte de los ejes están interconectados. De los diez ejes, cuatro involucran la región amazónica y cinco unen los océanos Pacífico y Atlántico. De esta manera, todas las riquezas naturales del continente quedan a disposición de los mercados (ZIBECHI, 2006, p. 20-21).

Grandes modificações estruturais, territoriais e no que tange aos aspectos socioambientais da América do Sul, estão insertas no projeto de conexão IIRSA. Ocorre que tais modificações exigem a submissão dos Estados integrantes aos ditames do projeto de conexão IIRSA em diversos segmentos, principalmente no que concerne ao domínio das fronteiras territoriais as quais passam a ser desconsideradas, assim como a possível aceitação de paradigmas impostos pela IIRSA que venham a contrariar as diretrizes nacionais estabelecidas, ou ainda a aderência pelos Estados de posicionamentos sociojurídicos antes não compartilhados, além da concordância da efetivação de determinadas ações sem que haja uma análise consistente acerca de suas possíveis consequências<sup>38</sup>.

Aliado a isso, a abdicação de posicionamentos internos ou, ainda, a utilização estratégica de textos normativos permite que os objetivos desenvolvimentistas provenientes de grupos hegemônicos se sobreponham aos interesses de grupos menos favorecidos ou simplesmente à diretrizes legais que restam desconsideradas em prol do crescimento econômico.

Veja-se ainda que a amplitude e a relevância econômica do projeto de conexão IIRSA, permite muitas vezes que conflitos sociais ou demandas judiciais sejam originadas em função de uma única obra de infraestrutura desconectada das demais, sem que se tenha a noção de que trata-se de um processo de integração física que abarca diversas modificações físicas na América do Sul, diversas mitigações de textos legais e infralegais visando a concretização de objetivos econômicos de forma acelerada, além de diversos conflitos socioculturais e

<sup>38</sup> “A IIRSA em verdade é um espaço [ou um campo] formado por inúmeras disputas e controvérsias que muito pouco tem a ver com os declarados benefícios que trará aos pobres e para a erradicação da pobreza. Mas isso não é nenhuma novidade se considerados os interesses políticos e econômicos envolvidos e o montante de recursos financeiros circulantes no triângulo institucional formado pelos governos, as empresas de consultoria e as empreiteiras responsáveis pelas obras. Mesmo internamente na UNASUL há diferentes projetos de hegemonia política e ideológica em disputa, como entre os governos brasileiro e venezuelano, entrelaçados com interesses empresariais, com reatamento na definição das prioridades e o controle da estratégia de integração das infraestruturas. Quem decide o que e como? Qual projeto deve ser priorizado? Quem financia o quê? Que empresa ou consórcio fica com qual pedaço da carteira de projetos? Qual obra deve receber financiamento público? Que benefícios o setor privado vai obter com determinada obra e, após a sua conclusão, com sua entrada em funcionamento? Quem assume as mitigações e compensações relacionadas com os impactos sociais e ambientais gerados? Esses são, entre outros, assuntos rotineiros nesse meio” (VERDUM, 2015).



socioambientais, os quais são analisados de forma individual, sem haver a noção de que todas as problemáticas e conflitos decorrem de um único projeto de desenvolvimento econômico.

Tem-se como exemplo de tal constatação, os diversos conflitos advindos de populações indígenas que são contrárias a construção de uma estrada que atravessaria o Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS)<sup>39</sup> na Bolívia, e os inúmeros conflitos advindos de ribeirinhos, indígenas e populações tradicionais cuja sobrevivência se dá através do Rio Xingú e de seus arredores, que estão sendo devastados pela construção da Usina Belo Monte, no Brasil.

Ainda que, de acordo com tais fatos, os interesses econômicos sobrepostos originem conflitos e demandas que, na verdade, pertencem à seara global, não sendo necessariamente da competência de tribunais internacionais – tendo em vista que decorrem de interesses econômicos disseminados pela globalização e que desconsideram as fronteiras territoriais – tais conflitos permanecem apartados e desconexos de sua origem, de forma que quando conhecidos pelo Judiciário são analisados de forma compartimentada, fato que influencia diretamente a decisão a ser tomada.

O sistema hegemônico traduz em mercadorias todas as relações de modo a inseri-las numa lógica que visa lucro. Na Amazônia, isso pode representar políticas que excluem pensamentos deslocados da reprodução dessa visão. As realidades amazônicas são constantemente atravessadas por políticas públicas de enfoque desenvolvimentista, onde enormes obras de infraestrutura impactam gravemente os ecossistemas, incluso aqui, socialidades humanas e não humanas. Nesse sentido, a integração ao mercado global estipula modos de vida que não se adequam e precisam ser extirpados.

Em relação à Amazônia, a institucionalidade é particularmente conservadora, tradicional, atrasada frente aos desafios dos novos tempos, porque assentada

---

<sup>39</sup> Contudo, o atual projeto de integração regional da IIRSA tem sido marcado por um ordenamento territorial que concebe grandes áreas do espaço geográfico sul-americano como sendo “vazios demográficos”. Essa concepção oculta o fato de que muitas dessas áreas não apenas são ricas em biodiversidade como também são ocupadas tradicionalmente por populações socioculturalmente diversas. Nesse sentido, tem sido dominante uma visão onde a natureza, com seus complexos biomas e domínios morfoclimáticos, é compreendida como simples obstáculo a ser superado pela engenharia e, ainda, onde povos e comunidades as mais diversas tem seus territórios e suas vidas concebidas como sendo prescindíveis. Não por acaso, a expropriação de muitas populações de suas terras, bem como a ocorrência de inúmeros conflitos territoriais, tem sido recorrente na execução dos empreendimentos de integração de infraestrutura regional ora em curso. O conflito envolvendo populações indígenas contrárias a construção de uma estrada que atravessaria o Território Indígena e Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS) para ligar a cidade de San Ignacio de Moxos à cidade de Vila Tunari, na Bolívia, foi um evento revelador das tensões produzidas por essa concepção de desenvolvimento dominante. No TIPNIS vivem diferentes etnias indígenas que, apreensivas com os impactos socioambientais que seriam gerados pela construção de uma estrada atravessando a reserva, organizaram forte onda de protestos contra sua implementação (QUENTAL, 2013, p. 02).



sobre uma razão técnica, incapaz de lidar conceitual e operacionalmente com o “valor” da diversidade para um desenvolvimento duradouro na Região, desaparelhada para tratar com os atores capazes de gerir diversidade e com as manifestações e resultados locais dessas capacidades. Ademais, o conservadorismo tecnocrático tem estatuto político: alimenta-se, é recompensado e arregimenta poder corroborando com o *status quo*, com a confirmação das visões que mantêm as formas temerárias e iníquas de desenvolvimento. (COSTA, 2016, p. 51)

O Estado tem papel central nessas disputas, e funciona de maneira a direcionar seu aparato institucional para garantir e facilitar o alinhamento às necessidades do capital global. Não obstante, a inserção nessa dinâmica postula o lugar da região amazônica como fornecedor de matéria-prima e vem acompanhada de dependência e do acatar direcionamentos das instituições privadas que financiam tais projetos. Outrossim, a homogeneização e segurança requerida pela globalização restringe a seara para criatividade política, impondo soluções que garantam o lucro.

Historicamente a função política geral do Estado consiste em dispersar as contradições sociais e as lutas que elas suscitam de modo a mantê-las em níveis tensionais funcionalmente compatíveis com os limites estruturais impostos pelo processo de acumulação e pelas relações sociais de produção que ele tem lugar (SANTOS, 1983, p. 141)

A Institucionalidade chega para apaziguar e deslocar lutas sociais, de modo que “o descolamento da política para o jurídico é interessante para o sistema” (GAIO, 2015, p.291). Nesse sentido,

a paz e harmonia deveria provir de um processo de despolitização dos conflitos através de táticas de negociação direta capazes de prover “ganhos mútuos”. Vale notar que tais iniciativas coincidem com a crescente especialização “globalista” de países periféricos na exportação de recursos naturais e com uma certa revalorização, observada em certos setores de organismos multilaterais – como o Banco Mundial-, de experiências ditas “bem-sucedidas de alguns países latino-americanos, cujo desenvolvimento foi sustentado precisamente pelas exportações de produtos baseados nas suas riquezas naturais” (ASCERALD, 2004, p. 10)

Sob esse *prima*, após verificar-se que o capitalismo global através dos interesses econômicos preponderantes influencia diretamente as decisões judiciais que decorrem do fenômeno da politização do Judiciário e que, existem casos palpáveis de conflitos e demandas originadas justamente por meio do capitalismo global, mas que são analisadas de forma individual, analisar-se-á então o caso da Usina Belo Monte: em que os interesses econômicos são preponderantes; os conflitos são analisados individualmente; restando verificar *in casu* o posicionamento do Poder Judiciário para então confrontá-lo com as argumentações do primeiro capítulo.



### **3 O CAPITALISMO GLOBAL REFLETIDO EM DECISÕES JUDICIAIS: O projeto de conexão IIRSA e a Usina Hidrelétrica Belo Monte**

Dentre os diversos projetos que fazem parte dos eixos de integração originários do projeto de conexão IIRSA, a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte representa um dos projetos inseridos no Eixo do Amazonas, a qual possui investimento parcial da IIRSA (IIRSA, 2015). Nesse diapasão, é de conhecimento notório os diversos conflitos socioambientais e as inúmeras demandas judiciais existentes em virtude de irregularidades de gravidade imensurável – no que tange a devastação em massa da sociobiodiversidade, assim como a infringência de normas legais e administrativas - as quais vem sendo cometidas visando exclusivamente o prosseguimento dessa grande obra.

O fato de parte do financiamento da Usina Belo Monte ser de origem de um projeto de integração física do continente que visa sua exploração em massa como a IIRSA, assim como o cometimento de diversas irregularidades para a concretização de uma obra que não traz qualquer benefício socioeconômico para a região, revela a existência de grandes interesses econômicos de origem transnacional que existem em Belo Monte. O Procurador da República no Pará, Felício Pontes, ao tratar do assunto refere que:

O que ninguém entendia era o porquê de tanta falta de transparência no trato da questão. O que Belo Monte tem que não pode ser debatido publicamente? Será que os cientistas têm razão e o custo de Belo Monte será próximo ao de Itaipu com uma geração de energia de menos de 1/4 desta? Seria verdade que apenas a troca das turbinas de 67 antigas hidrelétricas produzirá a energia equivalente a 2,5 Belos Montes, a um custo cinco vezes menor sem necessidade de nenhuma barragem? E que apenas a troca das longínquas linhas de transmissão produzirá a energia equivalente a dois Belos Montes? Será verdade que apenas 1,5% da toda a energia elétrica produzida no Brasil vem de fonte solar e eólica, enquanto que nos Estados Unidos esse percentual é de 11,37%? (PONTES, 2015).

As reflexões trazidas na fala acima vislumbram a falta de transparência e verticalidade com que o tema é tratado na região. Observa-se que sequer as autoridades que possuem conhecimento amplo acerca do caso, e que investigam as irregularidades inseridas na obra de Belo Monte, conseguem vislumbrar algum benefício social advindo desse investimento.

Os grandes projetos como obras de infraestrutura ou usinas hidrelétricas além de requererem investimentos grandiosos, deixam rastros de destruição de áreas ricas em biodiversidade, afetando comunidades que dela dependem, sem nem haver a sua necessidade comprovada. Outrossim, o discurso de desenvolvimento se impõe como forma de priorizar projetos que guardam menos relação com as necessidades da população local e projetam ali demandas internacionais.



Altamira foi outrora alvo de grandes obras de infraestrutura com a construção da rodovia Transamazônica, e, com a UHE de Belo Monte, novamente chegaram promessas de progresso e crescimento econômico da região, com geração de emprego e renda, as quais não se concretizaram. Em vez disso, os impactos de aquecimento da economia foram temporários e transitórios e não deixaram efeitos positivos na região, mas sim o aumento do custo de vida, inclusive, da energia elétrica para a população, problemas de acesso aos serviços de saúde, água e saneamento, bem como diminuição da produção de alimentos e pesca da qual a região sobrevivia, além de impor o deslocamento forçado de pessoas que viviam às margens do rio Xingu e Altamira.

A população de ribeirinhos citadinos e ilhas inundadas pelo reservatório, diferentemente dos povos indígenas, que tiveram até certo ponto seus direitos específicos reconhecidos, não foram considerados como grupos afetados e em situação de risco e vulnerabilidade, por não serem reconhecidos como comunidade tradicional, nem haver dispositivo legal específico no ordenamento.

A problemática no referido caso desconsidera os direitos das populações envolvidas e suas formas de ocupação e modos de vida. O valor dado ao rio, indissociável das suas práticas usuais diárias, perdeu espaço frente a globalização, que de modo geral invisibiliza outros modos de viver que não sejam compatíveis com o hegemônico.

Diante de tais contradições, buscando-se analisar a posição do Poder Judiciário no que tange as diversas irregularidades existentes no caso Belo Monte, verifica-se que das dezessete Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal até o ano de 2013<sup>40</sup>, somente a Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000.711-8 obteve julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª. Região.

Todas as demais ações ou foram extintas sem julgamento de mérito, ou foram julgadas improcedentes pelo juízo de 1º. Grau e encontram-se pendentes de análise dos recursos interpostos. Em decorrência do número expressivo de ações em tramitação, assim como da delimitação necessária para a presente pesquisa optou-se por analisar as decisões relativas a Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8, proferidas pelo Tribunal Regional da 1ª. Região em sede de 1º grau e 2º grau, e pelo Supremo Tribunal Federal. Primeiramente, cabe salientar que a referida Ação Civil Pública foi proposta em virtude da inexistência de consulta prévia às populações locais para o início das obras concernentes à Usina Hidrelétrica de Belo Monte, contrariando as Convenções Internacionais 107 e 169 da OIT, de forma que o Ministério Público Federal pugnava naquela oportunidade pela paralisação do processo de licenciamento da obra, pelo IBAMA.

<sup>40</sup> A presente investigação tem como escopo dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal sobre o caso, os quais foram divulgados até o ano de 2013.



No juízo de 1º grau houve o deferimento de medida liminar, confirmada em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O Supremo Tribunal Federal, através da então Ministra Ellen Gracie proferiu a Suspensão Liminar nº. 125, em que é suspensa a execução do acórdão proferido em sede de 2º grau, com fundamento no artigo 4º da Lei nº. 8.437/92<sup>41</sup>.

Na sentença proferida em sede de 1º grau, antes da exposição da fundamentação jurídica o magistrado antecipa sua posição socioeconômica acerca do empreendimento, antecipando os motivos pelo qual a ação seria improcedente<sup>42</sup>. Verifica-se que a peculiar

<sup>41</sup> Suspensão de Liminar nº. 125. Agravo de Instrumento nº 2006.00.017736-8/PA. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19139818%2Fsuspensao-de-liminar-sl-125-pa-stf&ei=o0uoVYe\\_KYSbwASvLYDICA&usg=AFQjCNH-ngmsrhABDl6Vgfzmmo7ad3miSg&bvm=bv.97949915,d.Y2I](http://3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19139818%2Fsuspensao-de-liminar-sl-125-pa-stf&ei=o0uoVYe_KYSbwASvLYDICA&usg=AFQjCNH-ngmsrhABDl6Vgfzmmo7ad3miSg&bvm=bv.97949915,d.Y2I) – Acesso em 14 de julho de 2015.

<sup>42</sup> 38. Conforme mencionei na decisão de fls. 298/334, a questão em exame é de suma relevância e transcende as margens do Rio Xingu, na região na qual é projetado o futuro empreendimento energético em tela.

39. De fato, o tema rompe as fronteiras não só deste Município, mas também do Estado do Pará, revelando-se, em verdade, questão de interesse nacional. É discussão que certamente influenciará os anos vindouros do cotidiano nacional.

40. Basta olhar o mapa do Rio Xingu para verificar que, o só fato de o mesmo cortar mais de um Estado já é suficiente para se admitir que não se trata de uma questão meramente local.

41. Assentada a importância do tema, o que se tentará aqui é sintetizar, em um viés judicial, o que seria de fato legítimo prestigiar no aparente conflito entre o interesse ambiental/indígena levantado pelo MPF e o interesse da população do país, que, certamente, está ávida pelo fornecimento de mais energia a custo relativamente baixo. A análise deve ser feita com a necessária aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação de interesses.

42. Tendo em vista a relevante peleja, não pode este julgador furtar-se a tecer algumas considerações iniciais sobre o tema, notadamente quanto ao contexto vivenciado no presente momento. Inevitáveis se tornam, pois, algumas ponderações. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA 10/63 Belo Monte - ação civil pública - sentença-2007.doc (3-491/3-480) PCTT: 96.000.02

43. Não há como fechar os olhos para a questão. A demanda energética é um fato. Por isso é que a demora na conclusão sobre a viabilidade do projeto UHE Belo Monte apenas trará prejuízos estratégicos e financeiros ao país e aos milhões de consumidores, que certamente terão que arcar com os elevados custos das soluções provisórias que, de fato, são, em sua maioria, bem mais poluentes que a energia renovável obtida através de uma usina hidroelétrica.

44. Não está aqui se afirmando que Belo Monte seria a panaceia para todos os males. Porém, forçoso é admitir-se que tal empreendimento reveste-se da mais alta importância no que tange à planta energética nacional. Isso, é claro, se constatada a viabilidade técnica/econômica/ambiental do projeto, nos moldes das condicionantes expressamente previstas no Decreto Legislativo nº. 788/2005, do Congresso Nacional.

45. Atente-se, ainda, que a dependência nacional de fontes energéticas externas é questão delicada. Senão vejamos o claro e atual exemplo, vivenciado em passado recente, em relação ao gás produzido na Bolívia. Tais fatos expõem a fragilidade a que o país estará submetido se continuar cultivando a dependência externa em matéria energética.

46. De outro lado, a relevância da questão energética é uma preocupação mundial, merecendo ser mencionada a recente visita do Presidente dos Estados Unidos da América, Jorge W. Bush, a nosso país, para tratar exclusivamente do álcool, uma fonte de energia menos poluente que o petróleo, combustível fóssil este que é largamente utilizado em usinas termoeletricas.

47. Trago à baila, ainda, que a questão energética foi objeto de especial atenção no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado pelo Governo Federal em 22.01.2007.



manifestação do magistrado no corpo da sentença, possui apego tão somente a questões de ordem política, descritas conforme seu posicionamento individual, questões estas que de forma antecipada são capazes de embasar a total improcedência da ação, conforme referido pelo magistrado. Em sede de 2º grau a sentença foi mantida e aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Apesar da morosidade do Judiciário no julgamento de tais demandas, as quais tramitam desde o ano de 2006, sem obter sucesso quanto as finalidades almejadas – as quais podem ser resumidamente descritas como a garantia de direitos das comunidades locais, a não ocorrência de degradação ambiental em larga escala e a regularização formal da efetuação da obra –, tem-se que no atual sistema judiciário conjugado com as imposições decorrentes do mercado global, a prevalência dos interesses econômicos nas decisões judiciais politizadas que virão a respeito das obras de Belo Monte, é realidade que se impõe.

A readequação dos objetivos do Estado e a não prevalência do capitalismo global, são capazes de reconfigurar as decisões judiciais, o que poderá ocorrer através da incorporação de uma racionalidade emancipatória que seja capaz de difundir o pensamento crítico na sociedade, a fim de que se vislumbre a necessidade de se privilegiar o desenvolvimento sociocultural e socioambiental, em detrimento do desenvolvimento econômico: expressões que na prática são contrárias e muitas vezes excludentes.

## CONCLUSÃO

A pesquisa que aqui se delineia possui o condão de evidenciar os paradigmas estruturantes da fundamentação de decisões judiciais que deixam de prestigiar as reais necessidades socioculturais ou socioambientais da população em prol do processo de globalização e a insurgência das questões provenientes de interesses econômicos, conforme se verificou no caso analisado.

É fato que não só o projeto de conexão IIRSA, mas toda e qualquer iniciativa econômico-global dessa dimensão, é capaz de tornar irrelevante os reais paradigmas de desenvolvimento que precisam ser implementados. As decisões judiciais estão eivadas de caracteres mercadológicos que visam atender as necessidades emergentes de transnacionais e países desenvolvidos, em decorrência da pressão e outorga da responsabilidade de decidir

---

48. Nesse turno, a previsão de investimento consolidado em infra-estrutura energética de 2007 a 2010 é assim disposta: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA 11/63 Belo Monte - ação civil pública - sentença-2007.doc (3-491/3-480) PCTT: 96.000.02

49. Sinteticamente, é neste contexto que analiso a vexata questio. Sem mais delongas, sob o ângulo jurídico, passo a demonstrar as razões pelas quais estou convencido da improcedência integral dos pedidos de mérito formulados pelo autor (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2007).



questões de cunho eminentemente político, a fim de garantir a segurança, estabilidade e homogeneidade que o capitalismo global requer.

Assegurado destarte o desvelar dos reais interesses e intenções, é preciso questionar além da forma e do discurso anunciado, pois as repetidas investidas na região, nos querem e nos podem revelar um passado que se repete e se transmuta em novos fluxos de poder e recolonização.

Diante desse cenário, buscando responder a problemática que induziu a presente pesquisa, tem-se que o capitalismo global (aqui representado pelo projeto de conexão IIRSA) não só pode, como é fator preponderante e que enseja a politização das decisões judiciais, as quais possuem o condão de sobrepor os interesses econômicos em detrimentos de toda e qualquer questão sociocultural e socioambiental (aqui representadas pelos desmandos advindos das obras de Belo Monte), as quais restaram evidenciadas de forma fundamentada pelos argumentos exarados no segundo capítulo, assim como pela fundamentação da decisão judicial do processo nº. 2006.39.03.000.711-8 antes referida.

Por fim, é possível trazer a epígrafe do presente artigo, em que a racionalidade emancipatória enquanto condição para a difusão do pensamento crítico, não consiste em solução a ser incorporada tão somente pela sociedade, mas sim pelos magistrados enquanto cidadãos aptos a considerar a realidade sociocultural e socioambiental de determinada região, e responsáveis imediatos pelas diretivas a ser efetivadas nesse contexto, principalmente no que diz respeito ao caso Belo Monte.

## REFERÊNCIAS

- ACSERALD, Henri (org.) Conflitos ambientais no Brasil, Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANCLINI, Nestor Garcia. Consumidores e Cidadãos: Conflitos Multiculturais da Globalização. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989
- CANCLINI, Nestor Garcia. Consumidores e Cidadãos: Conflitos Multiculturais da Globalização. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999
- COSTA, F. Teorias do desenvolvimento e estratégias do desenvolvimento sustentável –apontamentos. Revista Terceira Margem Amazônia- v.2 n7 jan/dez.2016
- FEDERAL, Supremo Tribunal. Suspensão de Liminar nº. 125. Agravo de Instrumento nº 2006.00.017736-8/PA. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19139818%2Fsuspensao-de-liminar-sl-125-pa-stf&ei=o0uoVYe\\_KYSbwASvLYDICA&usg=AFQjCNH-ngmsrhABDI6Vgfm7ad3miSg&bvm=bv.97949915,d.Y2I](http://3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19139818%2Fsuspensao-de-liminar-sl-125-pa-stf&ei=o0uoVYe_KYSbwASvLYDICA&usg=AFQjCNH-ngmsrhABDI6Vgfm7ad3miSg&bvm=bv.97949915,d.Y2I) – Acesso em 14 de julho de 2015
- FERNANDES, Standley Botti. Atuação da Defensoria Pública da União na Amazônia Legal em conflitos de natureza



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

coletiva – período de 2004 à 2010. Belém, 2011. 152 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política – PPGCP, Universidade Federal do Pará. Disponível em:

<<http://www.ppgcp.ifch.ufpa.br/arquivos/dissertacoes/STANLEY%20BOTTI%20FERNANDES,%202016.11.2011.pdf>> – Acesso em 10 de jul. de 2015

GAIO, D. O fetiche da lei e a reforma urbana no Brasil. In: COSTA, G. M.; COSTA, H. S. M.; MONTE-MOR, R. L. M. (org.). *Teorias e práticas urbanas: condições para a sociedade urbana*. Belo Horizonte: C/Arte, 2015. p. 283-296.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DESARROLLO, La cartera de proyectos IIRSA 2010 por eje de integración e. Disponível em: [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/lb10\\_seccion\\_iv\\_eje\\_amazonas.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/lb10_seccion_iv_eje_amazonas.pdf) - Acesso em 10 de julho de 2015.

PADULA, Raphael. Infraestrutura, geopolítica e desenvolvimento na integração sul-americana – uma visão crítica à IIRSA. Laboratório de Estudos da América Latina. Disponível em: <http://leal-ufrrj.blogspot.com.br/2011/04/artigo-infraestrutura-geopolitica-e.html> - Acesso em: 21 de junho de 2015

PONTES, Felício. Belo Monte de Violências (VII). Disponível em: <http://belomontedeviolencias.blogspot.com.br/search/label/hist%C3%B3rico%20judicial> – Acesso em 14 de julho de 2015.

QUENTAL, Pedro de Araujo. Dilemas da integração regional na América do Sul: a lógica territorial da IIRSA e suas implicações socioespaciais. Conselho Latino-americano de Ciências Sociais. Disponível em: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20131013100118/Quental\\_trabalho\\_final.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20131013100118/Quental_trabalho_final.pdf) - Acesso em 22 de junho de 2015.

REGIÃO, Tribunal Regional Federal da 1ª. Sentença. Processo nº. 2006.39.03.000711-8. Justiça Federal de 1ª Instância - Seção Judiciária do Estado do Pará - Subseção Judiciária de Altamira Vara Única. Disponível em: [http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/Belo%20Monte%20-%20acao%20civil%20publica%20consulta%20previa%20-%20sentenca-2007.pdf/at\\_download/file](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/Belo%20Monte%20-%20acao%20civil%20publica%20consulta%20previa%20-%20sentenca-2007.pdf/at_download/file) - Acesso em 14 de julho de 2015

SANTOS, Boaventura de Souza. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. Direito e avesso – Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, n. 3, p. 139 – 163, jan- jul 1983.

ZIBECHI, Raúl. IIRSA: la integración a medida de los mercados. In: Revista Ecología Política. Disponível em: <http://www.ecologiapolitica.info/ep/31.pdf> - Acesso em: 20 de junho de 2015, p. 20-21.



# APROPRIAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA NATUREZA: A RACIONALIDADE ANTROPOCÊNTRICA DA MODERNIDADE À GLOBALIZAÇÃO E AS ATUAIS AMEAÇAS À SOCIOBIODIVERSIDADE

Francieli Iung Izolani<sup>43</sup>  
Larissa Melez Ruviaro<sup>44</sup>  
Leura Dalla Riva<sup>45</sup>

## RESUMO

Este artigo questiona em que medida a lógica antropocêntrica afetou a relação homem-natureza desde a modernidade e está atingindo a sociobiodiversidade na era da globalização. A título de objetivo, pretendeu verificar como a imposição da mentalidade predatória do sistema capitalista desenvolvida na modernidade afeta o equilíbrio ambiental atualmente. A partir de uma abordagem dedutiva e por meio de uma pesquisa bibliográfica, aborda, primeiramente, o pensamento antropocêntrico que serviu de justificativa para exploração e colonização de novos espaços durante a modernidade, bem como apropriação histórica dos recursos naturais dos territórios colonizados a partir de um diálogo com Boaventura de Sousa Santos e Enrique Dussel. Em seguida, contextualiza a mercantilização dos recursos naturais pelo modo de produção capitalista e a objetificação do mundo na era da globalização e do neoliberalismo. Por fim, apresenta as ameaças à biodiversidade como fatores que, ligados aos impactos ambientais ocasionados pelo aquecimento global, comprometem a viabilidade de um futuro sustentável para os seres humanos e o resto do planeta. Conclui que os atuais problemas ambientais encontram íntima conexão com a lógica antropocêntrica que guiou a relação das sociedades humanas com a natureza desde a modernidade e o desenvolvimento do capitalismo.

**Palavras-chave:** Antropocentrismo; modernidade; pensamento abissal; sociobiodiversidade.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>43</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Pesquisadora Capes. franizolani@hotmail.com.

<sup>44</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Advogada. larissa\_ruviaro@hotmail.com.

<sup>45</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Advogada. leura-d@hotmail.com.



A concepção que as sociedades humanas adotam em relação à natureza determina o modo de produção dessas sociedades, bem como os efeitos deste sobre o meio ambiente. Na atualidade, a humanidade enfrenta uma crise ambiental que se torna mais grave e irremediável a cada dia, pois o modo de produção, consumo e descarte de resíduos consagrado pelo capitalismo globalizado parece não oferecer esperanças de um futuro sustentável e se impõe sobre as vivências alternativas como único modelo possível e aceito.

Assim, as práticas e políticas adotadas majoritariamente pelas comunidades humanas tem comprometido a sobrevivência das gerações futuras e de todo o planeta ao acelerar as mudanças climáticas com aquecimento do globo. Ao lado e relacionado a essas mudanças climáticas, encontra-se a chamada crise de biodiversidade, fenômeno caracterizado pelo desaparecimento da variedade de seres vivos em razão da contaminação geral, da degradação ou destruição de habitats por atividades como a homogeneização de cultivos. A variedade nas formas de relações harmônicas e equilibradas dos grupos humanos com a diversidade biológica, por sua vez, pode ser denominada sociobiodiversidade.

A partir desse contexto e por meio de um diálogo com autores como Boaventura de Sousa Santos, Enrique Dussel, Porto-Gonçalves, Vandana Shiva e Juliana Santilli, dentre outros, esta pesquisa questiona em que medida a lógica antropocêntrica afetou a relação homem-natureza desde a modernidade e está atingindo a sociobiodiversidade na era da globalização? Para responder ao problema proposto, adotou-se o trinômio da metodologia abordagem, procedimento e técnica. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, o procedimento de pesquisa bibliográfica e as técnicas de fichamentos e resumos.

A pesquisa foi estruturada em três capítulos. Primeiramente, pretendeu-se abordar o desenvolvimento do pensamento moderno e a consagração do antropocentrismo europeu que serviu como justificativa para colonização e exploração de novos territórios. A partir desse racionalismo etnocêntrico, pensamento abissal da modernidade, a cultura ocidental se desenvolveu afastando cada vez mais o homem da natureza.

Em seguida, abordou-se como o sistema de produção capitalista consagrou historicamente uma noção de desenvolvimento visto como sinônimo de exploração dos recursos naturais, refletindo o afastamento do homem e da natureza e acelerando as mudanças climáticas pelas atividades humanas. Esse sistema, que se globalizou e deu origem ao chamado neoliberalismo, atualmente, esconde uma realidade de injustiça ambiental, na qual não só os países periféricos sofrem com a exploração e apropriação dos recursos naturais, mas também ficam com os riscos e danos dos empreendimentos neles instalados.

Por fim, esta pesquisa apresenta como a sociobiodiversidade é afetada por toda lógica antropocêntrica e capitalista que se desenvolveu desde a modernidade até os dias atuais,



ressaltando alguns fatores de ameaça relevantes, com destaque para a produção de monoculturas (produtivas e no modo de pensar) e seus impactos no desequilíbrio ambiental.

## **1 RACIONALISMO ANTROPOCÊNTRICO E PENSAMENTO ABISSAL NA MODERNIDADE**

As diferentes formas como as sociedades humanas se organizam e, sobretudo, o modo de produção por elas adotado, afetam o meio natural no qual se instalam. Assim, a depender do modelo de sobrevivência e desenvolvimento que determinada cultura humana adota, os reflexos sobre o meio ambiente podem ser maiores ou menores.

Na cultura ocidental, por exemplo, desenvolveu-se ao longo dos séculos um sistema capitalista que se tornou globalizado e se baseia, atualmente, num modelo de produção e consumo desenfreados. Tendo em vista esse contexto, esta pesquisa questiona em que medida a lógica antropocêntrica afetou a relação homem-natureza desde a modernidade e está atingindo a biodiversidade na era da globalização?

A modernidade tem origem, de acordo com a interpretação clássica, num certo “lugar” e “tempo” que comumente são definidos como a Europa dos séculos XV a XVII, isto é, um movimento que coincidiu com o Renascimento, a Reforma Luterana e a Revolução científica do século XVII, os quais culminam na Revolução política burguesa inglesa, norte-americana ou francesa. Esta visão, para Dussel, deve ser refutada, pois apresenta uma construção histórica “iluminada” acerca da origem da modernidade a partir de um ponto de vista fechado, eurocêntrico e autocentrado, ideologizado a partir da centralidade do Norte da Europa desde o século XVIII, lógica que se impõe até os dias atuais. A resistência do autor se deve ao fato de que a Europa nunca foi o centro da história mundial até finais do século XVIII, passando a essa posição de destaque aproximadamente a partir da Revolução Industrial (DUSSEL, 2009, p. 284-285).

Essa construção retórica e equivocada acerca do surgimento da modernidade produz efeitos na mentalidade predominante dos dias atuais, marcando todo o desenvolvimento do pensamento moderno ocidental que, para Boaventura de Sousa Santos, é um “pensamento abissal”, pois se baseia em um sistema de distinções invisíveis e visíveis. Nesse sistema, as distinções invisíveis são estabelecidas através de linhas que dividem a realidade social em dois universos distintos e servem para fundamentar as distinções visíveis. Os dois universos criados pelo pensamento abissal seriam, para o autor, “o universo deste lado da linha” e “o universo do outro lado da linha” e a característica fundamental desse sistema é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha, aspecto que marcou a modernidade ocidental como “um paradigma fundado na tensão entre a regulação e a emancipação social”, distinção visível que fundamenta



todos os conflitos modernos e que é fundamentada pela distinção invisível entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais (SANTOS, B., 2009, p. 19-20).

Assim, o pensamento abissal moderno é marcado por sua capacidade de produzir e radicalizar distinções que se combinam para tornar invisível a linha abissal na qual estão fundadas. Destarte, “as distinções intensamente visíveis que estruturam a realidade social deste lado da linha [se baseiam] na invisibilidade das distinções entre este e o outro lado da linha”. Para exemplificar, Boaventura apresenta como manifestações do pensamento abissal o conhecimento e o direito modernos (SANTOS, B., 2009, p. 20).

No que diz respeito ao conhecimento, o pensamento abissal consiste na concessão à ciência moderna do monopólio da distinção universal entre o verdadeiro e o falso, em detrimento, especialmente, da filosofia e da teologia, tidas como conhecimentos alternativos. A visibilidade da ciência moderna se baseia na invisibilidade de formas de conhecimento como os populares, leigos, plebeus, camponeses, ou indígenas do outro lado da linha, os quais sequer são considerados como conhecimentos reais, mas meras “crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjetivos, que, na melhor das hipóteses, podem tornar-se objetos ou matéria-prima para a inquirição científica” (SANTOS, B., 2009, p. 21). É o cenário que se pode verificar na relação entre a Europa e o Oriente, o qual:

[...] é sempre propedêutico, infantil, dá os ‘primeiros passos’. O ‘mundo germânico’ (a Europa do ‘norte’) é o fim da história. [...] Parece que não sabe que a pólvora, o papel, a imprensa, a bússola e muitos outros descobrimentos técnicos já tinham sido inventados há séculos na China. [...] (DUSSEL, 2009, p. 286).

Quanto ao direito moderno, por sua vez, a distinção visível deste lado da linha entre o legal e o ilegal se baseia no direito oficial do Estado ou no direito internacional. Tal distinção entre legal/ilegal se baseia em uma linha abissal invisível que separa o que é considerado direito daquilo que se considera como não-direito (SANTOS, B., 2009, p. 22). Dessa forma:

Em cada um dos dois grandes domínios – a ciência e o direito – as divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido em que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. [...] Tudo o que não pudesse ser pensado em termos de verdadeiro ou falso, de legal ou ilegal, ocorria na zona colonial [...]. Na sua constituição moderna, o colonial representa, não o legal ou o ilegal, mas antes o sem lei [...] é o estado de natureza onde as instituições da sociedade civil não têm lugar [...] constitui o grau zero a partir do qual são construídas as modernas concepções de conhecimento e direito (SANTOS, B. 2009, p. 22-23).



Com base num olhar hegemônico a partir da metrópole, a modernidade ocidental, vendida como o abandono do estado de natureza (aquilo que ocorria na zona colonial, do outro lado da linha) rumo à sociedade civil (a metrópole civilizada deste lado da linha), significa, na verdade, a coexistência e separação de ambos por uma linha abissal que vê como não existente o outro lado da linha, ao ponto que “o presente que vai sendo criado do outro lado da linha é tornado invisível ao ser reconceitualizado como o passado irreversível deste lado da linha”. Isso ocorre porque a zona colonial é vista como espaço de crenças e comportamentos mágicos ou idolátricos que não são considerados como conhecimento, encontrando-se para além do que é verdadeiro ou falso, pois “a estranheza de tais práticas conduziu à própria negação da natureza humana dos seus agentes”. Essa negação pode ser evidenciada, por exemplo, na famosa discussão existente entre Bartolomé de las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda sobre a alma dos índios (SANTOS, B., 2009, p. 23-25), ou então pelo fato de que Descartes, “criador” do pensamento que “dominou” o Ocidente desde “o surgimento da modernidade”: “só pensa a partir da raça branca [...] do sexo masculino [...] europeu [...] não descreve nem se refere a um corpo colonial, de um índio, de um escravo africano ou de um asiático” (DUSSEL, 2009, p. 295).

Toda esta lógica moderna que se impôs parte da superioridade da própria cultura [europeia] sobre os demais povos, declarando como não-humana toda cultura diferente da própria. Assim, ao longo da história, os povos com culturas diversas foram denominados bárbaros ou incivilizados, argumento que serviu como justificativa para as dominações como, por exemplo, para a chamada “guerra justa” contra os indígenas (DUSSEL, 2009, p. 296-297).

Nesse sentido, o mundo e o pensamento moderno são marcados por linhas abissais invisíveis que dividem o que é humano do sub-humano, o que é civilizado do que é selvagem, de modo que os princípios de humanidade não são aplicados, pois a tensão entre regulação e emancipação existente “deste lado da linha” coexiste com a tensão entre apropriação e violência aplicada “do outro lado da linha”. Essa lógica de apropriação (que envolve incorporação, cooptação e assimilação) e violência (que gera destruição física, material, cultural e humana) reconhece apenas o direito das coisas, sejam elas humanas ou não, de modo que a exclusão está de tal modo estruturada que faz com que os seres sub-humanos sequer sejam considerados candidatos à inclusão social. Por esses motivos, Boaventura afirma que “a humanidade moderna não se concebe sem uma subumanidade moderna”, pois, tanto na atualidade quanto no período colonial, a negação de uma parte da humanidade é condição para que a outra parte da humanidade se afirme como universal (SANTOS, B. 2009, p. 25-27).

A lógica de exploração e apropriação aplicada ao “outro lado da linha” (que pode ser lido como o mundo periférico colonizado, Sul Global ou Terceiro Mundo) também se aplica, como se demonstrará no próximo capítulo, no que diz respeito aos recursos naturais historicamente



aproveitados por “este lado da linha” (visto como os países hegemônicos, imperialistas, colonizadores do Norte Global). Isso porque a colonização europeia sobre a América se baseou essencialmente na violência e no controle sobre os recursos biológicos do Sul que levou à acumulação e ao enriquecimento pelo Norte (SHIVA, 2003, p. 100). O processo de colonização teve como escopo, segundo Bifani (1999, p. 173), a exploração da colônia em benefício da metrópole, o que levou à ruptura da harmonia entre o sistema natural e o sistema social e, conseqüentemente, a alteração da relação homem-natureza, pois o homem passou a encarar os recursos naturais como objetos passíveis de exploração e apropriação.

## **2 MERCANTILIZAÇÃO DA NATUREZA NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO E DO NEOLIBERALISMO**

Toda sociedade adota uma forma de relação com o meio natural que pode ser observada através do modo de produção adotado. A cultura ocidental judaico-cristã, por exemplo, concebe o homem como superior ao resto do planeta, presumindo que este existe para uso e aproveitamento humano. Assim, o mundo que restou marcado por distinções entre humanos e sub-humanos também se fundamentou em uma visão etnocentrista e antropocêntrica que pautou a cultura ocidental durante toda a modernidade, por meio da qual o homem não era visto como parte da natureza, encontrando-se em oposição ou em uma posição superior a ela (BIFANI, 1999).

Ocorre que existem processos naturais e incessantes anteriores e independentes da existência humana por meio dos quais a natureza busca equilíbrio. Os recursos naturais são aquilo que existe independente da ação humana, por sua própria natureza. A raça humana, contudo, apropria-se desses recursos ao torná-los propriedade por meio da cultura e da política (PORTO-GONÇALVES, 2012).

A interferência humana no meio ambiente, orientada pela racionalidade desenvolvida durante a modernidade, ignora o pertencimento do homem à natureza e a temporalidade dos ciclos naturais, de modo que a pressão exercida pelas atividades humanas sobre o planeta coloca em risco a capacidade dos ecossistemas de responderem às necessidades das gerações futuras (KEMPF, 2012). Isso ocorre porque, no capitalismo, o fundamento da relação da sociedade com a natureza é essencialmente a separação radical entre seres humanos e natureza (PORTO-GONÇALVES, 2012).

O instituto da propriedade privada, por exemplo, cumpre então papel fundamental no capitalismo ao privar a maior parte dos seres humanos do acesso aos recursos naturais. Privar algo significa tornar um bem escasso e, portanto, dar-lhe valor econômico. A natureza transformada em propriedade



passa a ser mercantilizada, tornando-se objeto de compra e venda, de modo que “a separação homem e natureza não é somente uma questão de paradigma, embora o seja. Ela se inscreve no centro das relações sociais e de poder nas sociedades capitalistas” (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 288). O mundo passa então a ser objetificado e coisificado pela racionalidade científica e econômica e aniquila as possibilidades de um futuro sustentável (LEFF, 2004).

Essa mentalidade predatória vê os recursos naturais como algo ilimitado para o desfrute humano, argumento que justificou, como já restou demonstrado, a conquista de terras “selvagens”, sua colonização e exploração em busca do lucro e enriquecimento. Trata-se de uma “ideologia de progresso” ou do “mito da superabundância” – cuja origem remonta o próprio capitalismo – que mantém a apropriação e exploração da natureza nos mesmos moldes até a atualidade (JUNGES, 2004, p. 17).

Nesse sentido, Porto-Gonçalves (2006, p. 61-62) defende que “o desafio ambiental está no centro das contradições do mundo moderno-colonial. Afinal, a ideia de progresso e, sua versão mais atual, desenvolvimento é, rigorosamente, sinônimo de dominação da natureza”, dessa forma, ser desenvolvido é sinônimo de ser urbano e industrializado, afastado da natureza. Essa noção de desenvolvimento, a partir das décadas de 50 e 60, globalizou-se, o que ocorreu sob o patrocínio:

[...] de agentes que se afirmam em escala global, como as oligarquias financeiras e industriais com suas empresas sediadas no Primeiro Mundo, aliadas a importantes setores das burguesias nacionais desenvolvimentistas do Terceiro Mundo, das oligarquias latifundiárias (a revolução verde lhes foi uma benção), assim como dos gestores estatais civis e militares (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 64-65).

No final do século XX, as políticas passaram a ser moldadas pelo neoliberalismo e as corporações se tornaram a instituição dominante no mundo, pois este modelo de globalização se constituiu, de acordo com Vandana Shiva, na “ocupação dos espaços das pessoas pelas empresas com o apoio dos Estados” (SHIVA, 2005, p. 338). Tal quadro agravou alguns dos problemas mais prementes do mundo, como a pobreza, a guerra, a destruição do meio ambiente e as doenças, tendo em vista que o mundo passou a ser dominado por uma cultura de consumo exacerbado.

Hodiernamente, o capitalismo estaria incorporando até mesmo a dimensão cultural ao processo de produção e fazendo dela o motor da acumulação, de modo que a cultura também vem sendo colonizada pelo capital. Tal fato gera efeitos devastadores sobre a política, os movimentos de resistência e emancipação, pois o capitalismo global ameaça as próprias bases das sociedades através de uma instrumentalização cada vez mais intensa e acelerada que gera erosão cultural e biológica ao ponto que “a produção econômica passa a ser produção de destruição” (SANTOS, L., 2005).



Nesse modelo globalizado, separa-se quem produz de quem consome, a produção não se destina para o consumo dos produtores diretos e o lugar que produz não é necessariamente o lugar de destino do que foi produzido (PORTO-GONÇALVES, 2012).

Desta forma, os consumidores não têm contato com os impactos ocasionados na produção dos bens consumidos, o que reforça a noção de inesgotabilidade dos recursos naturais. Os desequilíbrios gerados no Terceiro Mundo são então consequências da imposição pelos sistemas dominantes da lógica etnocentrista de exploração e acumulação dos recursos naturais a curto prazo, racionalidade que não considera a dinâmica do sistema natural. Isso ocorre porque o modelo de consumo que baseia a produção no atendimento das demandas dos países desenvolvidos por meio da exploração de recursos dos países periféricos faz com que diminua, em razão da distância espacial, o contato direto entre o meio ambiente explorado e o grupo social que dele se beneficia, de modo que se perde a vivência da capacidade desse meio natural de responder às exigências do grupo humano que tende, como dito, a ver o fornecimento de recursos como algo inesgotável. O fornecimento de bens produzidos às custas do ecossistema dependente aparenta ser não só inesgotável e barato aos olhos do consumidor, mas também tende a estimular ainda mais o consumo e o desperdício (BIFANI, 1999, p. 182-184).

Além disso, ignora-se um elemento fundamental da cadeia de consumo: a destinação dos rejeitos (lixo). Em que pese estar difundida a noção de que todos os seres humanos estão igualmente sujeitos aos riscos ambientais da atualidade porque todos habitam o mesmo planeta, ignora-se o fato de que é sobre os mais pobres e os grupos étnicos mais vulneráveis que recai, de maneira desproporcional, a maior parte dos riscos ambientais socialmente produzidos, pois essa atribuição desigual dos riscos encontra espaço na relativa fraqueza política desses grupos que residem em áreas destinadas a instalações perigosas, já que não seriam capazes de realizar uma efetiva resistência à implementação de empreendimentos geradores de riscos e danos ambientais (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2008).

Nessa realidade marcada pela injustiça ambiental<sup>46</sup>, as atividades produtivas se desenvolvem em um determinado local enquanto a produção neste não permanece, gerando o empobrecimento de umas áreas em favor de outras. O livre-comércio oculta, assim, um intercâmbio desigual, pois os produtos exportados não incluem e sequer consideram os preços

---

<sup>46</sup> Justiça ambiental pode ser conceituada como “[...] a condição de existência social configurada através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes da operação de empreendimentos industriais, comerciais e municipais, da execução de política e programas federais, estaduais ou municipais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2008, p. 16).



dos danos ambientais produzidos local e globalmente (nos quais deve-se incluir a saúde humana), o que dá origem ao chamado *dumping* ecológico. Além disso, trocam-se produtos que a natureza demorou muito para produzir por outros de rápida fabricação (ALIER; JUSMET, 2001), desequilibrando os ciclos de recuperação do meio ambiente e reposição dos recursos utilizados.

Nota-se, destarte, que a globalização, ao contrário do discurso que se propaga, não produz uma sociedade global capaz de integrar democraticamente os Estados, as nações, as pessoas e grupos, mas “abraça contínuas agregações e desagregações, fusões e disjunções, tensões e conflitos que não mais permanecem circunscritos e localizados” (MELO, 2015, p. 144), o que ocorre também em virtude da desigualdade histórica de forças entre os atores globais. Milton Santos bem destaca que “para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades” (SANTOS, M., 2015, p. 19).

Dessa forma, o próprio conceito de “desenvolvimento” (tido como industrialização e maximização da produção e consumo ou sinônimo de exploração da natureza) imposto hegemonicamente seria uma perversidade porque parte da lógica moderna colonizadora, antropocêntrica e etnocêntrica, ignorando os ciclos naturais e as demais formas equilibradas de relação do homem com o meio ambiente existentes nos territórios colonizados e povos tradicionais. Os problemas ambientais da atualidade (dentre eles a perda da diversidade biológica) estão, portanto, profundamente conectados as atividades humanas desenvolvidas segundo a lógica de produção e consumo capitalista.

### **3 AMEAÇAS À SOCIOBIODIVERSIDADE NO SÉCULO XXI: MONOCULTURAS NA PRODUÇÃO E NO PENSAMENTO**

Como se demonstrou nos capítulos anteriores, a modernidade restou marcada pela distinção do mundo em dois “lados da linha”, um hegemônico e colonizador o outro periférico e colonizado pela imposição de uma lógica de exploração e apropriação do homem sobre os aqueles considerados sub-humanos e sobre a natureza. Trata-se de um pensamento antropocêntrico e etnocêntrico que vê o desenvolvimento como sinônimo de dominação da natureza. Nesse contexto, o presente artigo questiona em que medida essa lógica estaria atingindo o equilíbrio ambiental, com especial atenção no que diz respeito aos efeitos causados sobre a sociobiodiversidade.

Conforme Inoue (2007, p. 55), a diversidade biológica ou biodiversidade são expressões recentes, mas que possuem origens remotas, encontrando raiz na interação, para a biologia moderna, de áreas como a Taxonomia, a Genética, a Ecologia e a Biologia de Populações. Essa noção de



diversidade de vida na Terra diz respeito a espécies, genes e ecossistemas. Além disso, a biodiversidade consta como pauta na agenda global desde o final do século XX com o surgimento da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Citada convenção define biodiversidade, em seu artigo II, como “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas” (BRASIL, 2000, p. 11). A biodiversidade ou diversidade biológica, portanto, abrange não só a diversidade genética (diferenças genéticas dentro da mesma espécie), mas também ecológica (diferentes espécies dentro de um ecossistema), bem como diversidade de ecossistemas no globo. Importante ainda ressaltar que biodiversidade não se confunde ou se exaure como sinônimo de “recursos naturais” ou “vida selvagem” (INOUE, 2007, p. 57).

Trata-se de tema que ganhou destaque no final do século XX sobretudo em razão dos problemas ambientais ocasionados e detectados pelas sociedades humanas como frutos de seu “desenvolvimento”. Sendo assim, “a mudança ambiental global da atualidade refletida em mudanças hidrológicas, climatológicas e biológicas é diferente de períodos anteriores na medida em que ela tem origem humana”, tendo em vista que “as atividades humanas estão diminuindo a diversidade biológica na terra, nas águas doces e nos mares, em países em desenvolvimento, ou industrializados” (INOUE, 2007, p. 56).

Para Wilson (1997, p. 03), a diversidade biológica precisa ser tratada como um recurso global para que seja preservada, pois existiriam atualmente três fatores que dão urgência a essa matéria: a) o crescimento explosivo das populações humanas; b) as novas descobertas científicas para a diversidade biológica; e c) a perda da diversidade pela extinção causada pela destruição de habitats naturais.

Apesar de todos os benefícios produzidos aos humanos e demais seres vivos da Terra, a biodiversidade sofre, diariamente, com intensa e extensa exploração e redução, tanto dos ecossistemas, das espécies e de sua variabilidade genética. Quando a biodiversidade de uma área é destruída, há um lapso de tempo antes que sua falta seja percebida [...]. Em geral, a geração que destrói não sofre com os impactos pela destruição da biodiversidade, por isso a percepção momentânea de que sua destruição é economicamente lucrativa (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013, p. 197-198).

Dentre as atuais ameaças à biodiversidade, a CDB elenca: a) a perda de habitats provocada pela mudança de uso do solo, sobretudo em áreas de cultivo agrícola; b) o uso insustentável dos ecossistemas e sobre-exploração da biodiversidade, marcados pelo desperdício e consumo exacerbados; c) as mudanças climáticas mais ameaçadoras que afetam as cadeias



alimentares, a fenologia das plantas e, consequentemente, os ritmos biológicos dos animais; d) o deslocamento de plantas e animais para outras regiões, o que pode causar danos às espécies nativas; e) a acumulação da poluição por fósforo ou nitrogênio oriundos da lixiviação das áreas agrícolas, esgotos e efluentes industriais que geram a proliferação de algas em ambientes aquáticos, produzindo componentes tóxicos que consomem o oxigênio da água, levando ao surgimento de “zonas mortas” em rios, lagos ou mares (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013, p. 198).

Subjacente a citados fatores, o sistema de produção insustentável adotado explora os recursos naturais até a exaustão, bem como estimula o consumo, gerando ainda mais resíduos poluentes, sobretudo por meio de intensas propagandas e da obsolescência programada (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013, p. 199). Assim, todas essas ameaças citadas se mostram essencialmente marcadas pela lógica de exploração/apropriação que guiou as relações da humanidade ocidental com a natureza até a atualidade.

Nesse contexto, Vandana Shiva (2003, p. 100) ressalta que, em que pese a violência física não ser mais o (único) método na lógica de apropriação e exploração, o controle da biodiversidade do Terceiro Mundo agora segue a lógica do lucro nas relações Norte-Sul, o que pode ser evidenciado, por exemplo, pela introdução das monoculturas durante a Revolução Verde. Nesse sentido:

Apesar de a contribuição incomensurável que a biodiversidade do Terceiro Mundo tem feito para a riqueza dos países industrializados, as grandes empresas, governos e órgãos de assistência do Norte continuam criando estruturas legais e políticas para fazer o Terceiro Mundo pagar por aquilo que deu originalmente. As novas tendências do comércio e da tecnologia globais trabalham inerentemente contra a justiça e a sustentabilidade ecológica. Ameaçam criar uma nova era de bioimperialismo, baseado no empobrecimento biológico do Terceiro Mundo e da biosfera (SHIVA, 2003, p. 103-104).

Essa exploração dos recursos naturais pelo atual bioimperialismo leva então ao que Vandana Shiva nomeia como “crise de biodiversidade” que não se resume no desaparecimento de espécies porque tem o potencial de criar dólares para as grandes empresas, servindo de matéria prima industrial, mas ameaça os sistemas de sustentação da vida e o sustento de milhões de pessoas nos países do Terceiro Mundo. Ainda segundo a autora, as principais causas da destruição da biodiversidade seriam: a) os projetos de desenvolvimento em áreas florestais; e b) substituição da biodiversidade por monoculturas (SHIVA, 2003, p. 85).

Em especial no que diz respeito a homogeneização de cultivos, Paolo Bifani ressalta que, cedo ou tarde, tal prática afetará o ciclo natural do ecossistema, cujas modificações e eventual colapso terão efeitos importantes sobre o sistema social local. Além de gerar uma progressiva



diminuição da diversidade do sistema natural, a homogeneização diminui a capacidade do ecossistema para manter a população e sua capacidade de adaptação, de modo que o ecossistema se torna mais instável e vulnerável aos imprevistos. Torna também o sistema socioeconômico ainda mais dependente política, econômica e socialmente, já que “passado o auge dos mercados mundiais, os benefícios econômicos se mostram insuficientes e efêmeros para enfrentar os requerimentos do desenvolvimento” (BIFANI, 1999, p. 172-173). Nesse contexto, o desenvolvimento visto como melhoria do ponto de vista dos países hegemônicos e das grandes empresas costuma ser uma perda para os países periféricos, principalmente para os países mais pobres (SANTOS, L. 2005).

A perda da biodiversidade agrícola, para Santilli (2009, p. 70-74), é causada sobretudo pela substituição das variedades locais e tradicionais e sua ampla variabilidade genética, pelas variedades “modernas”, chamadas “de alto rendimento”, mas que possuem uma estreita base genética. Além de substituir as alternativas, as monoculturas destroem sua base porque não toleram outros sistemas e não são capazes de se reproduzir de modo sustentável. Essa uniformidade na produção nada mais é que exigência da visão dominante que ignora os danos causados à biodiversidade pelos projetos de desenvolvimento em áreas florestais e pela homogeneização na silvicultura, agricultura e pesca e se concentra em causas secundárias como a pressão populacional (SHIVA, 2003, p. 68-104).

Consoante aponta Shiva (2003, p. 92-99), “a diversidade oferece a multiplicidade de interações que pode remediar desequilíbrios ecológicos de qualquer parte do sistema”. É a biodiversidade e a capacidade de plantas e animais se adaptarem às necessidades humanas e às condições adversas do meio natural que assegura a sobrevivência de diversos grupos humanos em áreas sujeitas a estresses ambientais (SANTILLI, 2009, p. 74). Comunidades que vivem em harmonia com seu ecossistema, protegem a biodiversidade. Quando as populações são desalojadas sua relação com a biodiversidade passa a ser antagônica o que aumenta a destruição da diversidade. O desalojamento de comunidades e a destruição da biodiversidade são, portanto, processos profundamente vinculados (SHIVA, 2003, p. 104).

Além de oferecer estabilidade ecológica, a diversidade também garante meios de vida de diversos grupos humanos, bem como proporciona a satisfação de múltiplas necessidades através de trocas recíprocas nas relações harmônicas entre homem e natureza. Antagonicamente, as monoculturas e os sistemas de produção homogêneos “desintegram a estrutura da comunidade, desalojam as pessoas das diversas ocupações e tornam a produção dependente de insumos externos e mercados externos”, o que gera, por outro lado, vulnerabilidade e instabilidade política e econômica, tendo em vista que “a base da produção é ecologicamente instável e os mercados de bens são economicamente instáveis” (SHIVA, 2003, p. 99). Ademais, “é o cultivo de espécies



diversas que protege os agricultores, em muitas circunstâncias, de uma perda total da lavoura [...]. Com as monoculturas, de estreitíssima base genética, ocorre o contrário: as pestes, doenças etc. atingem a única espécie cultivada e destroem completamente a lavoura”. (SANTILLI, 2009, p. 74).

Dessa forma, a sustentabilidade de determinadas práticas de produção está intimamente ligada à preservação da biodiversidade (SHIVA, 2003, p. 92). Nesse sentido, quando o modo de produção e vivência das comunidades humanas é desenvolvido de maneira sustentável por meio de uma relação de conexão, harmonia e equilíbrio entre homem e natureza, pode-se falar em uma “sociobiodiversidade”, isto é, o resultado da soma de natureza e sociedade (CAVALHEIRO, ARAÚJO, 2015).

As monoculturas na produção, bem como os diversos outros problemas que integram a crise ambiental vivenciada neste século XXI, encontram-se ligados a homogeneização do pensamento ou à “monocultura da mente” (SHIVA, 2005). Trata-se da mentalidade hegemônica moderna baseada nas distinções estabelecidas pelas “linhas abissais” de Boaventura que visualiza apenas o modo de produção capitalista como o possível, correto e produtivo, rechaçando as formas alternativas e sustentáveis de relação entre o homem e a natureza.

Os danos acarretados à diversidade biológica pelo agronegócio e pelos problemas ambientais gerados pelo aquecimento global refletem a exploração e uso do meio ambiente em busca do enriquecimento e do lucro, às custas do equilíbrio dos ecossistemas, fator que compromete o futuro não só da espécie humana, mas da vida no planeta de modo geral.

## CONCLUSÃO

A modernidade restou marcada pela colonização dos povos ocidentais de cultura ocidental judaico-cristã sobre o chamado “Novo Mundo” a partir de uma racionalidade desenvolvida pelos movimentos europeus que concebiam o homem como centro do universo, presumindo que o resto do planeta existia para seu uso e gozo. Dessa forma, o homem não era visto como parte da natureza, mas encontrava-se em oposição ou em uma posição superior a ela.

Paralelamente, a modernidade também se caracterizou pela distinção entre humanos e sub-humanos que, fundamentada na citada visão etnocentrista e antropocêntrica que pautou a cultura ocidental e nas “linhas abissais” que separavam o “mundo civilizado” do “mundo selvagem”, justificou a colonização e exploração de novas terras e os povos que nelas habitavam. Com o passar dos séculos e a criação do capitalismo, tal racionalidade se manteve, de modo que o fundamento do sistema continuou sendo o fato de que a relação da sociedade com a natureza é essencialmente marcada pela separação radical entre seres humanos e natureza.



Esse modo de produção orientado por uma racionalidade exploração e apropriação daquilo que é natural encara o desenvolvimento como sinônimo de industrialização, urbanização, afastamento do que se considera natureza e maximização da produção e do consumo, ignorando os ciclos naturais, a capacidade de recuperação dos ecossistemas e a disponibilidade de recursos naturais.

A partir desse contexto, o presente artigo questionou em que medida a lógica desenvolvida na modernidade estaria atingindo a sociobiodiversidade atualmente. Isso porque, ao lado dos problemas gerados pelas mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, o desaparecimento de espécies pode ser considerado uma das crises mais graves a serem enfrentadas a fim de se buscar um futuro sustentável, assim como o desaparecimento dos povos tradicionais que mantêm uma relação harmônica com o meio ambiente.

As ameaças à diversidade biológica apresentam íntima ligação com a imposição da lógica de exploração/apropriação da natureza pelo modo de produção capitalista. Dessa forma, a destruição da sociobiodiversidade decorre da uniformidade de cultivo e de pensamento que é insustentável e gera desestabilização ecológica. A sustentabilidade, portanto, não será alcançada enquanto não se altere tal lógica antropocêntrica, bem como o modo de produção e de consumo dotado pela maioria das comunidades humanas atualmente.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. **Economía Ecológica y Política Ambiental**. 2. ed. México: FCE, 2001.

CAVALHEIROS, Larissa Nunes; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. A sociobiodiversidade refletida no complexo contexto da multiculturalidade de saberes. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 121-139, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/404/442>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BIFANI, Paolo. **Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA), 1999.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_dpg/\\_arquivos/cdbport.pdf](https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf). Acesso em: 07 ago. 2019.

DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

INOUE, Cristina Yume Aoki. **Regime global de biodiversidade: O caso Mamirauá**. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.



Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

JUNGES, José Roque. **(Bio) ética ambiental**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

KEMPF, Hervé. **Crisis ecológica**: una cuestión de justicia. Santiago: Le Monde Diplomatique, 2012.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MELO, Milena Petters. Entre igualdade e diversidade: globalização, migrações, direitos humanos e relações interculturais. In: PRONER, Caroline; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de (Coord.). **Migrações**: Políticas e Direitos Humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTILI, Juliana. **Agrobiodiversidade e o direito dos agricultores**. São Paulo: Petrópolis, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o conhecimento tecnocientífico se torna predação high-tech: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Semear outras Soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 24. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2015.

SEVEGNANI, Lucia; SCHROEDER, Edson (Org.). **Biodiversidade catarinense**: características, potencialidades, ameaças. Blumenau: Edifurb, 2013.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Semear outras soluções**: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SHIVA, Vandana. **Monocultura da mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

WILSON, Edward Osborne. **Biodiversidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.



## TENSÕES ENTRE POLÍTICA E DIREITO: GARANTISMO E DEMOCRACIA RADICAL COMO INSTRUMENTOS DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Laís Gorski<sup>47</sup>

Jair da Silveira Cordeiro<sup>48</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda as tensões entre política e direito, buscando compreender qual a relação entre o constitucionalismo garantista e a democracia radical. Neste sentido, questiona-se como o constitucionalismo garantista e a democracia radical podem ser instrumentos de emancipação das categorias sociais subalternas e oprimidas na sociedade global contemporânea? A partir de análise bibliográfica é possível constatar que a democracia radical e o paradigma jurídico garantista são concepções teóricas capazes de orientar ações político-jurídicas no sentido de uma emancipação social das classes subalternas da sociedade globalizada, haja vista que, de um lado, a democracia radical permite a ampliação das práticas democráticas nos diversos âmbitos sociais, aumentando o empoderamento decisório de setores ou sujeitos excluídos; e, de outro, possibilitando que os direitos fundamentais sejam concretizados a todos os atores sociais a partir do constitucionalismo garantista, o que torna possível a ação estatal e jurisdicional conforme previsto nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Garantista; Democracia Radical; Emancipação Social.

### INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo é resultado de um processo histórico vivido por diferentes países no mundo ocidental. Durante o período medieval, o direito e a política eram normatizados pelas tradições e costumes das instituições sociais existentes. Após a Revolução

---

<sup>47</sup>Doutoranda e Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle. Especialista em Políticas Criminais e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora na Faculdade de Educação Superior do Paraná.

<sup>48</sup> Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle. Jurista, historiador e professor universitário.



Francesa, o direito e a política se entrelaçaram e a lei passa a ser a principal fonte do direito e o Estado, por sua vez, o único ente a ter o monopólio da produção legal. Mais tarde, pós Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, tal sistema jurídico político entra em crise e dá lugar à um sistema baseado no constitucionalismo democrático de direito, que se caracteriza por uma nova vinculação entre direitos e moral assentados nos preceitos democráticos e no respeito aos direitos humanos e fundamentais, que tem nos juízes e Tribunais os principais mediadores dos conflitos relativos a separação dos poderes, as regras democráticas e ao respeito aos direitos fundamentais.

O desenrolar histórico e as transformações decorrentes da globalização política, econômica e financeira traz à tona novos elementos que colocam em xeque o modelo mediador das relações entre a política e o direito: o Estado Social Democrático de Direito. A perda de legitimidade política dos partidos diante a incapacidade de representar os anseios dos novos atores e movimentos sociais, o enfraquecimento do Estado Nação, que se torna cada vez mais incapaz de resistir as influências e aos interesses dos países hegemônicos centrais e das empresas transnacionais, a submissão do mundo político aos interesses econômicos financeiros e o “decisionismo” e ativismo judicial mais acentuado sinalizam a necessidade de uma repactuação político- jurídico que seja capaz de reordenar o sistema constitucional democrático em prol da emancipação social de setores e grupos sociais excluídos da cidadania e da dignidade do capitalismo atual.

A proposta do presente artigo é abordar as tensões entre a política e o direito na contemporaneidade e compreender qual a relação entre o constitucionalismo garantista e a democracia radical no que se refere a emancipação social das categorias sociais subalternas e oprimidas na sociedade global contemporânea. A questão que orienta o estudo é como o constitucionalismo garantista e a democracia radical podem ser instrumentos de emancipação social das categorias sociais subalternas. A partir da revisão bibliográfica e da análise de algumas concepções de Santos (2002, 2016), Ferrajoli (2009, 2014), Moraes (1996), Costa (2010), Ugarte (2015) e Bobbio (1986) é possível constatar que a democracia radical e o constitucionalismo garantista são concepções teóricas que podem orientar ações políticas jurídicas que proporcionam a emancipação social dos setores sociais subalternos da sociedade global contemporânea, tendo em vista, que, ao ampliar as práticas democráticas nos diversos âmbitos sociais e aumentar o empoderamento decisório dos sujeitos excluídos, a democracia radical permite que os direitos fundamentais sejam concretizados a todos os atores sociais a partir do constitucionalismo garantista que torna possível a ação estatal e jurisdicional somente conforme previsto nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O trabalho aqui apresentado está dividido da seguinte forma: primeira, caracteriza-se numa perspectiva histórica destacando as intersecções entre Estado, democracia e constitucionalismo e as relações entre direito e política através da compreensão dos diferentes tipos de Estado de Direito e de constitucionalismo no mundo ocidental. Em seguida, analisa-se a influência do liberalismo político no



modelo de Estado Social Democrático de Direito salientando o caráter procedimental e formal deste modelo e após destaca-se os elementos essenciais do modelo de Estado vigente atualmente e suas contradições. Por fim, analisa-se como a democracia radical e o constitucionalismo garantista podem ser uma alternativa ao atual déficit democrático constitucional de modo a proporcionar a emancipação social de setores e grupos sociais excluídos da cidadania e da participação ativa nos processos decisórios coletivos.

## **1 INTERSECÇÕES ENTRE ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**

A conexão entre o direito e a política pode ser analisada sob diversos matizes. Neste tópico interessa compreender, em linhas gerais, que tipo de relação o Estado moderno estabelece com o direito e, consequentemente, qual o reflexo disso na sociedade.

Na modernidade, o direito pode ser entendido como o substrato que dá forma a um certo tipo de Estado vigente em um determinado momento histórico. No entender de Ferrajoli (2009) o Estado de Direito retrata o ordenamento legal que estabelece como os poderes públicos devem funcionar conforme o que está previsto em lei e, bem como, o Estado deve funcionar, sob o ponto de vista do conteúdo normativo, ficando a ação estatal vinculada aos princípios substanciais contidos nas normas constitucionais como, por exemplo, a divisão de poderes e os direitos fundamentais.

Numa perspectiva histórica, o Estado de Direito surge como construção teórica e institucional na segunda metade do século XIX, agregando dois pontos de vista: a concepção de que o Estado está submetido a um regime de direito e sua atuação deve se basear no ordenamento jurídico vigente; e que há garantia aos indivíduos da disposição de instrumentos jurídicos de lhes salvaguardar de uma ação abusiva do Estado.

O Estado de Direito, então, vincula-se ao conteúdo típico do ideário liberal que por meio dos princípios da legalidade e do respeito aos direitos individuais constituiu o Estado de Direito Liberal que se caracteriza pela separação entre o Estado e a sociedade civil que tem no direito e nas garantias individuais os elementos mediadores da relação entre o indivíduos e o Estado. Isso dá ao Estado a configuração de Estado mínimo, isto é, ação restrita na sociedade e focada na não violação das garantias individuais (MORAIS, 1996).

O ano de 1929 representa a ruptura do Estado de Direito Liberal, pois, a crise do sistema capitalista e a consequente quebra da bolsa de Nova Iorque revela que o mercado por si só não é capaz de manter o desenvolvimento econômico e social das sociedades europeias ocidentais. Segundo Morais (1996), esse fato impulsiona o surgimento do Estado Social de Direito que tem no protagonismo estatal por meio das políticas públicas nas áreas de educação, saúde, segurança e seguridade, entre outras, o instrumento de



alavancagem econômica que garante o desenvolvimento da pessoa humana. Neste modelo de Estado, o direito adquire a função de franquear os elementos que tornam possível o bem-estar-social dos indivíduos em sociedade.

A vigência do Estado Social de Direito permanece até que seja afetada a capacidade de financiamento do Estado nas políticas públicas e a expansão do nazi-fascismo como força política capaz de afetar as estruturas do Estado Social de Direito. Se de um lado há um desequilíbrio nas contas dos Estados-nações que resulta em intensa desordem econômica e incapacidade de manutenção das políticas públicas, de outro, há a conformação jurídica deste Estado que perde legitimidade uma vez que dá amparo legal aos atos desumanos promovidos pelos nazi-fascismo contra dezenas de milhares de pessoas perseguidas e mortas durante a Segunda Guerra Mundial.

O final da Segunda Guerra Mundial faz com que as principais potências mundiais repensem um novo acordo mundial que tem por base o Estado Social Democrático de Direito que se caracteriza pela reunião das garantias individuais, dos direitos sociais e das conquistas democrática. Neste modelo, o Estado passa a ter uma missão transformadora da realidade social visando a concretização de uma vida digna para as pessoas por meio da garantia dos direitos. Os princípios vinculados a dignidade da pessoa humana e o respeito aos valores democráticos devem orientar a ação estatal que tem na constitucionalidade de sua ação, a organização democrática da sociedade, a participação social, a justiça social, o respeito aos direitos fundamentais individuais e a segurança jurídica os elementos constituidores do Estado Social Democrático de Direito (MORAIS, 1996).

Boaventura de Sousa Santos (1996) compartilha da compreensão de Moraes acerca dos três modelos de Estado Direito que nortearam as relações entre política e direito no mundo ocidental desde a modernidade. Contudo, Santos (1996) considera que este sistema de Estado e de Direito foi efetivado de maneira abrangente somente nos países europeus centrais e de forma parcial nos países tidos como periféricos ou semiperiférico, já que o estado de bem-estar-social nunca chegou a ser implementado por completo em países como o Brasil, por exemplo.

Por sua vez, Ferrajoli (2009) entende as relações entre política e direito no mundo ocidental de forma pouco diferente. O autor considera que existem três paradigmas do direito: um que se vincula aos costumes, tradições, jurisprudências e doutrinas oriundas de diferentes fontes: o Império, a Igreja, as corporações, os municípios e os príncipes, que não detinham o monopólio da produção jurídica; um que se associa ao Estado e ao direito que constitui o Estado Legislativo de Direito que se caracteriza pela positivação do direito e pelo monopólio estatal da produção jurídica seja no âmbito dos direitos individuais ou dos direitos sociais e outro que constitui o paradigma do Estado Constitucional de Direito e Constitucionalismo Rígido que se caracteriza pela constitucionalização de todo o sistema legal que passa a ter sua validade conforme a conexão existente com a constituição. Neste sentido, a concepção de Ferrajoli se aproxima tanto das concepções de Santos quanto de Moraes que vislumbram a existência



do modelo de um Estado de Direito Liberal/Legislativo, um Estado de Direito Social/Legislativo/Positivo e um Estado Social Democrático de Direito/ Constitucional Rígido.

A instituição do Estado Social Democrático de Direito nos pós Segunda Guerra Mundial traz mais dois elementos na conformação das relações entre política e direito, que até então não existiam, quais sejam: a democracia e o constitucionalismo. Neste modelo a constituição adquire uma característica bem específica: a articulação entre a política e o direito. Segundo Ugarte (2015), isso acontece porque ela organiza os poderes de uma nação com base na democracia. Em contrapartida, o conjunto dos direitos reconhecidos nas constituições são variáveis, conforme a tradição jurídica de cada país, contudo, em todas constituições modernas há previsão de um catálogo mínimo de alguns direitos fundamentais. Isto é, as constituições do constitucionalismo moderno incorporam o catálogo dos direitos humanos e fundamentais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os princípios da legalidade e da imparcialidade também são essenciais na formatação das constituições modernas, pois, estabelecem como os poderes devem agir e quem deve mediar eventuais contradições. Assim, o respeito a estes princípios é uma característica importante do constitucionalismo, tendo em vista, que o princípio da legalidade exige que as autoridades atuem com base nas regras e o princípio da imparcialidade faz com que o Poder Judiciário haja como garantidor último da constituição e da legalidade, respeitando a independência entre os poderes do estado.

O liberalismo político é a teoria política que inspira o constitucionalismo moderno, pois, tem como suporte teórico a limitação dos poderes e o controle de constitucionalidade das leis e atos dos outros poderes e, ainda, a definição normativa sobre como os poderes, as leis e a participação política devem acontecer. A democracia constitucional é construída com base numa concepção procedimental de democracia e se consolida com a atuação de instituições orientadas a justiça constitucional (UGARTE, 2015).

## **2 ELEMENTOS ESSENCIAS DO MODELO DE ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS SUAS CONTRADIÇÕES**

O modelo do Estado Social Democrático de Direito incorporou em si elementos dos outros modelos de Estado que o antecederam. A influência do liberalismo político na formatação destes modelos é algo importante na medida em que expressa uma perspectiva sobre democracia que está incorporada no paradigma jurídico político contemporâneo.

O entendimento de Norberto Bobbio sobre democracia mostra como o ideário liberal impacta o sistema constitucional moderno e causa repercussões até hoje entre pensadores com pontos de vistas divergentes. Para Bobbio (1986), democracia caracteriza-se por um conjunto de regras que definem quem é autorizado



a tomar as decisões coletivas e sob quais procedimentos. A regra da maioria é a principal, mas não a única e o respeito a essas regras é o que torna a luta política legítima.

Nesta perspectiva, a questão referente a quem tem maior legitimidade para dirimir conflitos no modelo do Estado Social Democrático de Direito é uma questão que coloca em xeque os limites da democracia e do constitucionalismo, pois, a quem caberia a decisão mais legítima na resolução dos conflitos? Ao Poder Judiciário? Ao Parlamento?

Para Waldron (2005), a democracia não é incompatível com os direitos fundamentais individuais e isso garante aos cidadãos a capacidade moral de pensar de forma responsável entre os seus interesses e os interesses dos demais, o que lhes dá competência democrática aos homens e as mulheres para participarem responsabilmente do governo da sociedade em que vivem. Eis aqui a chave para a resolução dos conflitos na sociedade, isto é, o autor considera que a última decisão sobre os conflitos sociais cabe aos próprios cidadãos e não a uma corte constitucional, conforme proposto por Ronald Dworkin. Nota-se que a teoria liberal é influente nesta questão e propõem como solução dos conflitos sociais a participação ativa dos cidadãos como forma de participarem do governo. A solução do conflito passa por uma ação de caráter individual (liberal) e não coletiva ou comunitária.

Na mesma trilha, Homes (1999) propõe que a estabilidade democrática no constitucionalismo moderno seja alcançada por meio de renúncias as questões que matizem um radical desacordo na sociedade. Ou seja, algumas questões de ordem moral, política e jurídica não devem ser tratadas publicamente pelos indivíduos, poderes e instituições, pois, são questões que não possuem consenso social e que podem gerar, se mal gestadas, rupturas democráticas. O autor entende que a democracia é imperfeita e só se torna possível com a redução dos assuntos que fogem do controle da maioria e se os indivíduos e governos se imporem a autocensura é possível amenizar os conflitos sociais e manter a estabilidade democrática.

A perspectiva liberal, de um lado, imprime ao paradigma do Estado Social Democrático de Direito a importância da valorização das regras do jogo como mecanismo de legitimidade do processo decisório e, de outro, atribui ao indivíduo um importante espaço na manutenção da estabilidade democrática enquanto participantes ativos das instâncias de decisão política e como agentes de manutenção da estabilidade democrática.

O paradigma do Estado Social Democrático de Direito está assentado numa estreita vinculação entre democracia e constitucionalismo. Para Ugarte (2015), o elemento constitucional joga um papel muito importante sobre as ações dos governos e ao Poder Legislativo colocando o respeito aos direitos fundamentais e humanos no centro das suas ações e também retrata os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais) a que todas as pessoas tem direito.

A constituição passa a representar o pacto político realizado por cada nação estabelecendo os direitos que devem ser respeitados e garantidos, as formas de participação e de decisão política e de



resolução dos conflitos políticos e sociais. Compreende-se a constituição a partir de duas perspectivas: uma como documento normativo que tem supremacia sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico estatal e neste medida condiciona a validade formal e material de todas as outras normas inferiores do Estado e outra, na dimensão substantiva, como um documento que estabelece um amplo leque de direitos fundamentais que devem ser respeitados e protegidos, contemplando as instituições, princípios e direitos que dão forma a democracia política e, ainda, prevendo o rol dos direitos sociais, a separação dos poderes e os mecanismos que possam garantir os direitos e o controle de constitucionalidade das leis.

Nesta concepção direito e moral passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos, o que acaba por influenciar as formas de interpretação e de aplicação do direito. Ou seja, o constitucionalismo contemporâneo a lei não é mais a única e suprema fonte do direito como era no modelo do Estado Legislativo de Direito. De acordo com Sanchis (2009), cinco elementos caracterizam a teoria do direito vinculado ao neoconstitucionalismo: maior força normativa dos princípios do que as regras; mais ponderação baseado na prevalência de um princípio sobre outro do que a subsunção da lei ao fato; a onipresença da constituição em todos os ramos do direito; a onipresença judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e a coexistência de uma constelação plural de valores em contraposição a homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios concorrentes entre si e em torno das opções legislativas.

A tarefa dos julgadores tanto nas cortes inferiores quanto nas superiores é ponderar ou sopesar os princípios e definir qual deles deve ter maior prevalência sobre outro no caso concreto. A ponderação torna-se o método para resolução de certos tipos de antinomias ou contradições normativas e é entendida, por Sanchis (2009), como a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos e contraditórios de uma questão e o equilíbrio entre o peso de duas coisas.

Os princípios também chamados de diretrizes ou mandatos de otimização devem ser efetivado em graus variados, pois, a existência de conflito entre uma diretriz ou mandato de otimização é resolvido conforme a medida de cumprimento ou satisfação que resulta na exigência de realização de outro princípio. Prevalece aqui a ideia de que o sistema normativo pode conviver harmonicamente com direitos antagônicos como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e o direito a honra, o direito à propriedade e a tutela ao meio ambiente e o direito à liberdade de manifestação e o direito a proteção a ordem pública.

O conflito entre direitos no caso concreto passa a ser resolvido pela técnica da ponderação, pois, ela se coaduna com a noção de que para a resolução do conflito quanto maior é a posição de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro e isto revela a exigência de proporcionalidade que exige o estabelecimento de uma ordem de preferência de princípios relativos ao caso concreto (SACHIS, 2009).



A mediação entre a política e o direito no modelo do Estado Social Democrático de Direito é realizada pela democracia. Mas não qualquer tipo de democracia, mas sim, a baseada no ideário liberal que tem nas regras e nas condutas dos indivíduos a fórmula para a manutenção do sistema jurídico político. Segundo Costa (2010), a democracia que realiza tal mediação é aquela que atribui ao indivíduo o poder de decidir, oferecendo, ao mesmo tempo, uma legitimação adequada ao próprio poder. Tal poder é difuso e fragmentado entre os diferentes grupos que influenciam os processos de decisão. Ou seja, para o autor, essa democracia se caracteriza por ter uma interação entre os grupos e poderes diversos, o que faz com que se chame-a de “poliarquia” ou uma democracia plural que não põe em xeque a ordem constitucional.

Contudo, o paradigma do Estado Social Democrático de Direito não está livre das contradições inerentes ao desenrolar do processo histórico que acaba por desvelar eventuais pontos cegos deste paradigma jurídico político. Destaca-se nesta seara três elementos que põem em xeque tal modelo, quais sejam: a desigualdade entre os sujeitos na participação política democrática; a concentração de poder do sistema financeiro internacional como principal ator orientador das práticas políticas, econômicas e jurídicas das nações usurpando as decisões tomadas pelos cidadãos nos Estados nacionais e o avanço da globalização política e jurídica que afeta as relações entre os indivíduos e o Estado.

De acordo com Costa (2010), a noção de que na democracia pluralista os indivíduos participam do processo decisório é ilusória, pois, nas sociedades complexas contemporâneas há grupos políticos, sociais e econômicos que possuem maior força e são mais organizados que outros para participarem com maior intensidade dos processos decisórios. Entende-se que o processo de globalização em diversos âmbitos tem causado tensões com o constitucionalismo contemporâneo que ainda está organizado sob a clausura dos ordenamentos nacionais, mas que tem sofrido investidas dos poderes constituídos gerando tensões e descréditos no sistema jurídico nacional.

Por outro lado, entre as principais razões da crise democrática contemporânea que afeta os fundamentos teóricos do modelo do Estado Social Democrático de Direito destacam-se a falta de instituições capazes de promover alterações nos poderes globais, o esquecimento das agruras ocorridas na Segunda Guerra Mundial e submissão dos poderes políticos aos poderes e interesses econômicos. Sobre este tópico, Ferrajoli (2014) considera que a crise econômica nos países do Ocidente, gerada pela desregulamentação do mercado financeiro, é o fator causador mais importante da crise democrática. Para o autor, a consequência disso é a redução do papel dos governos na política nas formas de representação democrática e o esvaziamento da função normativa do direito estatal como decorrência da perda de soberania dos estados. Além disso, a crise de representatividade dos partidos, os conflitos de interesse e a imposição dos poderes econômicos e financeiros de dimensões transnacionais aos poderes públicos acaba por dismantelar os direitos de natureza social impondo restrições à efetividades dos direitos fundamentais previstos nas constituições sociais democráticas de direito.



Tais fenômenos se manifestam a partir da dimensão política e cultural neoliberal que cada vez mais faz prevalecer os interesses das grandes corporações transnacionais e, como refere Ferrajoli (2014), demonstra uma intensa regressão da esfera pública em detrimento da esfera privada tanto no campo político como no social e cultura. Ou seja, a contemporaneidade tem se caracterizado pela captura do poder político, cultura e ideológico pelos poderes econômicos que flexibilizam direitos e condicionam ou tornam supérfluos os processos decisórios constituídos pelos cidadãos nas democracias constitucionais vigentes tornando-as ilegítimas ou até desnecessárias para parcelas consideráveis das populações.

Diante deste cenário, é urgente o repensar de novas formas de formatação constitucional democrática que possam servir de norte para os atores sociais e políticos formularem estratégias que possibilitem a garantia de direitos dos cidadãos num ambiente democrático. Para tanto, faz-se necessário pensar a democracia a partir de outra perspectiva- democracia radical- e o constitucionalismo em nova base- constitucionalismo garantista.

### **3 DEMOCRACIA RADICAL COMO ALTERNATIVA PARA A CRISE DEMOCRÁTICA LIBERAL**

Os diferentes modelos de Estado de Direito revelam como em cada época histórica o direito se conforma com as ações e as intenções políticas dos grupos sociais hegemônicos, que, ao mesmo tempo, em que protagonizam as rupturas moldam conceitualmente o novo formato da relação entre o direito e a política. Em vista disso, a proposta deste tópico é pensar a política e o direito a partir do constitucionalismo garantista e da democracia radical enquanto formas de emancipação das populações subalternas no âmbito social, político, econômico e jurídico no transcurso do processo histórico.

Nesta perspectiva, cabe ressaltar que as constituições mais recentes da Venezuela, da Bolívia e do Equador sintetizam o modelo de democracia constitucionalizada que transcende o paradigma político liberal de democracia e que tem como base a radicalização da democracia compreendendo a satisfação de direitos das diferentes etnias e tradições culturais dos povos que compõem as respectivas nações, o que pode ser designado como um modelo de democracia radical já que estabelece os direitos específicos dos povos com tradições étnicas variadas, o respeito aos direitos humanos e fundamentais individuais, a convivência democrática em todas as instâncias de decisões da vida pública e privada e os procedimentos pelos quais as decisões devem ser tomadas.

O surgimento de novos modelos de democracia constitucionalizada nos países acima referidos evidencia que há disputas sobre o modelo de democracia prevalentes nos diferentes países do mundo globalizado contemporâneo. Ou seja, abre-se o debate acerca do tipo de democracia e suas variações podem ser mais



adequadas para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e qual modelo pode proporcionar a emancipação social dos grupos sociais subalterno, oprimidos e menos privilegiados. Dito de outra forma: há alternativa democrática ao modelo democrático liberal eurocentrista hegemônico?

O mundo globalizado tem revelado diversas experiências democráticas que se contrapõem ao modelo hegemônico e alguns países tem realizado esta experiência. As análises de Boaventura de Sousa Santos exploram com mais profundidade tais experiências e as colocam como uma alternativa de emancipação social das populações subalternas em diversas partes do mundo. É o que passamos a analisar.

O que Santos (2002) propõe é a realização de um debate sobre os modelos de democracia e faz isso a partir de um itinerário contra hegemônico. O autor demonstra que há outras formas de práticas democráticas que podem ser mais efetivas no respeito a participação dos cidadãos no processo decisório e na conquista de direitos. Neste tocante, há três elementos caracterizam a democracia liberal representativa: a relação entre procedimento e forma, o papel da burocracia na vida democrática e a inevitabilidade da representação nas democracias grande escala.

Em relação a questão referente ao procedimento e a forma da democracia liberal enquanto mecanismo de estabelecimento das regras do processo eleitoral, Santos (2002) destaca que tal postulado democrático não dá conta de responder a duas questões importantes: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização dos cidadãos representados no parlamento e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença. No que se refere ao papel da burocracia na vida democrática a questão que surge com o desenvolvimento da sociedade capitalista industrial, da sociedade de massas e do bem-estar-social é de que há um crescimento vertiginoso da burocracia estatal e uma consequente perda de controle sobre o processo de decisão política e econômica pelos cidadãos e seu controle crescente por formas de organização burocráticas lideradas por especialistas. O impasse aqui é que a solução da gestão burocrática para cada problema é homogênea e desconsidera a pluralidade das demandas específicas dos grupos distintos e o que se tornou claro é que as burocracias centralizadas não têm condições de lidar com o conjunto das informações necessárias para a execução de políticas complexas das áreas social, ambiental ou cultural (SANTOS, 2002).

Na questão referente a inevitabilidade da representação, a concepção hegemônica de democracia leva em conta a dimensão da escala da representação, isto é, a capacidade que as regras do jogo tem de ampliar o número de participantes nos processos decisórios. Para Santos (2002), tal concepção é equivocada, pois, entende que outras três dimensões relacionadas a representação devem ser levadas em consideração: a autorização, a identidade e a prestação de contas. Se a autorização via representação facilita o exercício da democracia em escala ampliada, o autor identifica que ela dificulta a prestação de contas pelos representantes e a representação de múltiplas identidades, isto é, a representação não



garante que identidade minoritárias irão ter a expressão adequada no parlamento. Além disso, tal sistema dificulta a representação de agendas e identidades específicas.

Na trilha das reflexões de Santos (2002), esses tópicos colocam questões não resolvidas pela democracia liberal hegemônica e dão margem para o desenvolvimento e aprimoramento de novas experiências democráticas vinculadas a uma gramática de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade que reconhece a pluralidade humana, a inovação social e institucional como instrumentos que possibilitam a constituição de uma nova institucionalidade democrática. Eis a questão central no pensamento democrático de Santos, a pluralidade humana pode ser pensada enquanto pluralidade de participação política das diferentes etnias, identidades e classes nos processos racionais de discussão e deliberação. Nesta perspectiva, os movimentos sociais ocupam um espaço importante na cena política na medida em que eles estão inseridos em movimentos pela ampliação do político, pela transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política e no jogo democrático de atores sociais excluídos.

A democracia deve ser pensada como um processo de transformação de relações de poder desigual em relações de autoridade partilhada e onde há luta contra o poder desigual, há processo de democratização que deve ser expandido para seis subcampos de relações sociais: o doméstico, da produção, da comunidade, do mercado, da cidadania e das relações entre os Estados (SANTOS, 2016). Quer dizer, radicalizar a democracia e torna-la sem fim significa intensificar a tensão com as formas de organização social e política proposta pelo capitalismo para os diferentes níveis da vida e o compartilhamento do poder e da autoridade é o mecanismo capaz de proporcionar a emancipação social.

Qual a proposta concreta para que a democracia radical seja um instrumento de tensão e ruptura com a democracia liberal hegemônica? No pensar de Santos (2016), a proposta do conceito de demodiversidade é capaz de dar conta desta complexidade. Segundo ele, o exemplo da Constituição da Bolívia é uma alternativa, pois, reconhece três tipos de democracia concomitantemente: representativa, participativa e comunitária, o que representa a constitucionalização das diferentes culturas de deliberação política existentes no país convivendo de forma partilhada e sem hierarquias.

Não é intenção aqui analisar de forma profunda os diferentes modelos de democracia pelo mundo, importa sim caracterizar, na trilha de Santos, as principais experiências que servem de inspiração e retratam a existência de práticas políticas emancipadoras. Exemplo disso, é caso do orçamento participativo na cidade de Porto Alegre, Brasil, que previu a possibilidade de a população participar na definição e fiscalização dos recursos orçamentários em áreas específicas, conforme suas demandas. O caso de movimentos sociais indianos que se organizaram e passaram a realizar audiências públicas e tribunais populares objetivando criar constrangimentos políticos e sociais para os governos locais. Tais eventos ocorrem em diversas localidades da Índia e tem como objetivo levar a população a participar da distribuição dos recursos públicos e também acompanhar e fiscalizar a prestação de contas.



Ainda, o caso da comunidade de paz *San José de Apartadó*, é emblemático, vez que sendecidiu adotar uma estratégia comum de resistência civil e desarmada contra a guerra e pelo direito de permanecer em paz, comprometendo-se, mediante um pacto público, a não se envolver com atores armados tanto estatais quanto as forças da guerrilha colombiana. Tal posicionamento político só foi possível graças a participação efetiva dos cidadãos da comunidade local que se colocaram autonomamente equidistantes das disputas armadas no país.

A crise da democracia representativa liberal contemporânea coloca em evidência alguns limites na garantia de direitos e na participação ativa dos cidadãos na organização social e política das sociedades ocidentais. Tal modelo representa uma construção histórica liderada pelas classes hegemônicas (burguesia agrária, comercial, industrial e financeira) que reproduz desigualdades, subalternidades e injustiças. O modelo democrático proposto por Santos pretende tencionar essa organização política, social e econômica capitalista e coloca a atuação dos movimentos sociais e a participação popular como estratégias de compartilhamento de poder e autoridade situando-os como atores capazes de criar um novo modelo democrático que proporcione a efetiva participação popular nos processos decisórios. A consolidação social da democracia radical necessita de um marco constitucional capaz de albergar as novas demandas dos novos atores (movimentos sociais) presentes na cena política democrática que seja capaz de tornar efetivo os direitos e as garantias previstas constitucionalmente e, para isso, o constitucionalismo garantista é uma alternativa.

#### **4 CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DE DIREITOS**

Sob o ponto de vista teórico o constitucionalismo garantista pode ser entendido como uma proposta que concretiza os direitos e as garantias fundamentais e, por isso, pode ser compreendido como um instrumento de emancipação sociais das categorias sociais desprivilegiadas e subalternas das sociedades ocidentais contemporânea. Isso porque o modelo de Estado Social Democrático de Direito é o modelo vigente na maior parte dos países ocidentais, o que torna os direitos humanos e fundamentais, a democracia constitucional, a separação dos poderes e o respeito à dignidade da pessoa humana princípios e valores estruturantes do modelo constitucional e elementos orientadores das práticas dos poderes nestes países. Considerando que neste modelo o direito e a moral estão conectados, a questão se coloca é como evitar os princípios e os valores morais dos operadores jurídicos sejam prevalentes ao direito em suas práticas profissionais? Ou seja, como diminuir o espaço para que uma decisão de um operador jurídico não viole a constituição e as leis de seu país?

A resposta a tais questões é o modelo teórico do constitucionalismo garantista. Ferrajoli (2014) acredita que o



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

garantismo é um modelo de direito baseado na rígida subordinação da lei de todos os poderes e os vínculos impostos a estes na garantia de direitos e princípios fundamentais. O garantismo significa um Estado Constitucional de Direito que tem na lei e nas normas constitucionais os limites das ações de todos os poderes, legislativo, executivo e judicial, não só os públicos e também os privados vinculados os direitos de liberdade, os sociais, as garantias e as obrigações estatais. Tal paradigma jurídico vincula-se a democracia na medida em que incorpora os princípios de justiça substancial historicamente sedimentado. Entretanto, o método de formação da decisão política através do sufrágio universal garante unicamente a forma democrática de seleção dos governantes, mas de forma alguma implica em dizer que as decisões tomadas tenham substancia democrática, tendo em vista, que as decisões democráticas, atualmente, enfrentam perda de legitimidade das instituições políticas, partidos, e pela tendência a subalternidade das dessas instituições aos interesses econômicos (FERRAJOLI, 2014).

Diante disso, compreende-se que a democracia constitucional garantista se caracteriza pela imposição jurídica frentes aos poderes políticos não só na esfera das decisões, mas também no que não se pode decidir em relação a garantia dos direitos de liberdade e aos direitos sociais previstos constitucionalmente. A democracia é percebida por meio do modelo quadridimensional que é ancorado em quatro classes de direitos: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais (FERRAJOLI, 2014).

Nesta teoria, esses direitos são cristalizados na constituição garantista que se estrutura a partir de quatro postulados: no princípio da legalidade, isto é, a lei é válida se estiver conforme o ordenamento constitucional; no princípio da plenitude deontica, o que significa que os direitos deverão realizar-se devendo-se zelar pela não lesão a direitos e sim pela sua satisfação; no princípio da jurisdicionalidade, que impõe que onde exista normas e garantias primárias deve também existir, contra possíveis violações, normas secundárias, que predisponham a intervenção de garantias secundárias, por meio de funções e de instituições de garantia também secundárias, separadas de qualquer outro poder. Isso significa dizer que os juízes estão submetidos a lei.

Sem o controle jurisdicional sobre as violações legais o Estado de Direito se tornaria mera ficção; por fim, no princípio da acionabilidade, o que quer dizer que onde exista uma jurisdição deve estar prevista, como garantia secundária, sua ativação pelos titulares do direito e com caráter suplementar por parte de um órgão público capaz de suprir as possíveis inércias ou debilidades dos titulares do direito. Ou seja, este princípio trata de garantia ao titular do direito do acesso à justiça.

Os princípios mostram a lógica estrutural do constitucionalismo garantista que se conectam e dão sentido ao modelo. Para Ferrajoli (2014), o princípio da acionabilidade supõem o da jurisdicionalidade que por sua vez supõe o princípio da plenitude e este o da legalidade. Isto é, dado um direito deve existir um direito de ação contra sua violação, o que supõe uma jurisdição que também



supõe a existência de normas legais que estão submetidas a jurisdição que equivalem as proibições e obrigações correspondente ao direito lesionado.

Em suma, o constitucionalismo garantista proposto pelo professor italiano é uma proposta teórica que permite através de um arranjo normativo e principiológico garantir a vigência democrática, o respeito entre os poderes, o acesso à justiça e a submissão dos operadores do direito ao texto legal e constitucional com vistas a efetividade dos direitos fundamentais e humanos. Para tanto, o que o modelo propõe é a submissão das ações da vida política e jurídica dos juízes, cidadãos, parlamentares e chefes do Poder Executivo aos dispositivos legais e constitucionais pactuados socialmente.

## CONCLUSÃO

As relações entre política e direito na história da humanidade ocidental sempre foram intensas e próximas, mas é inegável que do período moderno em diante tais relações foram assumindo contornos específicos que se caracteriza pelo monopólio estatal na produção e aplicação jurídica legítima e válida e na intersecção entre constitucionalismo e democracia. Ocorre que esta relação histórica resultou na consolidação do modelo do Estado Social Democrático de Direito que, como identificado nesta pesquisa, se encontra num momento de crise de legitimidade e de questionamentos dos cidadãos que cada vez mais perdem a credibilidade nas regras constitucionais democráticas. A falta de representatividade dos eleitos, a submissão do mundo político aos interesses econômicos e financeiros e a crescente discricionariedade judicial tem tornado este modelo incapaz de satisfazer as demandas das camadas das populações excluídas e subalternas das sociedades ocidentais contemporânea.

Diante deste cenário, este estudo se propôs a analisar como as concepções de constitucionalismo garantista e de democracia radical podem tornar-se instrumento de emancipação social dos setores e das categorias sociais subalternas e oprimidas. A análise bibliográfica realizada nos permite constatar que é possível pensar num modelo de democracia alternativo ao modelo liberal em que seja privilegiado outras formas de participação popular que satisfaçam as demandas por direitos fundamentais das populações mais carentes e excluídos - através da democracia direta e comunitária- que dão voz e possibilitam a participação ativa dos movimentos sociais nos processos decisórios coletivos. Tal modelo democrático se inserido no paradigma constitucional garantista pode viabilizar a efetividade dos direitos fundamentais de todos os sujeitos (cidadãos), pois, neste formato constitucional todas as ações dos entes estatais ficam restritas e limitadas ao conteúdo previsto nas disposições constitucionais e legais, conforme os direitos fundamentais e humanos previstos na constituição. Ou seja, no constitucionalismo garantista as ações dos juízes, do Poder Executivo e dos parlamentares e dos cidadãos ficam adstritos ao cumprimento dos preceitos constitucionais, limitando a influência do poder econômico e da discricionariedade judicial nas decisões que dizem respeito aos direitos fundamentais de todos.



A conexão da democracia radical com o garantismo constitucional pode representar assim um movimento de ruptura dos movimentos populares e subalternos com as forças políticas e econômicas hegemônicas do sistema capitalista que ditam para quem os direitos fundamentais e as ações afirmativas estatais devem ser direcionada.

## REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Democratizar a democracia**. Os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 3. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução de A. R. de Castro et al. Curitiba: Jurua, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.
- HOLMES, Stephen. Las reglas de mordaza o la política de omisión. In: ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Ensaio introdutório de Alejandro Herrera. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- SANCHIS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**. Reinventar as esquerdas. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- UGARTE, Pedro, Salazar. Sobre el concepto de constitución. In: ZAMORA, Jorge; FABRA, Luis; SPECTOR, Ezequiel. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015.
- WANDRON, Jeremy. La concepción constitucional de la democracia. In: \_\_\_\_\_ **Derechos y desacuerdos**. Estudio preliminar de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.



## A LEI ESTADUAL Nº. 18.700/2016 E A PERMANÊNCIA DA REVISTA ÍNTIMA NAS PRISÕES PARANAENSES: QUANDO A LEI PERMITE O QUE DIZ PROIBIR

Luis Renan Coletti<sup>49</sup>

Paula Martins Caçola<sup>50</sup>

### RESUMO

Em 08 de janeiro de 2016, foi promulgada, no estado do Paraná, a Lei Estadual Nº. 18.700/2016. O diploma legal tem como ementário a proibição da prática de revistas íntimas em visitantes dos estabelecimentos prisionais paranaenses. A par disto, o presente trabalho busca refletir as razões para a persistência deste procedimento vexatório em todo o estado, mesmo após a promulgação da Lei Estadual (PR) nº. 18.700, analisando que, dentre as razões para a persistência da prática estão: (i) a ausência de equipamentos suficientes para viabilizar a chamada revista mecânica; (ii) a utilização generalizada de delegacias de polícia para custodiar, em locais superlotados e sem estrutura minimamente adequada; e, principalmente (iii) a exceção legal promovida pelo parágrafo único do artigo 3º da mesma lei, que consagra hipóteses em que a proibição legal não se aplica, inviabilizando seu cumprimento. Finalmente, será estudado que em substancial parcela das unidades prisionais estaduais, onde a proibição de proceder a revista íntima é dispensada, inexistente procedimento padrão para realização de revistas humanas, tendo como único documento disponível oficial acerca do assunto, o Caderno de Práticas de Segurança nas Unidades Penais do Paraná, publicado pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário, da Secretaria da Segurança Pública do Paraná. No Caderno, contudo, são previstas práticas e procedimentos de revistas assustadoramente vexatórias e violadoras da intimidade e dignidade do visitante.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Lei estadual inconstitucional; Revista íntima vexatória; Sistema carcerário.

<sup>49</sup> Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR (PPGD-UFPR); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFPR; Membro-autor da Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões da UFPR; E-mail: coletti.renan@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7795772839583305>.

<sup>50</sup> Pós-Graduada lato sensu em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst); Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA; E-mail: paulamartinscacola@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2429542915308017>.



## INTRODUÇÃO

O procedimento de revista íntima a que são, recorrentemente, submetidos os visitantes que adentram nos estabelecimentos prisionais, necessita a devida atenção e debate. Os familiares e amigos dos custodiados que os visitam – a visita é tida como um dos direitos do apenado, previstos na Lei de Execução Penal – dentre eles, como público, crianças, adolescentes, idosos e, especialmente, as mulheres (BEZERRA, 2016, p. 4), sofrem incontáveis e peculiares transgressões de direitos humanos ao serem revistados. Os visitantes são colocados em frente ao desnudamento, palpação física e exames invasivos, uma vez que os métodos de revista mecânica não são dispostos em quantidade suficiente no cárcere, sem contar a ausência de quadro funcional instruído para realizar a prática dos mecanismos que, por vezes, existem.

As evidentes violações à intimidade de uma pessoa livre, que visita o sistema prisional, ensejaram diplomas legislativos proibindo a prática de revistas vexatórias, contudo, de alguma maneira, as revistas íntimas acabam por, de fato, constantemente ocorrendo. Um desses exemplos é o estado Paraná, que, com a promulgação da Lei Estadual n.º 18.700/2016, de 08 de janeiro de 2016, por iniciativa da deputada estadual Claudia Pereira, trouxe a vedação em seu artigo 1.º da realização das revistas íntimas aos visitantes dos aprisionados.

Embora haja a proibição legal da prática invasiva, no parágrafo único do artigo 3.º da citada Lei, há permissão das revistas (não se deslembre, vexatórias) em situações que se reputam como excepcionais, como a inexistência ou não funcionamento em condições técnicas aceitáveis dos equipamentos ou tecnologias para realização de revista mecânica. Contudo, infelizmente, a realidade dos presídios transparece que tais situações não são excepcionais, mas sim o padrão dos estabelecimentos prisionais paranaenses.

E é com base nesse contexto que o presente estudo buscou refletir as disposições da legislação estadual vigente sobre o tema: ao passo que proíbe a revista íntima, a permite em situações (não) excepcionais na realidade, acarretando na persistência dos atos vexatórios. Além do mais, objetivou-se apresentar as normativas administrativas disponíveis quanto ao procedimento a ser operado nas hipóteses em que a proibição à revista íntima não se aplica, que evidenciam quadro de ampla violação à dignidade humana dos visitantes.

O objetivo desse breve ensaio, portanto, é apresentar, de um lado, uma hipótese explicativa sobre os comandos legislativos existentes no ordenamento jurídico que disciplinem sobre as revistas íntimas, em especial no Estado do Paraná; e de outro, argumentos práticos que atestem a ineficácia das leis que preveem a vedação de práticas vexatórias no sistema carcerário paranaense.



## 1. O DIREITO DE VISITA X O DEVER DE REVISTA: a revista íntima como prevalência da segurança sobre a dignidade humana

Nos termos do artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, é direito da pessoa que cumpre pena privativa de liberdade receber visitas do cônjuge, da companheira, de familiares, e amigos, em dias determinados pelo estabelecimento prisional que a custodia.

A despeito do que sustentam vozes extremas, em ao menos 15 (quinze) projetos de lei que tramitavam no Congresso Nacional em 2019, propondo a imposição de restrições ao direito de visitas<sup>51</sup>, o Supremo Tribunal Federal construiu precedente reconhecendo que a permissão de contato entre apenado e seus familiares, além de constituir direito legalmente previsto, é medida fundamental para a perseguição da – cada vez mais distante – finalidade de reinserção social da pena. Deste modo, reconheceu o STF que “cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes”<sup>52</sup>.

Além disso, tramita perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 518/DF, que questiona as regras restritivas da visita íntima aos presos que se encontram custodiados no sistema penitenciário federal, entendendo que tais limitações implicam em violações “a direitos e garantias individuais, como a dignidade, a intimidade, os direitos sexuais e reprodutivos, a pessoalidade, a correlação e a individualização da pena, a vedação à pena cruel e integridade física e moral dos presos”.

De todo modo, o fato é que a Lei de Execução Penal, apesar de prescrever o direito de visitas, não descreve o procedimento a ser adotado, em âmbito penitenciário, para que tal direito tenha aplicabilidade. Deste modo, a efetivação das visitas no âmbito carcerário se tornou espaço de ampla discricionariedade – e arbitrariedade – administrativa, consagrando as chamadas “revistas íntimas”.

O conceito de revista íntima, curiosamente, vem não das ciências criminais, mas do direito trabalhista: trata-se de qualquer forma de realização de buscas, no corpo do trabalhador,

<sup>51</sup> A informação de que havia, em 2019, ao menos 15 (quinze) projetos de lei em tramitação buscando propor restrições ao direito de visitas da pessoa presa foi publicada pela Repórter Marcella Fernandes, do Portal HUFFPOST, em reportagem disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/witzel-visita-intima-presos\\_br\\_5d83f89ae4b070d468c9c357](https://www.huffpostbrasil.com/entry/witzel-visita-intima-presos_br_5d83f89ae4b070d468c9c357)>. Acesso em 30 de junho de 2020.

<sup>52</sup> O precedente trazido à discussão se trata do Acórdão de Julgamento de *Habeas Corpus* n.º 107.701, que tramitou perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, e foi julgado em 13/09/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340725954&ext=.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2020.



que exponha indevidamente sua intimidade (como o ato do empregador ordenar que um funcionário se despirse, com o intuito de verificar a eventual ocorrência de furtos) (CARNEIRO, 2011). Tal prática, evidentemente vexatória e violadora de direitos e garantias fundamentais, tradicionalmente vinculada à práticas de caráter sexista e de dominação de gênero (BUITONI, 1981), foi objeto de vedação legal, implementada no artigo 373-A, inciso VI, da CLT, que expressamente proibiu a prática de revistas íntimas, por empregador ou preposto, em empregadas e funcionárias.

A instituição do procedimento de revista dos familiares que promovem visitas em ambiente penitenciário, por sua vez, tem como objetivo principal evitar com que o familiar adentre às carceragens com objetos ilícitos, tais quais aparelhos telefônicos, substâncias entorpecentes ou instrumentos capazes de ofender a integridade física de outrem. Entretanto, tornou-se regular a adoção de procedimentos amplamente vexatórios de revista, como a exigência de se despir e agachar (DELEFRATI e NOVAES, 2016), e que constituem grave violência sexual contra uma pessoa que sequer cumpre pena.

Mesmo o objetivo declarado da adoção das revistas íntimas nos estabelecimentos prisionais é questionável: em relatório apresentado pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, demonstrou-se que, entre 2012 e 2013, operaram-se 3.407.926 visitas nos 159 estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo, e houve, tão somente, o percentual de 0,023% de apreensões de objetos ilícitos. Entretanto, a alta quantidade de materiais ilegítimos que ainda adentra aos presídios indica que a entrada de tais itens se dá por meio de outros modos, que não pelos visitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015).

Todavia, está em jogo algo muito mais relevante em contraponto da segurança dos estabelecimentos: a dignidade do visitante. Sobre o assunto, é de se recordar acerca da vedação da transcendência da pena, expresso no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, ou seja, nenhum terceiro pode ser atingido pela repressão decorrente de ato delituoso cometido por alguém.

O principal afetado pela sanção moral e física com as revistas vexatórias é o núcleo familiar do preso, e pode-se dizer que ela é gerada por meio de uma violência institucional, aquela compreendida quando uma instituição (aqui o cárcere), de maneira negligente priva os usuários (detentos e visitantes) do necessário e adequado atendimento a ser promovido, utilizando-se métodos invasivos e desumanos e permitem a opressão e constrangimento aos indivíduos (KRÜGER et al., 2018). A violência institucional, ademais, é praticada pelos agentes públicos principalmente em desfavor em grupos vulneráveis, resultando, ainda, na punição indireta dos



familiares dos apenados, intimidando estes indivíduos e fazendo com que o sofrimento sofrido por eles se dissemine na pessoa do preso (BEZERRA, 2016, p. 18).

Tamanha a degradação da dignidade da pessoa humana que acarreta as vexatórias revistas, a Rede de Justiça Criminal apresentou campanha “Pelo Fim da Revista Vexatória”, buscando conscientizar a sociedade acerca do sofrimento causado pelo cárcere ao (não) encarcerado, mediante apresentação de relatos de visitantes que vivenciam o abuso praticado pela violência institucional, como por exemplo “– Bom dia! Eu disse, bom dia! – Tira a camiseta, a calça, tira a roupa” (REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, 2014).

## **2. A LEI ESTADUAL Nº 18.700/2016, DO PARANÁ, QUE PROÍBE (MAS PERMITE) A REVISTA ÍNTIMA**

Diante do déficit normativo e procedimental dos institutos que conferem direitos no curso da execução de pena (ROIG, 2017, p. 115), e da premente necessidade de resguardar a segurança dos estabelecimentos prisionais, a administração pública, os órgãos da Justiça e Poder Legislativo passaram a apresentar respostas para preencher tais lacunas.

No que diz respeito ao direito de visitas, já em 2006 o tema da revista íntima foi objeto de normatização, por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), através da publicação da Resolução n.º 09/2006. Tal ato normativo apresentou recomendações para a adoção e uniformização do procedimento de revista nas unidades prisionais, considerando a “verificação de excessos no controle do ingresso de cidadãos livres nos estabelecimentos penais”. A normativa previu justamente a excepcionalidade das revistas manuais, sendo a regra a inspeção por meio de eletrônicos, dispondo-se, ainda, que a revista manual deverá preservar a honra e a dignidade do revistando.

O mesmo CNPCP, em 2014, editou a Resolução 05/2014, recomendando, nesta oportunidade, a completa vedação da revista vexatória, desumana ou degradante, considerando que constitui tal ato (I) o desnudamento parcial ou total; (II) qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada; (III) uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim; (IV) agachamento ou saltos. Além disso, outras importantes diretrizes foram previstas nesta Resolução, como a especial tutela para acesso de grupos ainda mais vulneráveis nas unidades penais, como crianças e gestantes.

Além disso, leis estaduais também foram promulgadas com o intuito de reduzir o arbítrio administrativo no que diz respeito às revistas. No âmbito do Estado de São Paulo, foi editada a Lei nº. 15.522, de 12 de agosto de 2014, que expressamente proibiu a realização de revista íntima nos visitantes



de estabelecimentos prisionais, e condicionou os procedimentos de revista ao respeito à dignidade humana – ainda que continuem subsistindo sérios e reiterados relatos de que tal lei carece de efetividade (O GLOBO, 2015)<sup>53</sup>.

Seguindo a tendência de normatização da matéria via legislação estadual, o Estado do Paraná promulgou a Lei Estadual nº. 18.700/2016, cuja ementa é “Proíbe a revista íntima nos visitantes dos estabelecimentos prisionais e dá outras providências”. A legislação tem como escopo vedar as revistas íntimas nos visitantes dos estabelecimentos prisionais paranaenses e assegurar que o procedimento de revista será realizado com a devida atenção à dignidade da pessoa humana. O artigo 1.º e parágrafo único, assim dispõem:

Art. 1º Proíbe os estabelecimentos prisionais de realizarem revista íntima nos visitantes.

Parágrafo único. Os procedimentos de revista dar-se-ão em razão de necessidade de segurança e serão realizados com respeito à dignidade humana.

A legislação também conceitua a revista vexatória, concebendo-a como todo procedimento que obrigue o visitante a (I) despir-se; (II) fazer agachamentos ou dar saltos ou (III) submeter-se a exames clínicos invasivos.

De forma surpreendente, entretanto, a lei, que surge com o intuito declarado de proibir a revista íntima, acaba por permiti-la, expressamente, em uma hipótese excessiva, prevista no parágrafo único do artigo 3ª da mesma lei:

Art. 3º. Parágrafo único. Na hipótese da não existência ou do não funcionamento em condições técnicas aceitáveis dos equipamentos ou tecnologias afins dentro dos estabelecimentos penais, não se aplica a proibição constante no art. 1º da presente Lei.

A lei estadual traz, portanto, de um lado, a proibição de revistas que atentem contra a dignidade da pessoa humana (as vexatórias), e de outro, a admissão, expressa, da conduta proibida, representando uma justificação a práticas amplamente vexatórias de revistas.

A referida ressalva legal, entretanto, não representa a exceção dos estabelecimentos prisionais paranaenses, mas a regra. O sistema carcerário paranaense, insalubre e superlotado, que ainda hoje não obteve êxito em separar presos provisórios de definitivos, evidentemente não

<sup>53</sup> Reportagem de 2015 do Portal “O Globo” trouxe relatos graves de violação à lei estadual paulista, por parte de agentes penitenciários, tais como “- Às vezes mandam abrir a vagina com as duas mãos, passar papel, tossir. E se disserem que não estão vendo direito, não te deixam passar [...]. É deprimente. A gente deixa a dignidade do lado de fora antes de entrar”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governo-de-sp-desrespeita-lei-que-proibe-revista-vexatoria-15483183>>. Acesso em 30 de junho de 2020.



dispõe de número suficiente de mecanismos tecnológicos, para efetivação das chamadas revistas mecânicas.

O estado do Paraná, inclusive, destaca-se negativamente no que diz respeito à precariedade das instalações de suas unidades prisionais: trata-se do estado brasileiro com maior número de pessoas presas em carceragens temporárias<sup>54</sup> (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 11) – e, portanto, improvisadas – de delegacias de polícia, locais que não foram projetados para recebimento de presos. Além disso, segundo Cadastro de Inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, ao menos 49% (quarenta e nove por cento) dos 223 (duzentos e vinte e três) estabelecimentos prisionais estaduais paranaenses se encontram em condições de custódia ruins ou péssimas<sup>55</sup> (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 1).

Ademais, de acordo com as informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário do Paraná, em seu portal virtual, há atualmente dois contratos vigentes cujo objeto é a locação ou aquisição de mecanismos de revista eletrônica: um para locação de 25 (vinte e cinco) equipamentos de inspeção corporal, assinado em fevereiro de 2019<sup>56</sup>, e outro para a aquisição de 16 (dezesesseis) equipamentos de Raio X<sup>57</sup>, firmado em outubro de 2019.

<sup>54</sup> A constatação de que o estado do Paraná é o que mais tem pessoas custodiadas em carceragens temporárias de delegacias de polícia tem como embasamento o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), publicado em novembro de 2019, e referente a informações atualizadas em junho de 2017. Tal documento, em sua página 11, informa que o Paraná, ao momento da realização do Levantamento, tinha 9.738 pessoas presas em delegacias, enquanto São Paulo, que tem população prisional significativamente maior, tinha 2.568 pessoas custodiadas nestas condições. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

<sup>55</sup> Tal informação se encontra disponível através da ferramenta virtual GEOPRESÍDIOS, do Conselho Nacional de Justiça, que disponibiliza e sistematiza através de infográficos os relatórios mensais do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP). Ferramenta disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em 30 de junho de 2020. Cadastro dos estabelecimentos prisionais estaduais paranaenses em: <[https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/gera\\_relatorio.php?tipo\\_escolha=comarca&opcao\\_escolhida=25&tipoVisao=estabelecimento](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=25&tipoVisao=estabelecimento)>. Acesso em 30 de junho de 2020.

<sup>56</sup> Trata-se de “CONTRATO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INSPEÇÃO CORPORAL PARA APOIO AOS PROCESSOS DE SEGURANÇA DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO, QUE ENTRE SI FAZEM O ESTADO DO PARANÁ, ATRAVÉS DA SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E A EMPRESA NUCTECH DO BRASIL LTDA”, disponível em: <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO\\_050\\_2019.PDF](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO_050_2019.PDF)>. Acesso em 30 de junho de 2020.

<sup>57</sup> O contrato, inicialmente, tinha como objeto a aquisição de 13 (treze) equipamentos de Raio X. Entretanto, houve Termo Aditivo posterior, para acrescentar em 3 (três) o número de equipamentos adquiridos. Trata-se, portanto, de “CONTRATO PARA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO DE RAIOS-X PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO – DEPEN, QUE ENTRE SI FAZEM O ESTADO DO PARANÁ, ATRAVÉS DA SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E A EMPRESA NUCTECH DO BRASIL LTDA”, e “PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 0693/2019 REFERENTE A AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO DE RAIOS-X PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO – DEPEN, QUE ENTRE SI FAZEM O



A conclusão é óbvia: 41 (quarenta e um) instrumentos de revista mecânica não são minimamente suficientes para equipar um sistema prisional que compreende ao menos 223 (duzentas e vinte e três) unidades penitenciárias.

A realidade penitenciária estadual, portanto, não é a regra, mas a exceção trazida pela Lei Estadual n.º 18.700/2016: os estabelecimentos prisionais estaduais, usualmente, não detêm equipamentos de tecnologia de revistas humanas. E, assim sendo, para grande parcela do sistema prisional paranaense, a proibição de realização de revistas íntimas não é aplicável.

A conclusão, de todo lógica, implica em um inevitável questionamento: e nas unidades prisionais em que a Lei Estadual n.º 18.700/2016 não é aplicável, visto que ausente equipamentos para revista mecânica, qual é o procedimento a ser adotado para realização de revista?

O Caderno de Práticas de Segurança nas Unidades Penais do Paraná, publicado em 2011, plenamente disponível no portal online da Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário (ESPEN)<sup>58</sup>, da Secretaria da Segurança Pública do Paraná, formula uma resposta. Apresentando-se como documento de padronização das ações de segurança nas unidades penais estaduais, ratifica procedimentos vexatórios, que ofendem de forma assustadora a integridade física e moral do visitante.

O referido Caderno de Práticas de Segurança nas Unidades Paranaenses determina medidas extremamente vexatórias, inclusive contra crianças e adolescentes, como procedimento padrão de revista em visitantes de presos:

Agente Penitenciário deve solicitar à visita que:

a) poste-se de frente para o Agente Penitenciário e retire roupas e calçados, ficando apenas com a roupa íntima (se não apontar irregularidade, seguir para o próximo item); b) sente na banqueta detectora de metais, e, se a mesma acusar alguma irregularidade, informar à chefia imediata para providências; c) passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a cabeça, sendo que se não for possível uma visualização satisfatória (por exemplo, a nuca), solicitar que abaixe a cabeça jogando os cabelos para frente e então, novamente, passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a cabeça; d) abra bem a boca e levante a língua, inspecionando-as; e) posicione-se de lado para verificar os orifícios do ouvido e atrás das orelhas; f) incline a cabeça para trás para verificar os orifícios das narinas; g) levante os braços para verificar as axilas; h) abra as mãos e separe os dedos, verificando-os ambos os lados; i) se for o caso, levantar dobras do corpo, e se mulher, ainda, os seios; j) se não apontar

---

ESTADO DO PARANÁ, ATRAVÉS DA SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E A EMPRESA NUCTECH DO BRASIL LTDA”, disponível em: <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO\\_693\\_2019.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO_693_2019.pdf)> e em <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO\\_693\\_2019\\_1\\_TERMO\\_ADITIVO.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Contratos/CONTRATO_693_2019_1_TERMO_ADITIVO.pdf)>, respectivamente. Acesso em 30 de junho de 2020.

<sup>58</sup> O Caderno de Práticas de Segurança nas Unidades Penais do Paraná está disponível na página de “Cadernos do DEPEN”, do site virtual da Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário (ESPEN), disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=23>>. Acesso em 30 de junho de 2020.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

irregularidade solicitar que retire a roupa íntima; k) se homem, levante a bolsa escrotal para verificação, assim como o pênis (se necessário, inclusive, mostrando toda a glândula); l) abaixe o espelho; m) coloque uma perna de cada lado do espelho; n) agache-se, lentamente, três vezes de frente, se homem, e três vezes de frente e de costas, se mulher, devendo, em ambos os casos, parar agachado por cerca de 10 segundos; o) retire o espelho; p) vista a roupa íntima; q) poste-se de costas para o Agente Penitenciário e, dobrando os joelhos, mostre a sola dos pés para que se possa observá-la, assim como os vãos dos dedos; r) desloque-se para o lado para verificar se não está ocultando nada que possa ter sido jogado no chão antes ou durante a revista; s) vista as demais roupas e calçados. [...].

#### 6.3.7.2 Procedimentos de revista para verificação visual e manual

##### 6.3.7.2.1 Em crianças que façam uso de fraldas

A Agente Penitenciária deve solicitar ao responsável que: a) deite a criança na mesa ou espaço próprio; b) retire todo objeto de metal e que não seja permitido na unidade (brincos, pulseiras, correntes etc.); c) abra a boca da criança para ser inspecionada visualmente; Em seguida, a Agente Penitenciária deve, sempre com o auxílio do responsável: d) verificar os orifícios do ouvido e atrás das orelhas; e) verificar o cabelo; Em seguida, a Agente Penitenciária deve solicitar ao responsável, para que se possa efetuar a verificação visual, que: f) retire a parte de cima da roupa da criança; g) erga os braços da criança; h) vire a criança de costas; Em seguida, a Agente Penitenciária deve: i) revistar as roupas e sapatos conforme item 6.7.3, letras “i” e “j”; Em seguida, a Agente Penitenciária deve solicitar ao responsável que: j) vista a parte de cima da roupa da criança; k) retire a fralda da criança e jogue no lixo; Em seguida, a Agente Penitenciária deve inspecionar visualmente: l) as partes íntimas da criança;

m) a sola dos pés e vãos dos dedos; Em seguida, a Agente Penitenciária deve solicitar ao responsável que: n) coloque a fralda cedida na criança; o) vista as roupas na criança. [...].

##### 6.3.7.2.2 Em crianças que não utilizem fraldas até 11 (onze) anos:

O Agente Penitenciário deve solicitar à criança que: a) poste-se de frente para o Agente Penitenciário e retire roupas e calçados, ficando apenas com a roupa íntima (se não apontar irregularidade, seguir para o próximo item); b) passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a cabeça, sendo que se não for possível uma visualização satisfatória (por exemplo, a nuca), solicitar que abaixe a cabeça jogando os cabelos para frente e então, novamente, passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a cabeça; c) abra bem a boca e levante a língua, inspecionando-as; d) posicione-se de lado para verificar os orifícios do ouvido e atrás das orelhas; e) incline a cabeça para trás para verificar os orifícios das narinas; f) levante os braços para verificar as axilas; g) abra as mãos e separe os dedos, verificando-os ambos os lados; h) se for o caso, levantar dobras do corpo; i) se não apontar irregularidade solicitar que retire a roupa íntima; j) visualizar as partes íntimas, solicitando que fique de frente e de costas, e, se homem, e havendo necessidade para melhor visualização, solicitar que levante a bolsa escrotal para verificação, assim como o pênis (se necessário, inclusive, mostrando toda a glândula); k) vista a roupa íntima; [...].

##### 6.3.7.2.3 Em adolescentes a partir 12 (doze) anos até 17 (dezessete) anos

O Agente Penitenciário deve solicitar à pessoa que: a) poste-se de frente para o Agente Penitenciário e retire roupas e calçados, ficando apenas com a roupa íntima (se não apontar irregularidade, seguir para o próximo item); b) apenas se adolescente a partir de 14 anos: sente na banqueta detectora de metais, e, se a mesma acusar alguma irregularidade, informar à chefia imediata para providências; c) passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a



cabeça, sendo que se não for possível uma visualização satisfatória (por exemplo, a nuca), solicitar que abaixe a cabeça jogando os cabelos para frente, e então, novamente, passe e/ou apalpe as mãos pelo cabelo, percorrendo toda a cabeça; d) abra bem a boca e levante a língua, inspecionando-as; e) posicione-se de lado para verificar os orifícios do ouvido e atrás das orelhas; f) incline a cabeça para trás para verificar os orifícios das narinas; g) levante os braços para verificar as axilas; h) abra as mãos e separe os dedos, verificando-os ambos os lados; i) se for o caso, levantar dobras do corpo, e se mulher, ainda, os seios; j) se não apontar irregularidade solicitar que retire a roupa íntima; k) se homem, levante a bolsa escrotal para verificação, assim como o pênis (se necessário, inclusive, mostrando toda a glândula); l) se criança até 13 anos, passar para a letra “q”; m) abaixe o espelho; n) coloque uma perna de cada lado do espelho; o) agache-se, lentamente, três vezes de frente, se homem, e três vezes de frente e de costas, se mulher, devendo, em ambos os casos, parar agachado por cerca de 10 segundos; p) retire o espelho; q) coloque a roupa íntima (calcinha/cueca); r) solicitar que se desloque para o lado para verificar se não está ocultando nada que possa ter sido jogado no chão antes ou durante a revista; s) solicitar que coloque o restante das roupas e os calçados.

É inadmissível que, diante da ausência de equipamentos suficientes de revista mecânica, adote-se medidas de revistas que firam amplamente a dignidade humana dos visitantes das unidades prisionais, como a retirada de roupas íntimas de adultos e crianças, ou mesmo de fraldas, de crianças de colo, com posterior inspeção das “partes íntimas” destas pessoas. E o pior: com a anuência de uma lei estadual, cuja ementa diz proibir as revistas íntimas.

Os motivos para a persistência dos vexatórios – e ilegais – procedimentos de revista íntima são múltiplos e aqui podem ser sintetizadas: (i) há absoluta ausência de equipamentos e estrutura adequados para substituir a revista íntima por mecânica; (ii) as delegacias de polícia, ambiente amplamente inadequado ao cumprimento de pena, são amplamente utilizadas para custodiar presos provisórios e definitivos em locais sem estrutura mínima e quadro funcional com instrução para realização dos procedimentos adequados; e, principalmente e (iii) a exceção legal promovida pelo parágrafo único do artigo 3º da mesma lei inviabiliza seu próprio cumprimento.

Além de traduzir uma ineficiência no cotidiano carcerário, por todas as circunstâncias intrínsecas à carência de suporte destinada à administração penitenciária, a legislação estadual, ao dar espaço à hipótese permissiva de realização da revista íntima, pode ser considerada, nesse aspecto, como substancialmente inconstitucional.

Esse cenário pode ser explicado a partir de todas as transgressões a dispositivos constitucionais aqui já elencados, que ocorrem com a prática vexatória nos visitantes dos estabelecimentos prisionais. A violência institucional realizada pelo cárcere aos familiares dos custodiados, quando obrigados a se submeterem às revistas íntimas, acometem-lhe sanções que violam suas intimidades e ultrapassam punições previstas em lei, direcionada ao sujeito que cumpre pena provisória ou definitiva, violando-se os artigos 1.º, inciso III, 5.º, incisos III, X, XLV, todos da Constituição Federal. O tratamento desumano e degradante aos visitantes,



portanto, é inconstitucional e se revela incompatível com o direito do custodiado de receber visitas, previsto na Lei de Execução Penal, a um porque, a dignidade da pessoa visitante que adentra no sistema carcerário não deve ser sobreposta à segurança do cárcere, e a dois, porque esses indivíduos estão ali para cumprirem, e tão somente, visitas, e não sanções decorrentes da prática de ilícitos penais. A inconstitucionalidade da revista íntima vai além, tendo sido classificada como uma espécie de “estupro institucionalizado” (NOVAES, 2015), uma vez que a exposição e manipulação em partes íntimas do corpo de pessoas, crianças e mulheres em sua maioria, pela instituição penitenciária, ofende a dignidade sexual dos visitantes.

## CONCLUSÃO

Constatou-se que a revista íntima vexatória, tida como forma de violência psicológica e física aos visitantes dos custodiados no sistema carcerário do Paraná, foi objeto de repressão pela Lei Estadual n.º 18.700/2016, já que, em seu artigo 1º, prevê a proibição de tal prática.

Entretanto, a realidade vivenciada pelos indivíduos que visitaram presídios e delegacias paranaenses é outra daquela que visa a lei, tendo em vista ser ainda recorrente e persistente no âmbito dos estabelecimentos prisionais estaduais as revistas vexatórias.

Entendeu-se também que a persistência dos procedimentos é incentivada pela disposição no parágrafo único do seu artigo 3º, o qual dispõe que, em situações de não existência ou do não funcionamento em condições técnicas aceitáveis dos equipamentos ou tecnologias afins dentro dos estabelecimentos penais, as revistas íntimas não estão proibidas, o que revela, já no texto legal, a completa ineficácia da lei, seja pela reconhecida falta de estrutura adequada e suficiente para tanto, seja pela arbitrariedade a ser tomada pelos agentes penitenciários quando da permissão das revistas, eis que a lei também é omissa quanto às regras a serem tomadas nessas situações.

Com isso, buscou-se demonstrar que os mecanismos a serem aplicados não condizem com a realidade estadual do Paraná, e mais, ainda se encontram enraizadas as práticas das quais ordena coibir, já que a exceção prevista na lei, a possibilitar a revista vexatória, não deve ser entendida como mera exceção, mas como o padrão nos estabelecimentos prisionais. Ao final, constata-se que há inconstitucionalidade material no referido dispositivo legal, de modo que se sustenta a necessidade urgente de seu controle de constitucionalidade, bem como a adoção de medidas, por parte do Poder Público, de fazer valer o e mentário da Lei Estadual n.º 18.700/2016, ou seja, efetivamente proibir a revista vexatória em ambiente prisional.



## REFERÊNCIAS

- BEZERRA, Barbara Bruna Araújo. **A VIOLAÇÃO DOS ESPELHOS**: Uma análise acerca da revista vexatória no cárcere. *Revista Transgressões: ciências criminais em debate*, v. 4, n.2, Novembro 2016. Natal/RN.
- BITTONI, Dulcília Helena S. **Mulher de Papel**. São Paulo: Cortez, 1981.
- CARVALHO, Salo. **Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal**. In: Boletim IBCCRIM nº 193, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/106878241/Carvalho-Em-Defesa-da-Lei-de-Responsabilidade-Politico-Criminal-Boletim-IBCCrim>>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- CARNEIRO, Amanda de Abreu C. **Revista íntima e a violação aos princípios e garantias fundamentais**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-86/revista-intima-e-a-violacao-aos-principios-e-garantias-fundamentais/>>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.
- COSTA, Pietro. Civitas. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DELEFRATI, Kézia Camargo; NOVAES, Elizabete David. MULHERES EM REVISTA: UMA REFLEXÃO SOBRE A REVISTA VEXATÓRIA ÀS MULHERES DE PRESOS E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. In: **Revista Ciência e Sociedade**, Macapá, n.1, v.1, jan./jun. de 2016.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DO PARANÁ. **Práticas de Segurança nas unidades Penais do Paraná**. Disponível em: <[http://www.espen.pr.gov.br/arquivos/File/caderno\\_seguranca.pdf](http://www.espen.pr.gov.br/arquivos/File/caderno_seguranca.pdf)>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma Introdução Crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Editorial Revista vexatória: o estupro institucionalizado**. Disponível em: <[https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/308-267-Fevereiro2015](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/308-267-Fevereiro2015)>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- KRÜGER, Caroline; ARRUDA, Dyego de O.; MARIANI, Augusto P. **Por dentro do cárcere**: Evidências de violência institucional em um presídio feminino na fronteira entre Brasil e Bolívia. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/15467/12436>>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- LAGO, Natália Bouças de. **Mulheres na prisão**: entre famílias, batalhas e a *vida normal*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- NOVAES, Marcelo Carneiro Novaes. Revista vexatória: a institucionalização do estupro. In: **INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL**. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-2015-web.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – A hermenêutica jurídica?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>>. Acesso em 30 de junho de 2020.



Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Revista Vexatória**. Rede de Justiça Criminal. Disponível em: <<http://www.fimdarevistavexatoria.org.br>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, 2013.

\_\_\_\_\_. **Execução Penal**: teoria crítica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

ORSOMARZO, Fernanda. A quem interessa a revista vexatória? Carta Capital. 25 de Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/25/quem-interessa-revista-vexatoria/>> Acesso em 30 de junho de 2020.



Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

## PROVOCAÇÕES HISTÓRICO-FILOSÓFICAS ACERCA DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA CRIMINAL: Convergências e Divergências entre o Sistema Brasileiro e o Sistema Norte-Americano

Pedro Keil <sup>59</sup>

Lorenzo Nicoletti <sup>60</sup>

### RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro é notório no sentido de importar figuras de direito estrangeiro. Nesta toada, cabe a indagação de se este esforço compensa, diante das diferenças, tanto históricas quanto filosóficas, em que se assentam tradições jurídicas totalmente distintas como é o caso do sistema anglo-americano em comparação ao sistema romano-germânico, em que o Brasil está inserido. Assim, o trabalho buscará contribuir para a discussão de direito comparado que envolve o papel desempenhado tanto pela persecução criminal quanto pela jurisdição estatal, em ambas as tradições, e discriminar divergências e eventuais convergências de ambas.

**Palavras-chave:** Persecução; Jurisdição; História; Bases Filosóficas

### ABSTRACT

The Brazilian legal system is notorious in the sense of importing figures from foreign law. In this respect, it is worth asking whether this effort compensates, in view of the differences, both historical and philosophical on which are based totally different legal traditions as is the case of the Anglo-American system in comparison to the Roman-Germanic system, in which Brazil is inserted. Thus, the work will seek to contribute to the discussion of comparative law that involves the role played by both criminal prosecution and state jurisdiction in both traditions, and to discriminate divergences and possible convergences of the two.

**Key-words:** Prosecution; Jurisdiction; History; Philosophical basis.

---

<sup>59</sup> Graduando em Direito pela FMP-RS. Graduando em Filosofia pela UFRGS e Pesquisador IC em ambas as instituições.

<sup>60</sup> Graduando em Direito pela FMP-RS. Especializando em Direito Europeu dos Contratos pela *Univeristé Savoie Montblanc* e pesquisador IC voluntário na UFRGS.



## 1 ANÁLISE INICIAL E HISTÓRICA

Apesar da evidente aproximação do sistema jurídico brasileiro com o *common law* no presente momento de mundialização social e jurídica, são delineadas dificuldades práticas, precipuamente em função da figura do promotor. Neste diapasão, o *plea bargaining* se caracteriza como a mais expressiva diferença dos dois sistemas criminais, como decorrência lógica de um tipo diferente de se fazer justiça penal. Faz-se necessário buscar as bases históricas de ambos sistemas, e distinguir a atividade jurisdicional da atividade persecutória da justiça, para concluir pela (im)possibilidade de inserção de figuras tornadas sólidas por anos de história em sistemas diferentes.

Em se tratando de um trabalho em direito comparado, mister ressaltar a mudança de finalidade que ocorreu com tal disciplina jurídica. O Direito Comparado como proposto no Congresso Internacional de Direito Comparado, que ocorreu em Paris no ano de 1900, era o estudo que se propunha à identificação do fundo comum do direito positivo de diversos países, em especial, ocidentais. Observa-se, no entanto, na corrente urdidura, um fenômeno que figurativamente poderíamos assemelhar ao rompimento de barreiras nacionais: A desatenção às diferenças materiais dos sistemas jurídicos aponta para uma “tentativa utópica de unificação mundial do direito” (HORBACH, 2015, p.196).

Tal empreendimento, diga-se de passagem, é muito criticado, especialmente quando dispensa um estudo mais detido das bases sociais em que se insere determinada cultura jurídica. Esta fato constitui o maior problema das atuais propostas legislativas, que não consideram o panorama histórico e filosófico do direito, e causam atrasos sociais. O trabalho tem como objetivo subjacente a oposição a esta prática tão comum.

Outrossim, é um pressuposto do presente estudo que a maior ênfase dada por um sistema jurídico à força da jurisdição implica em uma diminuição dos poderes de atuação processual da atividade persecutória. Esta conclusão se depreende de uma simples reflexão acerca da dinâmica jurídica: Tanto o promotor quanto o juiz - conjuntamente - completam uma só atividade, i.e., tornar claros os atos sociais tidos como criminosos e apreciá-los sob a égide da lei nacional.

Desta forma, testamos tanto a atividade persecutória quanto a atividade jurisdicional de duas tradições distintas, sob uma análise histórico-filosófica, e para concluir se as bases jurídicas destas duas concepções são compatíveis para as muitas “trocas jurídicas” que operam na atualidade, como se observa pela atividade legiferante do legislador pátrio, importando diversas formas jurídicas norte-americanas, ou que ao menos, legisla sob inspiração norte-americana.

Como norte para a ulterior conclusão tomamos como hipótese que um direito de tendência publicista é um direito que dá ênfase à jurisdição. Isso porque o magistrado, enquanto atuante, dá



uma decisão sempre objetiva: é a voz do Estado em relação ao caso concreto. Já uma atuação que permite a não participação do juiz na resolução da lide é um direito que permite uma abertura privatista na esfera penal, pois o promotor, enquanto particular, não decide em nome do Estado, mas entra em conflito com o interesse do acusado.

Uma análise conjuntural contemporânea do processo penal de matriz romano-germânica torna nítido o esforço em direção a um processo penal mais célere, ou para abranger todos os casos, mais simples. Este fenômeno ocorre sob a égide de figuras jurídicas importadas, como podemos ver ao comparar o preconizado pela Resolução 181/2017 e o *plea bargaining*, dado que ambos autorizam a persecução a parar a ação penal, em face de confissão do réu. Outras figuras brasileiras de inspiração estrangeira, já introduzidos no ordenamento pátrio são, por exemplo, a colaboração premiada e o processo sumário do Juizado Especial Criminal<sup>61</sup>

Uma emblemática referência da doutrina a este fenômeno está na sua definição como “*American Legal Imperialism*” (WIEGANG, 1996, p. 137), que denota a comparação com o acontecimento histórico de forte expansão do poder político norte-americano, o imperialismo. O mesmo autor aponta que o fenômeno de “americanização” do direito de tradição romano-germânica tem como antepassado histórico a reintrodução do direito romano na Europa do séc. XVII.

Diante disso, tendo sondado este fenômeno marcante, buscamos observar a atividade persecutória e a atividade jurisdicional, tanto do Brasil quanto dos EUA, tendo como norte teórico o foco em ambas como constitutivas do fenômeno jurídico. Almejamos contribuir para o debate ao traçar diferenças históricas e filosóficas que culminaram em um direito privatista baseado quase exclusivamente nos acordos de sentença e um direito publicista baseado quase exclusivamente na última voz do juiz. Feitas estas considerações preliminares, passemos então à análise histórica.

## 1.1 A Cultura Anglo-Americana

Para se estudar a história da persecução penal, tem serventia a orientação de Schünemann, para quem, a reflexão acerca do melhor modelo persecutório de uma sociedade se dá com a “maior ou menor aptidão de cada um em alcançar os objetivos do seu processo penal”. E completa que a

---

<sup>61</sup> A colaboração premiada, no entanto, não se limita à esfera criminal, se inserindo em outros ramos de direito público.



persecução funciona sob uma lógica de meios e fins, em que é meio para fins socialmente desejados (SCHÜNNEMANN, 2013, p. 244).

Ao passarmos ao enfoque da persecução operada no solo americano, devemos ter em mente que será o produto de um sem número de fatores sociais que, de forma conjunta constituem a atividade de promoção de justiça. O direito anglo-americano é criado em uma tradição de individualismo privatista (HERINGER JÚNIOR, 2014), presente como valor desde antes da Modernidade, como fica claro pela filosofia hobbesiana, e.g., que com a doutrina do *homem como lobo do homem*, visualiza uma realidade de competição individual de todos contra todos.

Destarte este individualismo, deve-se entender o sentido de autonomia que se desenvolveu desse meio, pois este norteia a atividade persecutória, porquanto o acusado é tido como alguém que deve se ver livre da acusação por si mesmo. Outro elemento desta ordem é o próprio papel ativo do promotor, que tem liberdade e discricionariedade, bem como legitimidade política, dado que o cargo de promotor é atingido por eleição local, no território americano. Outra característica das sociedades americana e inglesa é que as mesmas são estruturadas politicamente de forma descentralizada, relegando um papel secundário ao direito público (BONAVIDES, 2015).

Para melhor compreender o direito americano, passaremos a uma análise da negociação de sentença, ou *plea bargaining*, justamente por nos permitir acesso a uma mais nítida visão do sistema americano, já que mais de 94 % dos processos criminais foram concluídos por acordo do acusado com acusação no ano de 2001 (FISHER, 2003), como amostragem.

O negócio de sentença, antes de mais nada, tem como característica essencial o seu caráter de eficácia *inter partes*. Como podemos ver, "negócio" não encontrará uma definição nas clássicas doutrinas de processo penal brasileiro, exatamente por ser estranho ao processo penal lidar com um instituto de natureza *inter partes*. Dito isso, podemos nos socorrer a doutrinas civilistas para uma definição provisória de negócio. Segundo Rosenvald e Farias (2015), negócio é um fato jurídico fruto de vontade e com aptidão para produzir consequências desejadas e previstas pelas partes (ROSENVALD; CHAVES DE FARIAS, 2015).

Para a doutrina brasileira - pode-se dizer que inspirada pelas doutrinas nacionais europeias - o negócio jurídico é sabidamente fonte do direito obrigacional. Na qualidade de matriz do vínculo obrigacional ainda subdivide-se em dois formatos: Unilateral e Bilateral. Aquela que mais se assemelha ao objeto do presente estudo, por haver convergência de ânimos (vontades), é a de negócio jurídico bilateral, da qual pode-se inferir, como o faz Miragem (2018, p.93-94), que “mesmo em sistemas jurídicos identificados com anti-causalistas não se perde a noção de preservação de interesse comum, a partir de outros critérios normalmente estabelecidos por intermédio de cláusulas gerais”.



Como visto, a ideia de vontade é algo, até o momento, pouco presente no direito penal. Segundo Brandalise (2016) sua inclusão poderá ter como efeito a maior autonomia do acusado, que pode vir a dispor de mecanismo eminentemente favorável para seu interesse no momento da convergência de ânimo com o seu acusador, assim como se pode visualizar na tradição do nosso direito privado. Esse interesse, no entanto, nunca foi considerado pelo direito de origem romana, como se vê, e.g., pelo tradicional desinteresse na restauração do dano da vítima pelo direito público do continente europeu do qual o direito brasileiro é descendente histórico<sup>62</sup>.

Em segundo lugar deve-se entender, para além da predisposição proporcionada pela cultura do país de origem, que o ambiente em que se criou a figura da negociação de sentença não foi o acadêmico, mas sim a prática forense (HERINGER JÚNIOR, 2014): dada a informalidade do direito colonial norte-americano, foi-se adotando a prática de aceleração do curso processual pela negociação com o acusado, em que uma pena mais branda era a contraprestação da admissão de culpa. A negociação se insere assim, em um contexto de maior força da atividade persecutória, em detrimento da atividade jurisdicional.

Retomando a linearidade do raciocínio acerca do contexto de origem do direito americano este, ao assimilar a herança do *common law* à prática das novas colônias, se informaliza, até mesmo por razão da incipiência do aparato estatal. Assim, o que temos é um poder repressivo derivativo do *common law* e de sua primazia jurisprudencial, com umas práxis fortemente consuetudinária e pautada pela moralidade dos habitantes coloniais. A jurisdição foi, por longo tempo, produzida por leigos, sem conhecimento jurídico técnico (HERINGER JÚNIOR, 2014). O *promoter*, neste contexto, funciona como um indivíduo, com interesses, e não se identificando claramente com o Estado.

A própria persecução era operada, até o século XX nos EUA, pelos estados ou pelos municípios (situação que permanece até a atualidade na maioria dos casos). Isso é característico da organização política centrípeta de sua federação, que se organiza de forma difusa para só depois se organizar em torno de uma estrutura central. Mister é lembrar que a origem histórica da organização federativa brasileira é centrífuga, ou seja, desde o império brasileiro nosso Estado se estrutura de forma central, para apenas posteriormente se subdividir o poder político, e as competências residualmente, nos diversos estados da federação (BONAVIDES, 2015).

De acordo com Langbein (2015), a gênese do *plea bargaining*, literalmente pedido de barganha, tem como razão de ser a realidade prática, pois seu desenvolvimento ocorre *pari passu*

---

<sup>62</sup> Como descendente histórico quer-se evitar atribuir a ideia de influência do direito supranacional da União Europeia que nasce mediante a necessidade de eliminação de barreiras comerciais, com um viés regulatório do mercado e que dá origem às instituições supranacionais europeias, tal qual o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho da União Europeia.



ao aumento das causas nos tribunais. Nas suas lições aventa que, no início do direito colonial americano a Coroa Britânica não tinha grandes interesses em resolver o litígio pela via da negociação. Segundo ele, muito pelo contrário, essa via processual era até mesmo refratada. O processo corria com o trâmite normal e, como não havia inflação processual no referido período (séc. XVI), não havia poder algum de barganha pela parte do acusado. Assim, esta parcela da doutrina entende que o acordo surge para dar ao acusado mais uma ferramenta para sua defesa processual, sendo exclusivamente de interesse deste. Esta razão ditaria a superioridade do sistema americano sobre os ordenamentos de origem continental.

Em verdade, de acordo com os teóricos americanos, os sistemas processuais são essencialmente dois: o inquisitivo e o adversary (LANGER, 2004). O primeiro seria todo aquele em que a persecução penal é dirigida e protagonizada por oficiais do Estado, em busca de uma verdade que se encontra exteriormente ao processo.

Já o *adversary*, no qual o direito americano se insere, seria aquele em que há uma competição, uma disputa, entre o agente do Estado (promotor) e o acusado (DAMASKA, 1997), situação em que haveria uma maior paridade de forças entre os dois, teoricamente. Essa atuação diversa do promotor, que não busca a verdade e a justiça, mas sim a condenação será revisitada posteriormente no texto, por ser elemento dificultante da inclusão da negociação no direito brasileiro, dado o fundamento jurídico pátrio na verdade material.

Diga-se de passagem, que essa distinção dúplice da doutrina norte-americana em nada se assemelha à adotada pelos teóricos brasileiros. Para nossos doutrinadores<sup>63</sup>, o sistema inquisitivo é aquele em que não há diferença de personalidade entre quem acusa e quem julga, sendo o caso de alguns teóricos incluírem no conceito a ausência de demarcação entre a fase de investigação e a fase processual. O sistema que se contrapõe ao inquisitivo, pela nossa perspectiva, é o acusatório, em que há diferença de personalidade, bem como uma clara distinção dos princípios vetores da fase investigatória e da fase do processo (ANDRADE, 2013).

Nesta toada, seria até mesmo muito difícil não incluir o direito americano na classe do sistema inquisitivo, dado que a jurisdição é uma construção feita em grande medida pela própria acusação. Todavia, o que cabe aqui é demonstrar as milhas que separam os dois sistemas em tela.

## 1.2 A Cultura Romano-Germânica

Tendo tratado da história persecutória anglo-americana, devemos nos voltar para a tradição em que se insere o Brasil, a tradição romano-germânica. É indispensável neste ponto que

<sup>63</sup> Conceituação pacificamente aceita, e.g., NUCCI (2016), PACELLI (2009); LOPES JÚNIOR (2019).



se esclareça o conceito de tradição romano-germânica, com o fito de definir o objeto com o qual estamos tratando. O termo “direito romano-germânico” foi cunhado pelos acadêmicos do período escolástico, durante o qual se glosavam os textos do *Corpus Iuris Civilis* romano. O termo se funda sobre uma dualidade: por um lado a tradição, especialmente civilista e escrita do direito positivado na Roma antiga, por outro o direito dos “bárbaros” de caráter fortemente publicista e informal.

Apesar de bem difundida a ideia de que o direito romano era quase em sua totalidade privado, não havendo limite para a administração política dos romanos, não é essa a realidade. Existe um corte essencial no contexto jurídico itálico: entre a *iurisdictio* e o *imperium* (ou *coercio*) (BATISTA DA SILVA, 2007). O primeiro seria o campo de direito que operava pela simples declaração do direito do caso, muitas vezes uma simples composição da lide. No segundo caso, haveria uma efetiva ordem do órgão responsável por dizer o direito, uma imposição. Este segundo caso era reservado para lides em que estava em jogo o chamado interesse do *populus romanus*, ou seja, o interesse da coletividade. Este interesse recaía sobre processos de cunho político e de cunho penal.

A diferença exposta acima vem com o intuito de mostrar que a acepção da palavra “jurisdição”, na Roma antiga, era dividida em duas coisas distintas. Porém podemos tratar de jurisdição como sendo o gênero o qual tanto a *iurisdictio* e o *imperium* são espécies. A diferença precípua estava no elemento da coerção somado ao ato de vontade deferido pelo magistrado. Este tipo de processo se instaura já na República Romana (BATISTA DA SILVA, 2004), dada a maior unidade e integridade que a organização política assumia.

A jurisdição do *imperium* era, de acordo com Lopes (2014), uma forma de manter-se a ordem e a segurança de todos os jurisdicionados. Isso significa que a jurisdição, que não a exclusivamente civil de interesse *inter partes*, dizia respeito a todos os cidadãos e por isso havia essa importância no que tange aos valores socialmente cultivados. Ainda segundo o autor, o papel do direito era o de ser o instrumento de manutenção da cidade romana tradicional, o que denota um caráter eminentemente publicista porquanto ligado ao espaço comum (LOPES, 2014).

Entrando mais nas especificidades históricas do processo romano, podemos ver que é no período imperial que o direito se aperfeiçoa para tomar a feição de uma imposição totalmente estatal. Nesse momento, graças ao poder do Estado romano e sua estabilidade institucional, é atribuído a um encarregado direto do poder real a capacidade de dizer o direito dos casos (LOPES, 2014). Há aqui a centralização da jurisdição, com o direito romano atingindo sua mais rica dimensão. É este direito, em especial, que será recordado por Justiniano em seu *Corpus Iuris Civilis*.



Também devemos apontar a argumentação de Coulanges (2005) em sua obra “A Cidade Antiga”, para quem, no período romano não havia qualquer espaço para a individualidade. O cidadão pertencia, era propriedade, da sua unidade política. Exemplos dessa disposição do Estado quanto ao indivíduo são dadas pelo autor, e.g., o serviço militar obrigatório até os quarenta e seis anos em Roma, bem como a proibição do celibato, o que mostra ínfima liberdade<sup>64</sup> privada dos cidadãos romanos. Esse fato define um modo de vida sem autonomia nas funções públicas, sendo a razão histórica da ausência de participação das pessoas na atividade jurisdicional e, consequentemente, a ausência de negociação nos processos de direito público da tradição romana de direito (COULANGES, 2005).

Outra fonte de referência, nos dirigindo para o campo da filosofia, é Hegel, para quem a universalidade abstrata do conceito de homem é marca característica de um ordenamento jurídico análogo à unidade do Panteão, onde a organização política toma uma forma centralizada ímpar de seu período histórico (HEGEL, 2010).

Os apontamentos supra fazem a nós lícito afirmar pelo caráter coletivo do direito penal e administrativo romano, tanto pelo seu papel ligado à tradição romana, quanto pelos objetivos sociais a que se presta. Não resta dúvida de que, uma das fontes históricas do direito brasileiro, a saber, a tradição romana, apresenta uma clara marca de transcendência das partes imediatas do processo, no que toca aos objetivos do processo. Nas palavras de Zaffaroni (2015, p. 20): “o direito penal romano fundava-se [...] no interesse do Estado”. Assim, entendemos que os objetivos da jurisdição brasileira são fundados em interesses da coletividade.

Feitas as marcações acerca do direito romano, cabe uma breve análise do direito germânico. Por seu turno, o direito dito germânico se desenvolveu a partir da queda de Roma e da fragmentação política no contexto da Idade Média Alta. Surge não como uma imposição intransigente de determinada centralização política, mas sim da mudança das relações populares, no que habitualmente se trata como direito consuetudinário.

Esse direito fundado basicamente nos costumes e hábitos de uma vida feudal tinha a característica de não ter leis escritas e, ao mesmo passo, romper com o formalismo romano, em especial, com os ritos deste último. Uma transgressão moral era tida como uma ruptura de paz (BITENCOURT, 2015), o que imediatamente legitimava uma reação ao suposto agressor, até mesmo por parte do agredido ou sua família, fato que levava o nome de “vingança de sangue”.

Já na Baixa Idade Média, a antiga vingança privada foi extinta e a jurisdição passou a ser totalmente atributo do poder central, sob a égide de uma legislação formalizada com os valores

---

<sup>64</sup> A noção de autonomia seria problemática porque implicaria “poder” dos cidadãos, o que eles efetivamente tinham. A palavra liberdade parece traduzir melhor a ideia de discricionariedade, sendo que os costumes eram determinantes da conduta acima de qualquer vontade individual.



comuns do povo germânico. Além de haver alguma espécie de restauração pessoal ao delito nessa fase do direito germânico, parte de todas as penas era o chamado “preço de paz”, por meio do qual uma quantia pecuniária era entregue ao líder político germânico. Isso demonstra o caráter público da ofensa criminal: devia-se restituir a quebra de pacificidade operada pelo transgressor. Aqui a paz tem um sentido coletivo e irredutível aos envolvidos.

Como afirma Zaffaroni (2015), o desenvolvimento da organização social dos povos germânicos tem como característica um processo de publicização do direito penal. Inicialmente, dado o caráter privatista das relações de um povo violento e radicado na guerra, havia uma organização de sanção que cabia ao próprio vitimado. Posteriormente o direito foi, de forma natural, se adaptando a uma mudança das relações e uma estatização da organização das sanções, que eram marcadamente não punitivistas e que buscavam recompor um senso de paz violada.

Essa exposição histórica buscou mostrar os contextos dos diferentes processos penais através da tradição em que os mesmos se inserem. Partindo da premissa formulada por Schünemann (2013), de que um sistema penal de determinada sociedade se avalia pelos objetivos aos quais o processo penal se empenha, advogamos pela diferença de objetivos entre o *common law* e o *civil law*. A tradição penal do *civil law* elegeu para si o objetivo de buscar a verdade material consistente, a saber, "na comprovação segura de que a norma de conduta fora realmente violada".

Percebe-se que este conceito de verdade é incompatível com uma verdade baseada no acordo. A construção da figura do acordo não tem um compromisso real com a verdade, mas sim, exclusivamente, com a admissão de culpa (ou apenas com a aceitação da pena, no caso do *nollo contendere*). A anuência do réu quanto a sua pena, mesmo que essa seja fruto de exigência própria sua, está longe de tornar o resultado do processo mais próximo do que realmente aconteceu. O que esse tipo de instituto preza é por fazer a vontade das partes, tanto a do acusado (que terá uma diminuição de pena) quanto do promotor (que buscará a penalizar o réu). Se dará preponderância ao que for dito pelas partes em detrimento do que é conclusivo pelas provas.

As categorias de verdade serão objeto de maiores reflexões na continuação do texto mas, neste momento cabe mostrar a função social do processo nas duas tradições diferentes, e ainda, concluir pela dificuldade natural da implementação de um instituto (a negociação) que busca uma função não exercida pela jurisdição do direito brasileiro, jurisdição penal essa com foco na verdade material e na ideia demarcada de direito voltado para objetivos públicos, dada pelos séculos as conjunturas remissivas do binômio cultura romana e cultura germânica.



## 2. ANÁLISE FILOSÓFICA

Feita a leitura das diferenças históricas dos dois sistemas jurídicos, passamos a analisar filosoficamente ambos os sistemas, isto é, percorremos entre as tradições filosóficas de ambos, a fim de apontar suas diferenças fundamentais, especialmente no que toca ao conceito de “verdade”, não nos furtando, no entanto, da Filosofia Política, observada a complementariedade das supraditas concepções.

### 2.1. A Episteme

O sistema norte-americano está comprometido com o conceito de verdade formal, enquanto o direito continental europeu, bem como o direito brasileiro, está comprometido com a verdade material, por razões que perpassam a história de ambas culturas, como será exposto a partir de agora.

É pacífico na doutrina, tanto pátria quanto estrangeira, que o que é buscado com o processo penal é a verdade. Esta seria a versão dos fatos que corresponda ao que ocorreu, fidelidade com o objeto factual em tela no trâmite processual. Gera divergências, porém, o que significa, ou melhor, o que torna este conceito de verdade aquilo que ele é. Essa diferença, mais do que derivar de construções filosóficas argumentativas, se constitui de diferenças nos objetivos do processo, apontados no início do texto.

O desenvolvimento histórico anglo-americano cristalizou o que veio a ser denominado pela doutrina como verdade formal (PACELLI, 2009). Essa visão filosófica da verdade não leva em consideração um objeto processual exteriorizado e objetivo dotado de realidade de *per se*, como seria buscado pelo realismo ontológico. Diferentemente deste último, o processo americano, sem distinções entre criminal e cível, tem como centro de sua razão de ser, a disputa entre partes. Em decorrência disso, a verdade não é algo que independe da participação das partes: estas devem participar na construção da verdade. Assim, uma omissão de atividade de um acusado pode ser reputada culpa sua, e não há injustiça por ter o réu perdido a oportunidade de se manifestar.

Algo bem diferente ocorre nos sistemas que fundam o seu objeto na verdade material, ou verdade processual (PACELLI, 2009). Isso porque a verdade material considera como mais importante a realidade existente em si mesma. Não dependente do curso processual e da atuação dos sujeitos processuais, mas apenas da conduta típica, ilícita e culpável. Deve-se notar que, perante a



jurisdição criminal da tradição do civil law, o acusado não é tratado como um sujeito atuante, capaz de se defender sozinho. Ele é um objeto perante julgamento, com relativa inércia no convencimento judicial. O juiz formará a sua convicção buscando uma pena proporcional, mas tendo como destinatário final de restauração o próprio Estado e a coletividade, e não para cumprir uma vingança privada do ofendido. O ofensor também, apesar de resguardar a totalidade de seus direitos positivados, não tem seu próprio interesse como centro do processo: ele vai receber aquilo que a coletividade elegeu democraticamente como consequência de uma conduta não aceita, nem mais e nem menos que isso.

O maior problema da verdade formal se encontra no fato de que a atividade forense faz parte do objeto julgado pelo juiz. Isso quer dizer que, ao atuar mal perante o agente jurisdicional, haverá legitimidade de uma condenação mais rígida. Enquanto isso, com a adoção da verdade material, o agente condenado não tem obrigação alguma de agir de determinada maneira perante seu julgador. O objeto de juízo é tão somente aquele material factual praticado no momento do pretense crime.

Conclui-se que, dado os pressupostos históricos da cultura jurídica norte-americana, o *district attorney* tem a sua maior autonomia de atuação justamente por não ser responsável por reconstruir a verdade factual. A verdade almejada pelo promotor americano é a verdade formal intraprocessual, que depende da atuação dos agentes processuais apenas.

Sendo o promotor um particular, com interesses próprios, não caberia, e.g., exigir legalmente que a persecução respeitasse uma norma da obrigatoriedade da ação penal, que incumbiria o promotor a permanecer no processo enquanto sua avaliação jurídica entender ser devida. Tal norma direciona a atividade persecutória brasileira, e incumbe o promotor a, em tese, fazer um pré-julgamento das questões de fato e de direito, antes do crivo judicial.

Por isso, a liberdade persecutória está diretamente relacionada com esta escolha do Legislador americano, político-filosófica, que dá margem para uma atuação maior do promotor, enquanto entidade autônoma.

## 2.2. A Política

Conjurando tal interpretação, queremos sugerir que essa figura do promotor natural americano é corolário de fins políticos próprios do Ordenamento americano de direito: a Ordem é mantida, no solo dos EUA, por uma atribuição dos *district attorneys* de “procurar” trazer à lume as infrações à lei de seu país. O juiz, neste contexto, serve apenas como regulador desta atuação, tendo um papel muito mais simbólico que real.



No Brasil a situação é senão inversa: o promotor atua como *custos legis*, incumbido de “pré-julgar” o acusado e participar de forma minoritária da jurisdição. Não que seja o promotor de justiça um magistrado, mas sua atuação já é em si, limitada por uma normatividade que o imobiliza. Ao juiz cabe dizer o direito, buscar meios de convicção e demandar produção de provas. Ao promotor cabe fazer o papel, um pouco menos imparcial, de acusador do sujeito objeto do processo.

A prova que fará o promotor natural brasileiro é quanto aos fatos reais, respeitando regras de legalidade probatória, que o impedem de “jogar” contra o acusado. É por isso que, “levando a sério” a reconstrução da conduta objeto de análise jurídica, o promotor não pode simplesmente negociar com o acusado, ou melhor, não poderia. Todavia, o Legislador, em tempos atuais, tende a inserir na legislação pátria diversas figuras jurídicas que contradizem as bases histórico-filosóficas do Direito Brasileiro.

Pressupondo que toda a cultura é representada, em grande medida, pelos pensadores que justificaram racionalmente seus princípios e valores fundantes, podemos apontar o papel preponderante que o filósofo e economista Adam Smith tem nesta representação de valores da cultura norte-americana. Trazendo este pensador, *en passan*, pretende-se demonstrar como suas reflexões se identificam com a forma de persecução atualmente desenvolvida pelos EUA.

Segundo Adam Smith (1978) o bem-comum é alcançado quando todos os indivíduos agem pelo seu próprio interesse. Desta forma, a sociedade como um todo é beneficiada pois a economia cresce diante da competição interna do mercado.

Esta reflexão é análoga a atuação ministerial americana: o promotor americano serve à sociedade, apenas enquanto age como um indivíduo auto interessado. O Legislador americano cria o papel de indivíduos incumbidos de buscar a condenação de seus infratores que, agindo de forma a condenar o maior número de criminosos, acaba por exercer seu papel social.

Esta reflexão também serve para mostrar que, em solo brasileiro, tal atuação é incompatível com a sociedade, em virtude da fundamentação diversa do promotor. O promotor brasileiro é alguém que tem a sua própria função já voltada para o em da sociedade, não havendo que se falar em auto interesse do promotor brasileiro. A conduta ministerial não é baseada no propósito de condenar, mas de fazer a lei ser cumprida. O promotor é exatamente o ente que, diante da necessária inércia jurisdicional, irá impulsionar a justiça para a sua consecução.

## CONCLUSÃO

É difundida na doutrina hoje uma imagem do processo contencioso como algo retirado da mente de Kafka (2000). Nesta imagem, segundo um pensamento pessimista da atual situação



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

do direito penal, praticamente qualquer alteração procedimental na luta contra este processo demasiado burocrático estaria justificada. A ciência jurídica não pode permitir que se argumente contra o atual processo e suas garantias baseando-se em apontamentos de caráter ideológico. A longa duração do processo é sim um problema, no entanto o seu combate pode ser materializado em (diversas) formas outras que a inserção artificial de um conceito importado de uma tradição jurídica deveras distinta, de maneira que sempre sejam asseguradas as garantias processuais arduamente conquistadas. Não há que se buscar atalhos se estes criam figuras já fadadas ao fracasso apenas pela sua teoria.

Foi demonstrado que a jurisdição e a persecução criminal são duas forças de um mesmo fenômeno: o processo. Estas forças variam de Ordenamento para Ordenamento, e esta diferença é exatamente o óbice à aplicação subsuntiva de um instituto jurídico importado no ordenamento nacional. Diante disso, é mister tomar cautela para com as peculiaridades do processo penal brasileiro, levando em conta a busca pela reconstrução da verdade material, como objetivo do procedimento que se opera. Também devemos recordar que é da natureza do processo nacional a maior atuação da jurisdição em detrimento da atuação ministerial, dado o desenvolvimento histórico com tendência mais publicista da nossa cultura.

O promotor americano é alguém com interesses particulares, que é investido de sua função para, apenas em um segundo momento, desempenhar um papel social. Cumpre assimilar a atuação persecutória nos EUA com a reflexão de Adam Smith: se é agindo pelo seu próprio interesse que os indivíduos servem ao bem comum, é apenas agindo também como um particular que o promotor americano serve à sua função social. A comparação filosófica diz muito da organização social dos EUA, mas entra em contradição se aplicada à sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**, 2ª Edição, Editora Juruá, Curitiba, 2013
- BATISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 2007
- BATISTA DA SILVA, João. **Processo Romano, Instrumento da Eficácia Jurisdicional**, Editora Líder, Belo Horizonte, 2004
- BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal** vol. I, Editora Saraiva, São Paulo, 2015
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**, 10ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2015.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes**, Editora Juruá, Curitiba, 2016.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, 2ª Edição, Martins Fontes, São Paulo, 2005



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

- DAMASKA, Mirjan R., **Evidence Law Adrift**, Yale University Press, USA, 1997.
- FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America**, Stanford University Press, USA, 2003
- HEGEL, G. W. F., **Filosofia do Direito**, 2ª Edição, Editora Loyola, São Paulo, 2010
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O Sistema de Justiça Criminal dos Estado Unidos**, Núria Fabris, Porto Alegre, 2014
- HORBACH, Carlos Bastide. **O Direito Comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.12, n.2, 2015.
- KAFKA, Franz. **O Processo**, Companhia das Letras, São Paulo, 2000
- LANGBEIN, John H., **The Origins of Adversary Criminal Trial**, Reprint, Oxford University Press, USA 2010.
- LANGER, Maximo. **From Legal Transplants to Legal Translations**, Harvard International Law Journal vol. 45, nº 1, USA, 2004
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**, 5ª Edição, Atlas Editora, São Paulo, 2014
- PACELLI, Eugênio de Oliveira, **Curso de Processo Penal, 11ª Edição, Lumen Iuris Editora, Rio de Janeiro**, 2009
- ROSENVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil 1: Parte Geral e LINDB, 13ª Edição, Atlas Editora, São Paulo**, 2015
- SCHÜNEMANN, Bern. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**, Marcial Pons Editora, São Paulo, 2013
- SMITH, Adam, **Investigação Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**, Abril Editora, São Paulo, 1978.
- WIEGANG, Wolfgang, **Americanization of Law: Reception or Convergence?**, Colorado Westview Press, USA, 1996
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 11ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo**, 2015



## DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NA AMAZÔNIA: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DE BARCARENA-PA

Renata Saciloto de Bastos<sup>65</sup>

Evilhane Jum Martins<sup>66</sup>

### RESUMO

A presente investigação trata dos conflitos socioambientais em virtude das violações de direitos territoriais e culturais dos povos tradicionais da Amazônia decorrentes do modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil. Nesse sentido, a partir do caso de Barcarena/PA, objetiva-se examinar os efeitos desse modelo sobre os direitos dos povos amazônicos. Além disso, busca-se aportes no socioambientalismo para a construção de um outro desenvolvimento para a Amazônia, atento as peculiaridades socioculturais e ambientais da região, em que estejam assegurados os direitos dos povos tradicionais. Para tanto, a investigação sustenta-se na seguinte problemática: quais as possibilidades de concretização dos direitos dos povos e comunidades tradicionais diante do modelo de desenvolvimento econômico adotado pelo Brasil? A fim de responder a referida problemática, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base/Abordagem, utiliza-se a perspectiva sistêmica, congregando ares do saber como Direito, Sociologia e Ciência Política. O Procedimento consiste na pesquisa bibliográfica e documental. A técnica empregada cinge-se na construção de fichamentos e resumos estendidos. Assim, a pesquisa que aqui se delineia é composta por duas seções sistematicamente interligadas. Na primeira seção analisa-se a questão do desenvolvimento econômico na Amazônia e os impactos nos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais de Barcarena/PA, decorrentes da atividade mineradora na região. Na segunda sessão, perquire-se o socioambientalismo enquanto paradigma para um novo modelo de desenvolvimento para a Amazônia e sua influência sobre a Constituição Federal Brasileira. Por fim, como resultado, obteve-se que o socioambientalismo é uma perspectiva capaz de efetivar direitos aos povos tradicionais amazônicos.

**Palavras-chave:** direito; desenvolvimento; povos e comunidades tradicionais; socioambientalismo.

---

<sup>65</sup> Acadêmica do décimo semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus de Santiago. E-mail: sacilotorenata@gmail.com.

<sup>66</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), Professora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: evilhane.martins@urisantiago.br.



## INTRODUÇÃO

A presente investigação trata dos conflitos socioambientais decorrentes da violação de direitos territoriais e culturais dos povos tradicionais da Amazônia em virtude do modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil. A Amazônia é uma região que concentra uma imensa biodiversidade e, portanto, não é por acaso que a região permanece na mira dos países desenvolvidos que vislumbram um grande potencial de exploração de matérias primas na região.

Porém, a Amazônia também é o berço de uma grande sociodiversidade, reunindo diversos povos que dela extraem sua subsistência e, também, dependem para a manutenção de seus modos de vida culturalmente diferenciados. Desse modo, a região é objeto de inúmeros conflitos territoriais, na medida em que o modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil é predatório dos recursos naturais e, conseqüentemente, violador de direitos desses povos. Em virtude disso, objetiva-se, de modo geral, analisar os efeitos do modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil sobre os direitos dos povos e comunidades tradicionais amazônicos, lançando-se olhares para o caso de Barcarena/PA.

Frente a tais considerações, a pesquisa sustenta-se na seguinte problemática: quais as possibilidades de concretização dos direitos dos povos e comunidades tradicionais diante do modelo de desenvolvimento econômico adotado pelo Brasil?

Com o intuito de responder ao questionamento proposto, a metodologia escolhida obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base/Abordagem, utiliza-se a perspectiva sistêmica, congregando ares do saber como Direito, Sociologia e Ciência Política. Tal abordagem permite que a análise que se realiza seja capaz de averiguar questões que pertencem ao mundo jurídico, mas não só. O Procedimento consiste na pesquisa bibliográfica e documental, com consulta em obras impressas e em meios eletrônicos. A técnica empregada cinge-se na construção de fichamentos e resumos estendidos.

Assim, a pesquisa que aqui se delineia é composta por duas seções sistematicamente interligadas. Lançando-se olhares para os impactos socioambientais produzidos pela mineração em Barcarena/PA, na primeira seção objetiva-se analisar os efeitos do modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil nos direitos dos povos e comunidades tradicionais amazônicos.

Na segunda sessão, analisa-se o socioambientalismo enquanto perspectiva advinda das lutas do movimento social e ambientalista e sua influência sobre a Constituição Federal Brasileira. Busca-se compreender se o socioambientalismo é capaz de congrega os indivíduos na busca de



um novo modelo de desenvolvimento que não seja predatório e violador de direitos dos povos e comunidades tradicionais amazônicos.

Por fim, como resultado obteve-se que o socioambientalismo é capaz de reconhecer a relação intrínseca e de complementariedade existente entre homem, natureza e sociedade, o que é fundamental no Brasil, sobretudo para a região amazônica. Assim, tem-se que o socioambientalismo é um paradigma adequado para a concretização de direitos aos povos e comunidades tradicionais amazônicos, mas, para tanto, deve ser considerado quando da solução de conflitos e na formulação de políticas públicas sociais.

## **1 DESENVOLVIMENTO PREDATÓRIO E VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS AMAZÔNICOS: o caso de Barcarena/PA**

A Amazônia é uma região que concentra uma imensa biodiversidade. Trata-se de um gigantesco ecossistema de floresta tropical úmida que se alastra sobre uma área de 8 milhões de km<sup>2</sup> na América Latina, estando presente nos territórios de nove países (Brasil, Suriname, Bolívia, Equador, Colômbia, Venezuela, Guiana, Peru, e Guiana Francesa). Somente no Brasil, a floresta Amazônica cobre cerca de 5 milhões de km<sup>2</sup> do território e reúne uma multiplicidade de espécies da flora e da fauna, além de ser riquíssimas em recursos minerais e hídricos. Não é por acaso, portanto, que a região permanece na mira dos países desenvolvidos que vislumbram um grande potencial de exploração de matérias primas na região.

A floresta amazônica é a mais extensa floresta tropical do mundo. 1/6 de toda a água doce do planeta corre na bacia amazônica. Também é o maior banco genético do mundo. Segundo o ex-diretor do INPA, professor Herbert Schubart, em apenas um hectare da Amazônia existem mais espécies vivas do que em todas as florestas do mundo temperado. E no hectare vizinho as espécies não se repetem. A Amazônia também abriga jazidas minerais entre as mais importantes do planeta (Serra dos Carajás, Serra Pelada, a bauxita de Oriximiná, para ficar com somente algumas). Por dia, são exportadas mais de 100 mil toneladas de ferro só pelo porto de Itaquí, inclusive com energia subsidiada, onde as corporações brasileiro-multinacionais, como a Vale do Rio Doce, pagam pelo quilowatt somente 1/33 do que paga um cidadão brasileiro comum quando acende o interruptor de sua casa. Na região do Complexo Grande Carajás, boa parte das florestas é usada como carvão vegetal para que se faça o ferro gusa e, assim, se exporte o ferro limpo para o primeiro mundo (PORTO GONÇALVES, 2008, p. 22)



Entretanto, para além de ser um ecossistema biodiverso, a Amazônia também é abundante em diversidade cultural, na medida em que abriga muitos povos tradicionais<sup>67</sup> que conservam os costumes repassados por seus ancestrais e que possuem conhecimentos para um manejo diferenciado e não predatório dos recursos naturais. São indígenas, quilombolas, seringueiros, castanheiros, pescadores artesanais, ribeirinhos e inúmeros outros que, de forma comunitária, utilizam as riquezas amazônicas para sua sobrevivência e ocupam territórios almejados pelos mais diversos interesses econômicos sobre essa biodiversidade (PORTO GONÇALVES, 2008).

Em uma análise da história da ocupação e da exploração econômica da região Amazônica, não é difícil perceber que os modelos de desenvolvimento econômico governamentais implementados no Brasil sempre foram predatórios de toda a biodiversidade presente em seu território e contrastam com a realidade sociocultural amazônica. Essa perspectiva se intensificou a partir do advento da nova ordem política e econômica, denominada globalização, verificada a partir da segunda metade do século XX.

No cenário nacional, esse período foi marcado pela emergência de um discurso desenvolvimentista e pelas iniciativas de modernização da economia levadas a efeito pelos governos ditatoriais a partir de 1964, contexto em que a Amazônia ganhou enorme relevância. O governo passou a implementar uma série de medidas com o objetivo de ocupar e integrar a Amazônia ao desenvolvimento nacional, tais como a execução de obras de infraestrutura, a promoção e o incentivo do deslocamento de trabalhadores rurais para projetos de colonização e a instituição de incentivos fiscais voltados a atrair empreendimentos econômicos privados ligados ao agronegócio, a mineração e a atividade madeireira (SANT'ANA JÚNIOR, 2004).

Com relação à Amazônia, esse discurso incorpora a proposta de integração das suas amplas faixas de terras, vistas como imensos “vazios” demográficos, ao desenvolvimento nacional. Isto significava que a ação governamental se baseava na possibilidade de controle racional sobre a, até então, indomável floresta. Se no primeiro momento de ocupação da região, em especial nas áreas

<sup>67</sup> O Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, define Povos e Comunidades Tradicionais como: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. De acordo com Souza Filho (2017, p. 2011), há uma variedade de termos genéricos utilizados para designá-los: “A Convenção 169/OIT os chama de tribais em oposição aos indígenas, reservando este para os povos com formação e tradição anteriores ao processo de colonização e tribais para os formados sob a égide do processo colonial. A lei brasileira os tem chamado de populações tradicionais (...) O que identifica estes povos ou comunidades ou populações, independentemente do nome genérico que se lhes dê, é o fato de possuírem direitos não-individuais, isto é, que tem direitos não incorporados a um patrimônio privado ou estatal no sentido específico da modernidade. Estes direitos coletivos se adquirem pelo nascimento ou outra forma de incorporação ao grupo. Mas o primeiro direito destes coletivos é o de existirem como tal, ou o de serem reconhecido como coletivo, comunidade ou povo, tal como os indígenas. A partir deste reconhecimento, outros direitos podem advir, como o direito à territorialidade, à jurisdição própria, à consulta prévia sobre a prática de qualquer ato que possa ocasionar modificação ou lesão aos direitos, etc”.



de exploração da borracha e outras formas de extrativismo, a atividade humana havia, em grande medida, se adaptado às condições impostas pela natureza; nesse segundo momento, o sinal é invertido, e a crença no poderio de controle racional sobre esta mesma natureza passa a ser um componente fundamental do imaginário que impulsiona as políticas voltadas para a Amazônia (SANT'ANNA JÚNIOR, 2004, p. 06).

As investidas do governo federal sobre a Amazônia resultaram em efeitos locais, na medida em que os governos estaduais passaram a agir de forma a se adequar às diretrizes nacionais na busca de atrair o tão propagado desenvolvimento para suas regiões. Entretanto, nunca houve a consideração das especificidades locais e dos anseios das comunidades tradicionais nesse projeto. Diante disso, ao mesmo tempo, passou a haver uma articulação dos movimentos sociais em face das consequências advindas do processo de modernização que vai sendo implantado sem a participação dos povos tradicionais, alterando seus modos de vida e seus costumes (SANT'ANNA JÚNIOR, 2004).

Desde então, a Amazônia brasileira se tornou palcos de inúmeros conflitos territoriais envolvendo as comunidades tradicionais, que a habitam e dela retiram seu sustento, e as empresas que vislumbram o potencial econômico da região e passam a explorar os recursos naturais no local sem nenhuma responsabilidade social e ambiental, com a chancela dos governos que cedem aos desígnios dos países ricos e contribuem para a manutenção da subserviência do Brasil, dissimulada sob o discurso do desenvolvimento e do progresso para o país.

A verdade é que, embora as relações de poder e de dominação tenham se reconfigurado ao longo do tempo, o Brasil nunca deixou de ser colônia sob o aspecto político-econômico e cultural, imperando o que Anibal Quijano (2005) denomina de “colonialidade do poder”. Na perspectiva da colonialidade do poder, desvelam-se os motivos que fazem com que se mantenha a persistência da condição de submissão dos países periféricos, tais como o Brasil, aos ditames geopolíticos e econômicos dos países desenvolvidos, de forma semelhante a que ocorria no período colonial.

(...) é fundamental reconhecer que a história da América Latina revela de forma muito clara o caráter de submissão atribuído ao continente em relação aos países ditos desenvolvidos. Em meio a tal condição que se perpetua desde a colonização do continente latino-americano, a imposição do desenvolvimentismo e a definição de padrões eurocêtricos em diversas searas acaba por atender aos interesses hegemônicos de países desenvolvidos, os quais têm a periferia como território livre para exploração e imposição de paradigmas que lhe são caros (...) a reformulação do colonialismo em um processo de colonialidade buscou manter a subserviência da América Latina diante do poder eurocêntrico, a fim de que a independência consistisse apenas em elemento impulsionador de uma nova forma de domínio que atendesse aos interesses do novo modo de organização socioeconômica que viria a se perfectibilizar, baseada em um sistema-mundo puramente capitalista. Nesse sentido, o poder exercido por intermédio do processo de colonialidade se



reorganizava por meio da adesão voluntária dos Estados latino-americanos ao modelo de desenvolvimento imposto, aderindo a regras geopolíticas e econômicas conforme os auspícios dos Estados ditos desenvolvidos. (MARTINS, 2018, p. 66-68).

Buscando desfrutar de condições econômicas idênticas às dos países desenvolvidos, como se fosse o único caminho possível a ser seguido, o Estado brasileiro adota um modelo de desenvolvimento extremamente predatório dos recursos naturais e violador de direitos dos povos culturalmente diferenciados. Esse modelo é evidenciado, por exemplo, na prioridade concedida à exportação de *commodities*. Conforme Derani e Scholz (2017), o modo de produção de *commodities* para exportação resulta em externalidades negativas, que envolvem desmatamento, monoculturas, organismos geneticamente modificados, utilização de insumos químicos, sendo extensos os impactos ambientais e sociais de tais processos, os quais precisam ser levados em conta na manutenção de uma sociedade e de seus modos de produção.

Ademais, o aparato jurídico normativo brasileiro se mostra bastante flexível no que se refere às relações trabalhistas, ao uso da terra, à preservação e proteção do meio ambiente, dentre outros aspectos, o que faz com que o país se torne um atrativo para megaempreendimentos internacionais, os quais não possuem quaisquer compromissos com as necessidades e interesses das comunidades onde estão inseridas e com a proteção e preservação do meio ambiente no entorno dos locais explorados.

A exploração de recursos naturais em Barcarena, município pertencente à mesorregião metropolitana de Belém, no Pará, ilustra a referida problemática. Diante do contexto de globalização da economia e, por conseguinte, da política de inserção da Amazônia no mercado econômico mundial, em meados da década de 1970, o governo promoveu a redistribuição das terras de Barcarena para a implantação de um Complexo Industrial.

A criação desse polo industrial ocorreu mediante a desapropriação de terras e remoção das famílias de seus territórios originários, privilegiando interesses estrangeiros em detrimento das relações socioculturais e com o meio ambiente das populações tradicionais locais (CARMO, 2015). Desse modo, a atividade industrial vem, há várias décadas, acarretando prejuízos socioambientais e violando direitos humanos das comunidades tradicionais em Barcarena.

A partir de meados de 2003, houve uma intensificação das denúncias acerca da poluição e contaminação sistemática do ar, dos solos e das águas de Barcarena em virtude do incremento da atividade industrial no local<sup>68</sup>. O dano constatado mais recentemente, em fevereiro de 2018, refere-se à contaminação dos solos e igarapés com produtos químicos e tóxicos oriundos do

<sup>68</sup> Os impactos ambientais gerados pela atividade industrial em Barcarena foram objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito. Em seu relatório final, a CPI elencou os danos verificados na região nos últimos quinze anos, sendo possível vislumbrar que a grande maioria deles é fruto da atividade mineradora.



processo de produção de alumina a partir da bauxita<sup>69</sup>, realizado pela transnacional norueguesa Hydro Alunorte, mineradora que opera no local. A contaminação se deu em razão de irregularidades no funcionamento de uma bacia de rejeitos e de um duto clandestino para descarte das águas contaminadas pelo processo produtivo, sem tratamento e diretamente no meio ambiente (PARÁ, 2018).

De acordo com o Parecer Técnico-Científico SAMAM/IEC 001-2018 emitido pelo Instituto Evandro Chagas, órgão de pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde, as análises físico-químicas realizadas após o vazamento de lama vermelha de uma das barragens demonstraram a contaminação das águas de igarapés e rios por nitrato, alumínio e metais tóxicos, que são responsáveis por causar inúmeras doenças. Em decorrência da grave contaminação das águas e do solo, o modo de vida e a saúde dos povos tradicionais foi completamente impactado, tendo em vista que dependem sobremaneira destes recursos para sua subsistência, consoante bem retratado no documentário “Tinha Gosto de Perfume: Barcarena e os crimes ambientais impunes”.

Frise-se que a mineração é uma atividade econômica que acarreta imensos impactos socioambientais. Dentre suas principais implicações negativas, pode-se mencionar a contaminação do solo e das águas superficiais e subterrâneas com substâncias tóxicas, alterações no nível do lençol freático, desequilíbrio dos ecossistemas, com destruição da flora e da fauna, assim como uma diversidade de consequências à saúde humana (VALLE, 2002).

Cumprasseverar que esses impactos não estão limitados ao período em que a exploração da atividade ocorre. Atentando a isso, a Constituição Federal de 1988 e o Decreto Lei nº 227/67 (Código de Mineração) estabelecem a obrigação, daquele que explora recursos minerais, de recuperar o meio ambiente degradado. Mesmo assim, não são raras as vezes em que as mineradoras encerram suas operações, seja pelo esgotamento das jazidas ou por acontecimentos que inviabilizam totalmente a exploração naquele local (a exemplo do que ocorreu em Mariana e Brumadinho, no Estado de Minas Gerais) deixando para trás um enorme passivo ambiental (VALLE, 2002).

Para além disso, a atividade mineradora carece de uma infraestrutura que viabilize a extração em níveis industriais: há a necessidade de abertura de estradas, de deslocamento de terras, da utilização de maquinário pesado e de mão de obra especializada para trabalhar nas

---

<sup>69</sup> Consoante Parecer Técnico-Científico elaborado pelo Instituto Evandro Chagas (2018), durante o processo de produção de alumina se estima que são produzidas até 2 toneladas de resíduo classificado como perigoso e que é denominado lama vermelha. O inventário mundial mostrou que de 1900 até 1980 foram produzidas 1 bilhão de toneladas de lama vermelha em todo planeta. No período de 1980 a 2000 esse estoque passou de 2 bilhões e até 2015 já era superior a 3 bilhões, dados que mostram o aumento da produtividade de alumina e consequentemente de resíduos de lama vermelha. Hoje se estima que a produção mensal de resíduos de lama vermelha passe de 120 milhões de toneladas por mês, ou seja, por ano já se produz mais de 1 bilhão de toneladas, quantidade que se levou 80 anos para produzir.



minas, o que atrai pessoas de outros locais, implicando na criação de novos alojamentos para abrigá-las e, assim, promovendo uma reconfiguração dos espaços (VALLE, 2002).

Diante disso, é inegável que as comunidades tradicionais que habitam as terras onde há exploração da atividade mineradora tem seus direitos violados na medida em que sua sobrevivência está atrelada ao pleno exercício de seus direitos territoriais, ou seja, “à possibilidade de continuarem utilizando tradicionalmente suas terras e os recursos naturais aí existentes, o que por sua vez depende da manutenção de suas formas peculiares de organização social, fator chave para a sustentabilidade na utilização dos recursos” (VALLE, 2002, p. 127).

Aqui, cumpre trazer à lume as ideias de Vandana Shiva (2002), para quem a diversidade cultural e a diversidade biológica não podem ser dissociadas. Segundo a autora, a diversidade dos ecossistemas fez emergir diferentes formas de vida e culturas plurais, na medida em que as comunidades aprenderam a manejar os recursos naturais para extrair sua sobrevivência e, desse modo, construíram diversos sistemas de saberes. Shiva evidencia que a diversidade dos ecossistemas e dos modos de vida encontram-se ameaçadas pelos resultados daquilo que chama de “monoculturas da mente”, termo que usa para caracterizar o sistema de conhecimento moderno dominante<sup>70</sup>.

Ocorre que esse sistema de saber consiste em um particularismo, na medida em que é originário da cultura ocidental e, por isso, tende a substituir a diversidade pela homogeneidade e uniformidade. Dentre suas características, a partir das ideias de Shiva (2002), pode-se elencar, em síntese, que esse sistema de conhecimento dominante tem fortes laços com um projeto de desenvolvimento econômico sem compromisso com as necessidades humanas; é incompatível com a igualdade e a justiça, porquanto exclui aqueles que não tem acesso a ele; distingue entre saber prático e conhecimento científico, dispensando o primeiro e qualificando-o como inadequado; é colonizador; é antidemocrático e excludente, na medida em que impede a participação de uma pluralidade de sujeitos e descarta a pluralidade de ideias. Desse modo:

A democratização do saber transformou-se num pré-requisito crucial para a liberação humana porque o sistema de saber contemporâneo excluiu o humano por sua própria estrutura. Um processo desse tipo de democratização envolveria uma tal redefinição do saber que o local e diversificado viria a ser considerado legítimo e visto como um saber indispensável porque a concretude

<sup>70</sup> “Na América Latina os povos originários e a natureza sofreram direta e fortemente o impacto da colonização moderna. De fato, a expansão da modernidade a partir do século XVI alterou profundamente o processo de organização dos povos residentes na América e afetou de forma destruidora a natureza no continente. Os povos foram sucumbindo, miscigenados, assimilados ou sumariamente mortos, forçados a perder a identidade, a língua, a cultura e o território ancestral para se transformar, individualmente, em trabalhadores nem sempre livres. A natureza, saqueada e substituída, foi empobrecendo em sua densa e rica diversidade, perdendo espécies, exuberância e beleza. O extrativismo de grandes quantidades de minérios e a monocultura de vastas extensões foram a tônica da colonização, além da forma de trabalho, baseado na escravidão e no servilismo “ (Souza Filho, 2017, p. 198).



é a realidade, a globalização e a universalização são meras abstrações que violam o concreto e, por conseguinte, o real. Essa passagem da globalização para o saber local é importante para o projeto de liberdade humana porque libera o saber da dependência de formas estabelecidas de pensamento, tornando-o simultaneamente mais autônomo e mais autêntico. A democratização baseada numa “insurreição do saber subjugado” é um componente desejável e necessário dos processos mais amplos de democratização porque o paradigma anterior está em crise e, apesar de seu poder de manipulação, é incapaz de proteger tanto a sobrevivência da natureza quanto a sobrevivência humana (SHIVA, p. 81).

Diante do exposto, observa-se que o modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil é predatório das riquezas naturais presentes na Amazônia e produz violações de direitos dos povos e comunidades tradicionais, gerando conflitos que tem implicações jurídicas. Nesse caso, faz-se necessário buscar subsídios que, frente a esses conflitos, ofereçam outras possibilidades de desenvolvimento para o país, no qual estejam assegurados os direitos territoriais e culturais dos povos e comunidades tradicionais. Assim, considerando sua relevância enquanto uma perspectiva produzida a partir das lutas dos povos amazônicos, as próximas linhas dedicar-se-ão a perquirir o socioambientalismo e sua importância para a concretização de direitos desses povos.

## **2 SUBSÍDIOS CONSTITUCIONAIS SOCIOAMBIENTAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS AMAZÔNICOS**

Embora, no Brasil, um princípio de preocupação com o meio ambiente remonte ao contexto da exploração colonial<sup>71</sup> sendo, portanto, relativamente antiga, o socioambientalismo enquanto perspectiva que associa a dimensão social à ambiental é uma manifestação bastante recente, tendo como marco inicial a segunda metade dos anos 80. Trata-se de um fenômeno eminentemente brasileiro, cuja emergência está ligada às alianças políticas estratégicas entre os movimentos social e ambientalista e, justamente em virtude dessa característica, precisa ser levado em consideração para a concretização de direitos aos povos e comunidades tradicionais amazônicos.

O surgimento do socioambientalismo remete ao fim do período de ditadura militar no Brasil e o consequente processo de redemocratização do país, momento que propiciou à sociedade

---

<sup>71</sup> Conforme Santilli (2005, p. 7) “a crítica ambiental nasceu, no Brasil, nos séculos XVIII e XIX, principalmente entre 1786 e 1888, como uma reação contra o modelo de exploração colonial – caracterizada pelo latifúndio, o escravismo, a monocultura e os maus-tratos à terra – e a intensa devastação ambiental provocada por este modelo”.



civil importantes espaços de mobilização. Nesse contexto, passaram a despontar alianças<sup>72</sup> entre os movimentos social e ambientalista que, inquietos com os efeitos do modelo de exploração de recursos naturais que ameaçava a sobrevivência física e cultural dos povos tradicionais amazônicos, se uniram para fazer frente aos projetos desenvolvimentistas governamentais.

Paulatinamente, o movimento dos povos da floresta foi se consolidando e suas ideias foram ganhando notoriedade pública, relevância política e social, e conquistando apoiadores e entusiastas. Por conseguinte, a atividade extrativista desenvolvida por esses povos passou a ser considerada como uma alternativa à devastação provocada pelo modelo de desenvolvimento depredatório dos recursos naturais que vigorava até então (SANTILLI, 2005). Conforme Loureiro (2018), o extrativismo praticado por essas comunidades se constituiu em uma grande possibilidade para o Brasil uma vez que une a questão ambiental à justiça social, aliança de grande importância para o país.

Isso se afirma na medida em que os povos tradicionais “valorizam a preservação da biodiversidade, pois dela retiram seu sustento, mas mais do que isso, tem no manejo sustentável quase um ritual intergeracional (...) dessa inter-relação de trabalho com meio ambiente surgem muitas práticas culturais que igualmente são preservadas por cada grupo (...)” (LOUREIRO, 2018, p. 85). Nesse sentido, os conhecimentos tradicionais característicos dessas comunidades são de imensa relevância para uma concepção de desenvolvimento sustentável, consciente da necessidade de valorizar e preservar a sociobiodiversidade.

O socioambientalismo foi fortemente influenciado por essa concepção de que, para a preservação do meio ambiente, é necessário considerar os saberes tradicionais e, do mesmo modo, pela percepção de que a sobrevivência dos povos culturalmente diferenciados depende da conservação dos recursos naturais. Nas palavras de Juliana Santilli:

O socioambientalismo foi construído a partir da idéia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se a partir da concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade

<sup>72</sup> Juliana Santilli (2005) aponta como símbolo do socioambientalismo a “Aliança dos Povos da Floresta”. Resultante da união entre povos indígenas e populações tradicionais amazônicas, com o apoio de aliados nacionais e internacionais, essa aliança surge em defesa dos costumes e do modo de vida dos povos tradicionais e da floresta Amazônica.



cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental (2005, p. 14).

A partir de sua edificação nesses parâmetros, a perspectiva socioambiental delineou conceitos, valores e paradigmas que repercutiram sobre a ordem jurídica. Assim, é inegável a orientação socioambiental da Constituição Federal de 1988, com especial ênfase à valorização dos bens e direitos socioambientais, a transversalidade das políticas públicas socioambientais e o fortalecimento de processos democráticos na gestão ambiental (SANTILLI, 2005).

Nesse sentido, a Carta constitucional oferece um relevante suporte jurídico ao socioambientalismo na medida em que destina um capítulo exclusivamente ao meio ambiente, reconhece direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas, protege as manifestações culturais dos povos tradicionais e atribui uma função social à propriedade, por exemplo. Ademais, a Constituição Federal tem inclinação Multicultural e Pluriétnica, cenário em que o meio ambiente é concebido como uma unidade composta por biodiversidade, o que envolve os bens naturais (solo, água, fauna, flora) e, também, por sociodiversidade, englobando os bens culturais (patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico) (BALIM; SILVA, 2014).

Destarte, com a Constituição Federal emerge uma gama de novos direitos coletivos e ambientais, ou seja, de direitos socioambientais. Nas palavras de Souza Filho:

Estes direitos coletivos que são sociais porque correspondem a sociedades, comunidades, grupos ou a todos de uma só vez, e são ambientais, porque correspondem tanto ao ambiente natural (natureza) como o artificial criado pela cultura e conhecimentos humanos (patrimônio cultural, conhecimento tradicional associado à biodiversidade), podem ser chamados de direitos socioambientais. Correspondem a direitos que, diferentes dos individuais e estatais, não se integram a um patrimônio seja particular seja estatal. São patrimônios que pertencem a muitos ou a todos e que convivem no espaço intermediário, entre o Estado e o cidadão e disputam, interferem e modificam os mais consolidados direitos individuais e os mais rígidos direitos públicos estatais (2017, p. 213).

Para além disso, a questão ambiental perpassa vários outros dispositivos constitucionais atinentes as mais diversas temáticas, indicando que as políticas públicas econômicas, de saúde, dentre outras, devem congrega o componente ambiental (SANTILLI, 2005). Assim, é possível afirmar que, a CF/88, o direito ao meio ambiente tem uma relação de interação e interdependência com os demais direitos fundamentais, com vistas à proteção da dignidade humana. Essa opção constitucional remete à necessidade de que o Estado esteja orientado à proteção não só da biodiversidade isoladamente considerada, mas também, e de forma conexa, da diversidade cultural.

A partir de uma concepção de direitos fundamentais interconexos, fica evidente que não pode haver desenvolvimento com a desconsideração dos modos de vida e dos saberes das



comunidades tradicionais, na medida em que esses são modelos de uso sustentável dos recursos naturais que devem ser valorizados e incentivados, ao invés de eliminados. No mesmo sentido, não é possível conceber um desenvolvimento que se contraponha à dignidade humana e à qualidade de vida das pessoas, individual ou socialmente consideradas (VALLE, 2002).

Ademais, a influência do socioambientalismo encontra-se presente em importantes instrumentos de tutela da biodiversidade. No capítulo destinado ao meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 impôs ao poder público o dever de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, §1º, inciso III). Dentre esses espaços protegidos, recebem destaque as Unidades de Conservação, instrumento previsto na Lei nº 9.985/2000 e regulamentadas pelo Decreto nº 4.340/2002.<sup>73</sup>

Cumprе ressaltar, entretanto, que esse mecanismo não é fruto dessas legislações infraconstitucionais elaboradas após a Constituição de 1988, mas possui um caráter sociocultural e histórico (LOUREIRO, 2018), na medida em que seu germe foram as reservas extrativistas concebidas a partir das lutas do movimento de seringueiros da Amazônia<sup>74</sup>. As Unidades de Conservação advêm das reservas extrativistas, nas quais se constatou o caráter de complementariedade entre conhecimentos tradicionais e preservação ambiental, percepção que se consolidaria, posteriormente, com a criação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, a Unidade de Conservação pode ser conceituada como:

(...) espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (BRASIL, 2000).

<sup>73</sup> Conforme Santilli (2005, p. 71), “os espaços territoriais especialmente protegidos constituiriam gênero, do qual as unidades de conservação seriam espécie”. Assim, além das unidades de conservação, os espaços territoriais protegidos abrangem também as áreas de preservação permanente, reserva legal, biomas constitucionalmente protegidos (Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, previstos no artigo 225, parágrafo 4º. da Constituição) e as reservas de biosfera.

<sup>74</sup> “Como observa Maurício Mercadante, até a década de 60, as unidades de conservação eram criadas, basicamente, por razões estéticas, inexistindo uma política nacional para a criação de espaços ambientais. Na década de 70, com a conclusão do trabalho denominado “Uma Análise de Prioridades em Conservação da Natureza na Amazônia”, que fundamentou a elaboração do “Plano do Sistema de Unidades de Conservação do Brasil”, cuja primeira etapa foi publicada em 1979, e a segunda, em 1982, começou-se a vislumbrar a idéia de identificar áreas naturais que deveriam ser conservadas, através da criação de UCs planificadas em um sistema nacional (LEUZINGER, 2002, p. 309).



Na Lei do SNUC, as Unidades de Conservação estão divididas entre aquelas que recebem proteção integral, nas quais a possibilidade de acesso ou de uso dos recursos é proibida ou bastante restrita, e as de uso sustentável, em que o acesso ou uso é permitido, mas de forma controlada. Esses dois grupos abarcam, conjuntamente, doze categorias de Unidades de Conservação<sup>75</sup>.

Destaque-se que a reserva extrativista, destinada a populações extrativistas tradicionais, e a reserva de desenvolvimento sustentável, destinada às populações tradicionais em geral, encontram-se incluídas entre as categorias de unidades de conservação de uso sustentável, sendo, claramente, instrumentos legais inspirados no socioambientalismo. A reserva extrativista encontra definição no artigo 18 da Lei 9.985/2000:

Art. 18 A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (BRASIL, 2000).

Como se vê, a reserva extrativista é voltada a conciliação da conservação ambiental com a sobrevivência física e cultural das populações extrativistas tradicionais (castanheiros, seringueiros, pescadores artesanais etc), “uma vez que, historicamente, por dependerem diretamente da existência de um ambiente natural preservado, sempre agiram de forma a não o degradar, utilizando os recursos florestais necessários à prática da atividade extrativista de forma sustentável, ou seja, sem extingui-los” (LEUZINGER, 2002, p. 313).

Por sua vez, a reserva de desenvolvimento sustentável abrange as comunidades tradicionais em geral. Essa categoria de Unidade de Conservação está disposta no artigo 20 da Lei do SNUC, sendo definida como uma:

(...) área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

É inegável a importância desses dois instrumentos legais para a compatibilização dos direitos constitucionais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a identidade e perpetuidade cultural dos povos e comunidades tradicionais. Tratam-se de relevantes mecanismos

<sup>75</sup> As categorias de Unidades de Conservação previstas pela Lei do SNUC são: no grupo de proteção integral, a Estação Ecológica, a Reserva Biológica, o Parque Nacional, o Monumento Natural, o Refúgio de Vida Silvestre; e, no grupo de uso sustentável, a Área de Proteção Ambiental, a Área de Relevante Interesse Ecológico, a Floresta Nacional; a Reserva Extrativista, a Reserva de Fauna, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável, e a Reserva Particular do Patrimônio Natural.



capazes de, efetivamente, concretizar direitos socioambientais aos povos e comunidades tradicionais, frente ao modelo de desenvolvimento predatório adotado no Brasil.

Por todo o exposto, verifica-se que o socioambientalismo é capaz de reconhecer a relação intrínseca e de complementariedade existente entre homem, natureza e sociedade, o que é fundamental não só para a Amazônia, mas também para todo o Brasil<sup>76</sup> em virtude de suas peculiaridades sociais e ambientais. O fato é que são pouco visíveis os resultados advindos da notoriedade adquirida pelo socioambientalismo no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto “os Estados Nacionais insistem em tentar mitigar os direitos coletivos por meio de ações ou omissões administrativas, formulação de leis ambíguas ou restritivas e decisões judiciais manipuladoras” (SOUZA FILHO, 2017, p. 199).

Conforme Derani (2008), o Brasil adotou o modo de produção capitalista, o que, inclusive é constitucionalmente explicitado e garantido, na medida em que a Constituição Federal resguarda seus elementos fundamentais, tais como a livre iniciativa e o trabalho assalariado. Esse modelo encerra a propagação da noção de desenvolvimento e progresso a qualquer custo, acompanhada pelo avanço tecnológico de forma desmedida, o que como regra, tem negligenciado ou desconsiderado completamente aspectos sociais e ambientais, culminando em um processo de vulnerabilização dos povos tradicionais. Nesse sentido:

Ao analisarmos certos problemas ambientais e sociais, é possível encarar a vulnerabilidade como expressão simultânea da liberdade humana e do seu abuso. Ela deriva, além da expressão de finitude do ser humano diante das forças da natureza e dos ciclos vida - morte, das opções de desenvolvimento econômico e tecnológico, do poder exercido pelos seres humanos sobre outros ou sobre o funcionamento da natureza. Populações impactadas resistem e se mobilizam para defender os seus interesses, e a natureza reage e reinvasa, como nos disse Bruno Latour, o mundo fechado e pretensamente controlado da ciência e dos seus laboratórios, intervindo nos ciclos da vida humana e não humana. Liberdade sem limites, poder, incertezas e ignorância mesclam-se ao aumento das vulnerabilidades das sociedades modernas que, ao desenvolverem sua ciência e tecnologias, desvendam certos mistérios e trazem muitos confortos. Mas o abrir das caixas de pandora em situações de injustiça e arrogância libera forças que impedem o exercício da própria liberdade e a realização de ciclos de vida virtuosos, em especial nos territórios, países e regiões com déficits democráticos, cujas operações econômicas e processos decisórios, em tempos de globalização, são realizados à revelia dos interesses, valores e cultura das populações locais. (PORTO, 2011, p. 54)

<sup>76</sup> “O Brasil é o líder mundial da biodiversidade. Em termos de riqueza de espécies, o Brasil é o líder mundial em diversidade de plantas, primatas, anfíbios, peixes de água doce e insetos. Possui entre 10% a 20% de 1,5 milhão de espécies de animais e vegetais já catalogadas. São cerca de 55 mil espécies de plantas com sementes (aproximadamente 22% do total mundial), 502 espécies de mamíferos, 1.677 de aves, 600 de anfíbios e 2.657 de peixes. Respectivamente, 10,8%, 17,2%, 15% e 10,7% das espécies existentes no planeta. Entretanto, muitas espécies e ecossistemas estão desaparecendo, e a perda da biodiversidade está associada a fatores diretos – caça e pesca predatórias, coleta, etc. – e indiretos, como a destruição e fragmentação de habitats e ecossistemas, corte de florestas, poluição de rios, alterações climáticas, etc” (SANTILLI, 2005, p. 67).



No entanto, a mesma Constituição, fortemente influenciada pelo socioambientalismo, também assegura o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como direitos territoriais e culturais dos povos tradicionais, além de adotar como fundamento basilar o princípio da dignidade humana, o que deve ser sopesado quando da resolução de conflitos semelhantes àquele vislumbrado em Barcarena. Assim, de forma alguma o exercício dos direitos atrelados a um desenvolvimento econômico eminentemente capitalista pode se sobrepor aos direitos socioambientais também assegurados pela Constituição, sobretudo quando esse exercício se dá em violação ao princípio da dignidade humana.

Desse modo, é imprescindível que os conflitos socioambientais sejam dirimidos a partir de um viés interpretativo jurídico inter-relacionado, que considere a interdisciplinaridade e indivisibilidade dos direitos sociais e ambientais (BALIM; SILVA, 2014). Por fim, é de fundamental importância que as políticas públicas de desenvolvimento econômico e social levem em consideração o elemento socioambiental. Somente nesses parâmetros será possível concretizar direitos aos povos e comunidades tradicionais e construir uma sociedade mais justa e democrática.

## CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expendidos na presente investigação, tem-se que o modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil é predatório das riquezas naturais presentes na Amazônia e produz violações de direitos territoriais e culturais dos povos e comunidades tradicionais, gerando conflitos que tem implicações jurídicas, como o vislumbrado em Barcarena/PA. Assim sendo, faz-se necessário buscar subsídios que, frente a esses conflitos, ofereçam uma nova possibilidade de desenvolvimento para o país, no qual estejam assegurados não apenas os recursos naturais, mas também os direitos territoriais e culturais dos povos e comunidades tradicionais amazônicos.

Nesse sentido, conclui-se que o socioambientalismo é capaz de reconhecer a relação intrínseca e de complementariedade existente entre homem, natureza e sociedade, o que é fundamental no Brasil, sobretudo para a região amazônica. Através dessa pesquisa, pode-se constatar que a própria Constituição Federal de 1988 traz o socioambientalismo em sua essência e que o ordenamento jurídico brasileiro conta com relevantes instrumentos de tutela da sociobiodiversidade, os quais deveriam ser amplamente empregados como limitadores de um desenvolvimento econômico predatório dos recursos naturais e dos povos amazônicos.

Nada obstante isso, ainda existem inúmeros desafios impostos à conservação da sociobiodiversidade da Amazônia. Diante disso, é imprescindível que os conflitos socioambientais sejam dirimidos a partir de um viés interpretativo jurídico inter-relacionado, que



considere a interdisciplinaridade e indivisibilidade dos direitos sociais e ambientais. Ademais, faz-se necessário que as políticas públicas de desenvolvimento econômico e social levem em consideração o elemento socioambiental. Nesse norte, cabe salientar que é preciso, sobretudo, ouvir os povos que herdarão os rejeitos resultantes, por exemplo, da implementação de grandes empreendimentos em suas terras.

Por todo o exposto, visando responder a problemática que induziu a presente investigação, conclui-se que, a partir do paradigma socioambiental, é possível concretizar direitos a esses povos mesmo diante do modelo de desenvolvimento econômico adotado no Brasil. Isso, especialmente, diante do fato que o socioambientalismo permeia toda a Constituição Federal Brasileira e, portanto, tal aspecto deve sempre ser considerado quando da solução de conflitos que envolvam a exploração predatória de recursos naturais e que possam implicar em vulnerabilização dos povos tradicionais amazônicos.

## REFERÊNCIAS

BALIM, Ana Paula Cabral; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. Socioambientalismo e justiça ambiental: paradigmas jurídicos à tutela da sociobiodiversidade. In: CUNHA, Belinda Pereira da; ALBUQUERQUE, Letícia; SOUZA, Leonardo da Rocha (Org.). **Direito ambiental III**, 23 ed. v. XXIII. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 204-223.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, p. 316, 08 fev., 2007. Seção 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, p. 1, 19 jul., 2000. Seção 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2020.

CARMO, Monique Bruna Silva do. A singularidade do urbano de Barcarena como cidade ribeirinha da região amazônica. 2015. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Programa de Pós-Graduação em Planejamento Regional, UNIVAP, São José dos Campos/SP.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; SCHOLZ, Mariana Caroline. A injustiça ambiental das externalidades negativas das monoculturas para commodities agrícolas de exportação no Brasil. **Revista de Direito Agrário e Agroambiental**, v. 3, n. 2. Maranhão: CONPEDI, 2017, p. 1 –25.

PARÁ. Instituto Evandro Chagas. **Parecer Técnico-Científico SAMAM/IEC 001-2018**. Pará: Instituto Evandro Chagas, 16 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.iec.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/PARECER-T%C3%89CNICO-CIENT%C3%8DFICO-SAMAMIEC-001-2018.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2020.



Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A essência socioambiental do constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 41, n.1. Goiânia: UFG, 2017, p. 197-215.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *In*: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 301-318.

LOUREIRO, Mônica Michelotti. A proteção da sociobiodiversidade da Amazônia brasileira: limites e possibilidades a partir da criação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UFSM, Santa Maria/RS.

MARTINS, Evilhane Jum. **A encruzilhada sul-americana na economia dos agrotóxicos**: o cenário geopolítico ambiental e as implicações no tratamento jurídico e ecológico. Ijuí: Editora Unijuí, 2018.

PARÁ. Assembleia Legislativa do Estado - ALEPA. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório Final da CPI “danos ambientais na bacia hidrografica do Rio Pará”**. 2018. Disponível em: <[https://www.alepa.pa.gov.br/midias/midias/135\\_0445fa8da93940afabc5c36edd7ab1e1.pdf](https://www.alepa.pa.gov.br/midias/midias/135_0445fa8da93940afabc5c36edd7ab1e1.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2020.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Temporalidades amazônicas: uma contribuição à Ecologia Política. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 17. Curitiba: Editora UFPR, 2008, p. 21-31.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. **Revista Crítica de Ciências Sociais**: Risco, vulnerabilidade social e cidadania, n. 93. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2011, p. 31-58.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (Org.) **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142.

SANT'ANNA JUNIOR, Horácio Antunes de. Socioambientalismo e desenvolvimento na Amazônia: o caso do Acre. **Revista de Políticas Públicas**, v. 8, nº 1. São Luís: EDUFMA, 2004, p. 61-82.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: perspectivas da biodiversidade e biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2002.

VALLE, Raul Silva Telles. Mineração em território quilombola: uma análise jurídica do problema. *In*: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 107-134.



## **RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL E SUSPENSÃO DOS PROCESSOS: fundamentos para a interpretação do artigo 1.035, §5º, do Código de Processo Civil**

Viviane Lemes da Rosa<sup>77</sup>

### **RESUMO**

A redação do artigo 1.035, §5º, do CPC admite duas interpretações divergentes: pode referir-se à decisão que reconhece a repercussão geral ou à decisão que julga o mérito do recurso extraordinário. O presente estudo tem como objetivo identificar a qual decisão o dispositivo se refere. Para tanto, a metodologia da pesquisa consiste na revisão e estudo de textos de teoria da interpretação jurídica que correlacionam interpretação e sistema jurídico. A partir das ideias de Hart sobre a textura aberta das normas, de Guastini sobre as modalidades interpretativas, do direito como integridade de Dworkin e da noção de coerência de MacCormick, pôde-se concluir que o sobrestamento mencionado no art. 1.035, §5º, do CPC refere-se ao julgamento da existência ou não de repercussão geral no recurso extraordinário, pois conclusão contrária ofenderia a regra constitucional de que nem toda decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário apresenta efeito vinculante.

**Palavras-chave:** coerência; interpretação; precedentes.

### **INTRODUÇÃO**

O artigo 1.035 (equivalente ao art. 543-A do CPC/73) do Código de Processo Civil de 2015 regulamenta a repercussão geral como requisito do recurso extraordinário. Enquanto o *caput* do artigo prevê que nenhum recurso extraordinário será conhecido se não houver repercussão geral, o § 5º do dispositivo dispõe que “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal

---

<sup>77</sup> Advogada. Diretora da Geslat – Gestão de Laticínios. Especialista em Gestão Estratégica pela UFPR. Especialista em Marketing Intelligence pela Universidade Nova de Lisboa. Especialista em Marketing pela USP/ESALQ. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Unoesc.



determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

A redação do art. 1.035, §5º, do CPC possibilita duas interpretações divergentes: o sobrestamento pode referir-se à decisão de reconhecimento da repercussão geral ou ao julgamento do mérito da questão controvertida. Diferentes consequências decorrem de cada uma dessas hipóteses.

Ao determinar a suspensão de todos os processos a nível nacional, o artigo 1.035, §5º, do CPC só pode pressupor que haverá um julgamento único por parte do Supremo Tribunal Federal, dotado de efeito vinculante e aplicável a todas as demandas suspensas. O problema de pesquisa – que deve ser esclarecido por meio de interpretação – é se esse julgamento é o de reconhecimento ou não de repercussão geral ou o julgamento do próprio mérito do recurso extraordinário (definição de tese a respeito da questão controvertida). Alguns autores entendem que o dispositivo refere-se à decisão acerca da repercussão geral<sup>78</sup> e outros afirmam que o sobrestamento se presta ao futuro julgamento do mérito da questão (NEVES, 2016, p. 1758-1759).

As teorias clássicas a respeito da jurisdição não dão conta da complexidade dos fenômenos atuais. A jurisdição não pode se limitar e nem tem por objetivo simplesmente concretizar as normas, resolver lides ou fazer incidir a coisa julgada sobre uma decisão judicial. O papel da jurisdição é muito mais importante e complexo do que isso: face ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais que devem ser protegidos e garantidos, a jurisdição tem o propósito de tutelar de forma adequada e eficiente os direitos dos jurisdicionados.

Trata-se de nova concepção da jurisdição na qual o sistema de precedentes e o papel das Cortes Supremas apresentam papel central: dentro do Judiciário, são essas Cortes, inseridas em um sistema de precedentes coerente, as responsáveis pela interpretação, integridade e unidade do Direito. As Cortes Supremas interpretam o Direito de modo a garantir que os direitos fundamentais dos jurisdicionados recebam tutela efetiva e adequada, cumprindo os objetivos da jurisdição brasileira (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017).

Para isso, o ordenamento brasileiro apresenta um sistema de precedentes coerente, que vem seguindo determinadas tendências desde a Constituição Federal de 1988. Seguindo tais tendências, o Código de Processo Civil de 2015 valorizou os precedentes, buscando conferir segurança jurídica, isonomia aos jurisdicionados, unidade, integridade e coerência ao Direito e a eficiência da jurisdição brasileira na tutela adequada dos direitos. Uma das duas interpretações

---

<sup>78</sup> Nesse sentido, cite-se: WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 608; NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 2346.



possíveis a respeito do significado do art. 1.035, §5º, do CPC<sup>79</sup> vai na contramão das tendências desse sistema.

Para chegar-se a uma conclusão a respeito de qual interpretação é mais adequada, acredita-se que é necessário primeiramente estudar a textura aberta da linguagem e das normas. Após, é preciso identificar as modalidades interpretativas cabíveis. Então, diante das consequências das interpretações colidentes já identificadas, é imprescindível definir as noções de coerência e integridade. Por fim, não se pode perder de vista o papel e as funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sistema brasileiro de precedentes. Para tanto, a metodologia adotada consistirá na revisão bibliográfica de obras de teoria da interpretação jurídica.

## 1. A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS

Em sua obra “O conceito de direito”, Hart critica a teoria de John Austin – que vê o direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano – e sustenta que o direito consiste em um fenômeno cultural moldado pela linguagem. O autor perpassa a textura aberta das normas para tratar da interpretação jurídica e defender que o juiz apresenta papel criativo no direito. Neste tópico, prefacialmente, apresentaremos uma breve síntese da teoria de Hart a respeito do papel

<sup>79</sup> O dispositivo permite duas interpretações possíveis: que os processos devem ser suspensos para o julgamento da presença ou não de repercussão geral no tema ou que os processos devem ser suspensos após o reconhecimento da repercussão geral, para que aguardem o julgamento do mérito do recurso extraordinário e aplicação posterior da tese a todos. As seguintes consequências decorrem da segunda interpretação, de que o artigo 1.035, §5º, do CPC trata da própria decisão de mérito do recurso extraordinário: (i) não existe decisão do STF em recurso extraordinário sem efeito vinculante; (ii) o CPC não precisa prever o “recurso extraordinário repetitivo”, pois toda decisão de mérito em recurso extraordinário apresenta efeito vinculante; (iii) no que concerne ao recurso extraordinário, o artigo 1.036 do CPC é desnecessário; (iv) enquanto o recurso especial precisa ser afetado ao regime dos repetitivos para a coletivização da tese, o recurso extraordinário não necessita, o que levaria a crer que o STF e o STJ possuem hierarquias diversas na jurisdição brasileira; (v) o art. 52, X, da Constituição Federal (CF) foi tacitamente revogado pelo art. 1.035, §5º, do CPC; (vi) o CPC alterou as características e sistemática do sistema de precedentes brasileiro; (vii) a extinção do recurso extraordinário individual leva a crer que houve ressignificação do papel do STF na jurisdição brasileira, sendo vista pelo legislador como Corte responsável pela definição de teses; (viii) o art. 102, III, da Constituição Federal necessita ser revisto. Por sua vez, a interpretação no sentido de que o artigo 1.035, §5º, do CPC refere-se à decisão que reconhece a repercussão geral conduz às seguintes consequências: (i) a decisão que reconhece repercussão geral pode conter efeito vinculante; (ii) o procedimento do artigo 1.036 do CPC não se confunde com o procedimento do artigo 1.035 do CPC porque se referem a decisões diversas; (iii) as decisões do STF e do STJ em recurso extraordinário e especial precisam ser afetados ao regime dos recursos repetitivos para a coletivização das teses, mantendo-se hígido o art. 102, III, da CF; (iv) o STF e o STJ são Cortes de Precedentes com mesma hierarquia na jurisdição brasileira; (v) o art. 1.035, §5º, do CPC deve receber interpretação conforme a Constituição para adequar-se às sistemáticas dos arts. 52, X, e 102, §2º, da CF; (vi) o sistema de precedentes brasileiro mantém sua coerência, enquanto sistema que prevê apenas excepcionalmente a concessão de efeito vinculante a decisões judiciais, conforme previsão legal.



dos diferentes tipos de normas em um sistema jurídico para, após, adentrar o estudo de seu posicionamento sobre a textura aberta das normas e compreender como pode contribuir para o estudo do problema de pesquisa.

Hart (2009, p. 105-106) afirma que o sistema jurídico é formado por normas primárias e normas secundárias: enquanto as primeiras exigem que os humanos pratiquem ou não determinados atos - ou seja, impõem deveres e exigem movimento ou mudanças físicas -, as segundas permitem a inserção de novas normas primárias, a extinção ou modificação de normas antigas e o controle ou determinação de seu modo de incidência/aplicação. Assim, não impõem deveres, mas outorgam poderes, e se referem a movimentos/mudanças físicas e criação/modificação de deveres/obrigações.

O autor explica que, onde houver direito, a conduta humana se torna obrigatória ou não-opcional, de modo que a obrigação apresentará três propriedades: (i) as normas são preceitos que impõem obrigações quando a exigência geral de obediência é insistente e há grande pressão social sobre aqueles que a infringem ou ameaçam fazê-lo; (ii) as normas são importantes porque são vistas como necessárias para a manutenção da vida social ou de uma de suas características mais valorizada; (iii) os deveres trazem sacrifício ou renúncia, conflito entre a obrigação/dever e o interesse pessoal, o que a pessoa deseja fazer (HART, 2009, p. 112-113).

Assim, os sujeitos podem apresentar um ponto de vista interno ou externo em relação às normas. Do ponto de vista externo, o indivíduo é expectador ou observador; do ponto de vista interno, é um membro do grupo que aceita, cumpre e observa as normas (HART, 2009, p. 115). Sempre haverá tensão entre aqueles que aceitam as normas e cooperam para mantê-las e aqueles que as rejeitam e as vislumbram do ponto de vista externo, e uma teoria do direito atenta à complexidade dos fatos necessita levar em conta esses dois pontos de vista (HART, 2009, p. 117-118).

Hart (2009, p. 138) explica que o sistema jurídico necessita das normas secundárias, na medida em que um sistema apenas com normas primárias só pode ser possível em “uma pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, localizada num ambiente estável”. Um sistema que contenha apenas normas primárias apresenta três defeitos: incerteza, caráter estático das normas e ineficiência da pressão social para mantê-las (HART, 2009, p. 120-121).

A solução é implementar normas secundárias: enquanto as normas de reconhecimento (denotam as características necessárias para que a norma consista em norma do grupo, apoiada por sua pressão social) resolvem o problema da incerteza, as normas de modificação (autorizam introduzir novas normas primárias e excluir normas antigas, ou seja, promulgação e revogação de leis) eliminam o caráter estático das normas. Por sua vez, as normas de julgamento (capacitam e



autorizam indivíduos a julgar a violação de normas primárias) cuidam da ineficiência da pressão social (HART, 2009, p. 122-125).

Para Hart (2009, p. 133), a norma de reconhecimento funciona como fundamento do sistema jurídico, pois permite identificar a validade das normas primárias. Uma norma será válida se preencher todos os critérios trazidos pela norma de reconhecimento. Assim, não há ligação entre validade e eficácia das normas. A norma de reconhecimento consistirá em norma última do sistema quando trazer critérios de validade de outras normas, mas não existir outra norma que traga critérios de sua própria validade (HART, 2009, p. 138).

Pode-se dizer que, enquanto uma norma primária pode ser válida e existir, mesmo quando desrespeitada, “uma norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios”. Logo, “sua existência é uma questão de fato” (HART, 2009, p. 142) e para que exista “deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal” (HART, 2009, p. 149).

Assim, Hart (2009, p. 149) identifica dois requisitos para a existência de um sistema jurídico: (i) as normas de comportamento consideradas válidas a partir de critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e (ii) “as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns do comportamento oficial por parte das autoridades do sistema”.

Esse é um breve resumo da teoria do autor que não tem por objetivo esgotar o tema, aprofundá-lo ou apresentar críticas às suas conclusões, mas apenas situar o leitor quanto ao posicionamento de Hart sobre os sistemas jurídicos e as normas. Para os fins deste trabalho, importam mais os estudos de Hart a respeito da textura aberta das normas.

No capítulo VII de sua obra, Hart (2009, p. 163) dedica-se a tecer críticas ao formalismo e ao ceticismo em relação às normas e explica que, ante o caráter impreciso dos exemplos (precedentes), optou-se pela “transmissão de padrões gerais de conduta por meio de fórmulas gerais linguísticas explícitas” (legislação), que parecia clara, confiável e segura. No entanto, percebeu-se que essa opção é ainda menos sólida.

Para o autor (2009, p. 164-167), a norma geral apresenta um limite inerente à natureza da linguagem e que não pode se adiantar para demonstrar seus próprios exemplos, ou seja, o legislador não pode conhecer de antemão todas as possíveis circunstâncias que o futuro pode trazer. A linguagem geral apresenta apenas uma orientação incerta. Tanto a linguagem quanto o



direito, os precedentes e a legislação apresentam textura aberta – que é uma característica geral da linguagem humana – o que os torna imprecisos em algum ponto.

Em síntese, não há um único sentido nas normas e nem pode haver em sua interpretação, na medida em que a indeterminação do sentido da linguagem não pode ser eliminada. Assim, a interpretação dessas normas dotadas de textura aberta implicará função criativa por parte dos julgadores (HART, 2009, p. 175-176)). Há uma efetiva escolha por parte dos intérpretes entre as diferentes possibilidades de sentido normativo. Sendo assim, para Hart, a resposta da pergunta “qual é o direito em determinado caso?” será “o que as Cortes farão”, e o verdadeiro *lawgiver* será aquele que tem absoluta autoridade para interpretar (MITIDIERO, 2017, p. 55-56).

Para Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 203 e 210), Hart figurou como uma espécie de introdutor da virada linguística na teoria e filosofia do direito e “inseriu o pensamento jurídico-filosófico na agenda da filosofia da linguagem contemporânea, transformando-o, sem volta, num dos campos importantes da filosofia em geral”. Mas Hart não é o único autor dedicado ao estudo da textura aberta da linguagem e das normas: nesse sentido, por exemplo, pode-se citar a hermenêutica crítica de Hans-Georg Gadamer – que interrelaciona o intérprete, sua faticidade e historicidade ao atribuir sentido às normas – e os estudos de Ludwig Wittgenstein.

A visão de Hart a respeito da indefinição das normas e da textura abertura da linguagem permite compreender porque o artigo 1.035, §5º, do CPC possibilita diferentes e contrapostos resultados e demanda interpretação para que se atribua significado. E as consequências do dispositivo serão muito diferentes dependendo da interpretação que receba.

Ao observar a teoria de Hart, é preciso ter em mente o fato de que ele é positivista (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 214 e MACCORMICK, 2009, p. 199), na medida em que se preocupa não com o conteúdo propriamente dito das decisões judiciais, mas com as normas que autorizam o seu procedimento de elaboração.

Logo, a teoria de Hart é muito importante na medida em que identifica e reconhece a textura aberta das normas, mas seus estudos não são suficientes para, por si só, resolverem a problemática do art. 1.035, §5º, do CPC. No próximo tópico, analisaremos o posicionamento de Guastini a respeito do assunto e suas propostas de modalidades interpretativas, visando identificar de que formas podem contribuir para a compreensão da controvérsia do art. 1.035, §5º, do CPC.

## 2. MODALIDADES INTERPRETATIVAS

Assim como Hart, Riccardo Guastini (2011, p. 54) também se ocupou de estudar a textura aberta das normas, partindo de algumas premissas: enquanto chamamos de “disposição” o enunciado normativo contido em uma fonte do direito, a “norma” corresponde ao seu conteúdo,



ou seja, ao significado que é obtido por meio da interpretação. Então, a disposição é o objeto da interpretação e a norma é o seu resultado. Assim, é equivocado dizer que a uma disposição corresponde uma única norma e que a uma norma corresponde uma única disposição (GUASTINI, 2011, p. 63-64). Em síntese, texto normativo, enunciado normativo e disposição podem ser entendidos como sinônimos, como o enunciado contido em uma fonte do direito. Por sua vez, a norma consiste no resultado da interpretação desses textos.

No capítulo III da obra “*Interpretare e argomentare*”, Guastini trata da indeterminação do direito. O autor (2011, p. 39) explica que o ordenamento jurídico é indeterminado porque há dúvidas sobre quais normas existem nele, pertencem a ele ou estão vigentes nele, e isso depende da equivocidade dos textos normativos, do fato de que eles remetem a uma pluralidade de interpretações e estão sujeitos a controvérsias interpretativas.

Embora não seja possível identificar todas as equivocidades, o autor (2011, p. 40-43) traz alguns exemplos: (i) ambiguidade: um texto normativo é ambíguo se houver dúvida a respeito de qual norma ele expressa, “se dá lugar a dois ou mais significados possíveis excludentes – significa uma coisa ou outra” (MITIDIERO, 2016, p. 59) (a norma X ou a norma Y); (ii) complexidade: se o texto normativo expressa dois ou mais significados possíveis (a norma X e a norma Y); (iii) implicação: se a norma a que se refere o texto implica outra (a norma X implica a norma Y); (iv) defectibilidade: se está sujeito a exceções implícitas (pode haver exceções implícitas à norma X); (v) taxativos ou exemplificativos: se o texto traz um rol completo/exaustivo ou meramente exemplificativo (X, Y e Z apenas ou X, Y, Z e outras normas que não estão ali descritas).

Pela classificação de Guastini, o artigo 1.035, §5º, do CPC é hipótese de texto normativo ambíguo, uma vez que admite duas interpretações (normas) excludentes: se refere à suspensão dos feitos para julgamento da repercussão geral ou para o julgamento do mérito do recurso.

Pode-se extrair do texto do art. 1.035, §5º, do CPC, então, duas possíveis normas contrapostas: (i) norma 1: a suspensão dos feitos se presta ao julgamento da existência ou não de repercussão geral da questão objeto do recurso, cuja decisão produzirá efeitos nos demais feitos que versem sobre a mesma questão, unicamente para vedar ou permitir o processamento de recursos extraordinários; (ii) norma 2: a suspensão dos feitos se presta ao julgamento de mérito do recurso extraordinário, de modo que a decisão a respeito da questão de direito produzirá efeitos nos demais feitos que tratem da mesma questão.

Guastini explica que as equivocidades do texto normativo se devem a vários motivos que não apenas a ambiguidade linguística, tais como os interesses conflitantes dos intérpretes, os sentimentos de justiça, a multiplicidade de métodos interpretativos e as construções dogmáticas (pressupostos teóricos que fatalmente condicionam a interpretação). Daniel Mitidiero explica o raciocínio de Guastini acerca da vagueza das normas:



Uma norma é vaga porque dá lugar a dúvidas interpretativas a respeito dos casos que recaem ou não sob o seu campo de aplicação. As normas são vagas porque se valem de predicados para comunicar aquilo que esperam de seus destinatários. Os predicados aludem não a entidades individuais, mas a classes, isto é, um conjunto de entidades individuais, cujo significado depende das suas características (isto é, dos atributos do objeto) e da sua extensão (isto é, dos objetos que são alcançados pelas características). A vagueza normativa, portanto, deriva do fato de os predicados normativos terem seus confins de aplicação incertos por força da indeterminação das suas características e do seu alcance. (MITIDIERO, 2016, p. 60)

Não há como fugir da textura aberta e das vaguezas e ambiguidades dos textos sem passar pelo caminho da interpretação. E para interpretar os textos e chegar às normas, existem várias modalidades interpretativas que podem ser utilizadas.

Antes de adentrar uma dessas modalidades, a da interpretação sistemática, Guastini trata da ideia de “direito como sistema”, o que é bastante importante para a análise do art. 1.035, §5º, do CPC. O autor (2011, p. 292) explica que a expressão “ordenamento jurídico” é comumente usada para designar simplesmente “o direito”. Todavia, se dissermos que o direito é o ordenamento jurídico, diremos que o direito é um conjunto de normas ordenadas, um sistema, uma totalidade que é axiologicamente coesa, logicamente coerente e completa.

A coesão axiológica (coerência) exige que as normas sejam reconduzíveis, de um ponto de vista axiológico, a um único princípio ou constelação de princípios (ou valores) coerentes entre si. Ocorre que cada ordenamento é fruto de uma grande variedade de doutrinas políticas e políticas do direito diversas, com valores conflitantes. Portanto, a harmonia axiológica entre os princípios é fruto de contrução jurídica (GUASTINI, 2011, p. 292-293).

Por sua vez, a coerência lógica (consistência) exige menos do que a coesão: consiste apenas na ausência de antinomias, conflito lógico ou incompatibilidade entre as normas. Todavia, essa tese também é insustentável, pois as normas emanam de tempos e em circunstâncias diversas e de várias autoridades normativas que perseguem suas próprias políticas do direito. Logo, essas normas não são coerentes e nem poderiam sê-lo. Em certo limite, o ordenamento pode ser coerente e sistematizado, mas obviamente a essência das antinomias e a possibilidade de resolvê-las são coisas diversas (GUASTINI, 2011, p. 293-294). A completude é igualmente insustentável, pois em qualquer ordenamento há lacunas de algum tipo (GUASTINI, 2011, p. 294).

Então, Guastini (2011, p. 295) conclui que o ordenamento enquanto sistema não preexiste à interpretação e à construção jurídica: o sistema jurídico não é outro que não o resultado da atividade de sistematização dos juristas. O que se pode falar é em uma “interpretação sistemática”.

No entanto, esse termo tem sido utilizado para designar qualquer interpretação que busque o significado de uma disposição a partir de sua colocação no sistema do direito. Com isso,



mascara-se uma série de outras operações interpretativas diversas e irregulares: (i) a combinação: combinar o fragmento de diversas disposições para obter uma norma completa; (ii) o argumento da sede material: a disposição deve ser compreendida de acordo com sua colocação no continuum do discurso legislativo; (iii) o argumento da constância terminológica: há presunção de que na linguagem legislativa há constância terminológica; (iv) o argumento da inconstância terminológica: cada expressão da linguagem legislativa recebe o significado do peculiar contexto em que se insere; (v) a interpretação conforme: espécie do gênero interpretação sistemática, é a interpretação conforme uma normativa hierarquicamente superior, como, por exemplo, a Constituição Federal (GUASTINI, 2011, p. 296-301).

Em resumo, para Guastini (2011, p. 300), se faz interpretação sistemática em sentido estrito se excluirmos uma atribuição de significado que, se mantida, tornaria o texto normativo incoerente ou incongruente, e, portanto, essa modalidade interpretativa parte da premissa de que a vontade do legislador é logicamente coerente e axiologicamente congruente, ou seja, que o legislador não pretende se contradizer.

Uma outra modalidade interpretativa trazida por Guastini (2011, p. 305) é o argumento da razão, segundo o qual uma interpretação possível é descartada por dar lugar a uma norma absurda ou irracional. De outro lado, o autor rejeita a busca da intenção do legislador ao defini-la como irrelevante para a interpretação da lei (GUASTINI, 2011, p. 314).

Vê-se que as modalidades da interpretação conforme a Constituição, da interpretação sistemática em sentido estrito e o argumento da razão levam, todas, à conclusão de que o artigo 1.035, §5º, do CPC só pode referir-se à decisão que reconhece ou não a repercussão geral.

O argumento da razão faz com que a interpretação contrária (de que o artigo mencionado refere-se à decisão de mérito do recurso extraordinário) necessite ser afastada, pois implica na conclusão de que esse parágrafo teria alterado toda a sistemática vigente do sistema de precedentes brasileiro, inclusive a Constituição Federal, para conferir efeito vinculante indistintamente a todas as decisões de mérito de recursos extraordinários, o que colide com uma série de outros dispositivos legais e constitucionais que preveem o contrário<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Como, por exemplo, o art. 52, X, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade do Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão não dotada de efeito vinculante. Vejamos o teor do dispositivo: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”. Em síntese, o dispositivo constitucional possibilita que o Senado suspenda a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal não dotada de efeito vinculante. Eduardo Talamini (2008, p. 32) explica o dispositivo em comentário: “Como já indicado, a figura da “suspensão” da norma pelo Senado foi introduzida pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) precisamente como forma de permitir a extensão do reconhecimento da inconstitucionalidade em via incidental a outros casos. Lembre-se que na época não existia o controle direto e abstrato de inconstitucionalidade, instituído pela Emenda Constitucional 16, de 1965. Em 1977, o Supremo firmou o entendimento de que a regra da suspensão pelo Senado, reiterada nas Constituições de 1946 e 1967/1969,



Por sua vez, a interpretação sistemática em sentido estrito impõe que o artigo 1.035, §5º, do CPC refira-se à decisão de reconhecimento de repercussão geral, na medida em que, somente assim, mantém-se a característica sistêmica – do sistema de precedentes brasileiro, constante no Regime Interno do STF, na CF e nas demais disposições do CPC – de que a decisão de mérito do STF em recurso extraordinário só adquire efeito vinculante com a afetação pelo regime dos repetitivos ou por meio da resolução do art. 52, X, da CF.

Por fim, a interpretação conforme a Constituição também implica essa conclusão. Por essa modalidade interpretativa, o dispositivo em questão deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais, ou seja, em conformidade com (i) o artigo 102, §2º, da CF, que prevê que as decisões do STF em controle direto de constitucionalidade apresentam efeito vinculante – levando à conclusão de que todas as demais decisões do STF e de outros órgãos jurisdicionais não o possuem, salvo previsão legal em contrário – e com (ii) o artigo 52, X, da CF, que demonstra que as decisões do STF em recurso extraordinário não apresentam efeito vinculante via de regra, podendo apresentá-lo se houver afetação pelo regime dos repetitivos ou por meio de resolução do Senado Federal.

### 3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Ronald Dworkin sucedeu Hart na cátedra de Teoria do Direito na Universidade de Oxford e foi influenciado por seus pensamentos, mas aprofundou e modificou uma vertente interpretativa aberta por Hart, opondo-se ao positivismo jurídico (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 209 e 213).

Na obra “O império do direito”, Dworkin traz o direito como integridade como teoria interpretativa alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo, defendendo tratar-se de uma interpretação melhor da prática jurídica: é produto da interpretação abrangente da prática jurídica e também sua fonte de inspiração (DWORKIN, 2014, p. 273).

O direito como integridade de Dworkin (2014, p. 272) significa que “as proporções jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido

---

só se aplicava ao controle incidental. O fundamento dessa conclusão estava na eficácia erga omnes de que já se reveste, por si só, a decisão na ação direta. Confirmou-se, assim, a eficácia inter partes do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade. Prevalece o entendimento de que o poder de “suspensão” do Senado é “discricionário”, no sentido de eminentemente político. A casa legislativa não está vinculada à decisão do Supremo. Não tem prazo para apreciar a questão. Mais ainda, ao apreciá-la, pode decidir por não retirar a norma do ordenamento. Assim, já houve ocasião em que o Senado negou-se a “suspender a execução da lei” (a) por reputar que a conclusão pela inconstitucionalidade, definida no Supremo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma.<sup>54</sup> E o Supremo reputa legítima essa autonomia de deliberação do Senado.”.



processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Assim, a interpretação do direito significa vê-lo como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 213) e deve ser interpretado “tendo em vista a intencionalidade e finalidade nele pressupostas” (DWORKIN, 2014, p. 214).

Vê-se que, ao contrário de Hart – que se preocupa com o procedimento e entende que os juízes possuem a discricionariedade de julgar de diferentes modos em face da textura aberta da linguagem e da norma –, Dworkin afirma que há uma resposta correta a ser dada pelos tribunais em face do caso concreto, e essa resposta deve levar em conta uma visão do direito como um corpo coerente, de direito como integridade.

O autor (2014, p. 261) sustenta a existência de dois princípios de integridade política: o princípio legislativo, segundo o qual os legisladores devem fazer o conjunto de leis moralmente coerente, e o princípio jurisdicional, pelo qual os juízes devem tratar o sistema de normas como se respeitasse um conjunto coerente de princípios, devendo interpretá-lo para descobrir normas implícitas.

Dworkin explica que as noções de integridade, coerência, equidade e justiça não se confundem e podem se contrapor em determinadas situações. Ao tratar especificamente da interpretação de precedentes, Dworkin diferencia integridade de coerência; de mesmo modo, diferencia integridade de justiça e nega que a integridade sempre prevalecerá, pois o princípio da integridade na deliberação judicial não possui necessariamente a última palavra sobre o modo de uso da coerção do Estado. No entanto, esclarece que a integridade “tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar aquilo que diz” (DWORKIN, 2014, p. 263).

Como argumentos favoráveis à integridade, Dworkin (2014, p. 228-230) cita a proteção contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, a contribuição para a eficiência do direito e a promoção da união da vida moral e política dos cidadãos. Desse modo, “uma comunidade de princípios, que vê a integridade como parte fundamental de sua política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos”. Além disso, para Dworkin (2014, p. 260), a integridade é vista como uma chave para a melhor interpretação construtiva de práticas jurídicas distintas e do modo como os juízes decidem casos difíceis nos tribunais.

Para explicar a complexidade da estrutura da interpretação por integridade, o autor (2014, p. 287) descreve a carreira de um juiz imaginário, o juiz Hércules, com capacidade e paciência sobre-humanas e que julga de acordo com o direito como integridade. Para tanto, necessita analisar precedentes e julgar de modo a escrever um romance em cadeia, considerando as decisões anteriores como parte de uma longa história que precisa ser interpretada e continuada, da melhor forma possível.



No capítulo IX de sua obra, Dworkin analisa de forma específica a interpretação da legislação e não das decisões judiciais. O autor (2014, p. 404) afirma que as leis são diferentes das decisões judiciais precedentes, de modo que é preciso estudar qual o procedimento adotado pelo juiz Hércules em face de uma lei e não de um conjunto de decisões judiciais.

Dworkin (2014, p. 377) inicia o Capítulo IX, “das leis”, afirmando que “para ler as leis, Hércules irá usar, em grande parte, as mesmas técnicas de interpretação que utiliza para decidir casos de *common law*”. O método utilizado por Hércules não levará em conta o princípio enraizado na prática jurídica de que as leis devem ser interpretadas de acordo com a intenção do legislador (DWORKIN, 2014, p. 378). O autor passa a explicar como funcionaria o exercício da teoria da intenção do locutor por parte de um juiz que denomina de Hermes, demonstrando os percalços e dificuldades que encontraria em seu caminho. Após, sugere uma mudança de estratégia:

De repente, porém, ele se dá conta de que tem uma estratégia alternativa a utilizar, que oferece um caminho mais direto e muito mais exequível para atingir o mesmo objetivo. Pode exercitar sua imaginação interpretativa não na atuação legislativa de diferentes legisladores individualmente considerados, mas na atuação da própria legislatura, perguntando-se qual sistema coerente de convicções políticas justificaria melhor o que ela realizou. (DWORKIN, 2014, p. 402)

E então conclui que a resposta é o princípio da integridade na prestação jurisdicional estudada no capítulo VI da mesma obra, apresentado como lema para os juízes ao interpretarem as leis, de modo que Hermes torna-se gêmeo de Hércules (DWORKIN, 2014, p. 403).

Na interpretação da lei, Hércules deverá levar em conta fundamentos de princípio e de política e será balizado pela integridade e pela equidade. A integridade exige que encontre fundamentos que se ajustem à lei específica e que sejam coerentes com a legislação em vigor, ou seja, deverá questionar “quais combinações, de princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem” (DWORKIN, 2014, p. 405).

Pela equidade, Hércules deve observar qualquer expressão de ponto de vista político “que pareça relevante para decidir se uma determinada lei, compreendida de acordo com uma interpretação que ele esteja considerando, seria equitativa, tendo-se em vista o caráter e o alcance da opinião pública” (DWORKIN, 2014, p. 417). Dworkin explica que os argumentos da integridade textual e da equidade são sensíveis ao tempo, ou seja, implicam em diferentes interpretações dependendo do momento de análise.

Considerando que uma das hipóteses de interpretação do artigo 1.035, §5º, do CPC – a de que o sobrestamento se presta ao julgamento do mérito do recurso – implica na inexistência de



decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário sem efeito vinculante – tornando inútil o uso do termo “repetitivo” no CPC, a existência do recurso extraordinário repetitivo e o procedimento do artigo 1.036 do CPC, bem como realizando uma distinção entre a força vinculante das decisões do STF e do STJ – tem-se que referida interpretação desestrutura completamente um sistema de precedentes que até então era coerente.

Se levarmos em conta o direito como integridade, só é possível concluir que o art. 1.035, §5º, do CPC refere-se à decisão de reconhecimento ou não de repercussão geral, na medida em que interpretação contrária implica na aceitação de premissas *contra legem* e inconstitucionais por violação dos arts. 52, X, e 102, §2º, da CF. Tais premissas, além de colidirem com o processo de controle de constitucionalidade brasileiro, são incompatíveis com a regra básica conferida pela Constituição Federal ao sistema de precedentes brasileiro: a de que o efeito vinculante depende de previsão legal.

#### 4. A COERÊNCIA

Neil MacCormick estuda a noção de coerência no capítulo VII de sua obra “Argumentação jurídica e teoria do direito” e no capítulo 10 da obra “Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica”. A noção de coerência de MacCormick é fundamental para seu entendimento a respeito dos sistemas jurídicos e também auxilia na busca de uma conclusão a respeito da interpretação do art. 1.035, §5º, do CPC. Sendo assim, no presente tópico, estudaremos a ideia de coerência de MacCormick no âmbito de sua teoria da argumentação jurídica, o que demanda, necessariamente, alguns breves esclarecimentos sobre tal teoria para que o leitor compreenda a visão do autor sobre a coerência.

MacCormick (2009, p. 248) define coerência como “a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade”, e no direito funciona como requisito para identificação do lugar dos argumentos a partir de princípios gerais do direito. Pela coerência, as normas de um sistema jurídico desenvolvido devem fazer sentido quando consideradas em conjunto. Além disso, a coerência entre as normas jurídicas reflete um importante valor e aspecto da justiça, consistente em “tratar casos semelhantes de modo semelhante e de evitar a diferenciação arbitrária de casos” (MACCORMICK, 2009, p. 232).

Se essas normas forem compatíveis com uma norma sólida e sensata ou justa e desejável, essa norma mais geral poderá ser tratada como um princípio que explica e justifica todas as normas mais específicas. E então, se houver dúvida a respeito do significado de uma norma em um determinado contexto, uma consulta a esse princípio pode ajudar a explicar como ela deve ser entendida e porque é válido aderir a ela (MACCORMICK, 2009, p. 197).



Ao mesmo tempo em que “uma norma pode contribuir para uma decisão sobre fatos aos quais ela não é diretamente aplicável”, na justificação de casos exemplares há uma interação complexa entre argumentos consequencialistas, princípios e pontos questionáveis de interpretação de normas válidas. Assim, as normas serão explicadas como um conjunto coerente destinado a garantir objetivos gerais, pelo que explicar princípios é racionalizar normas (MACCORMICK, 2009, p. 202-203).

O princípio impõe um limite de legitimidade a decisões judiciais plenamente justificadas por argumentos consequencialistas. Fazendo uso da metáfora de Dworkin, o autor explica que “havendo um peso contrário à inovação, é preciso que haja boas razões consequencialistas acrescidas ao peso do princípio para fazer com que a balança seja favorável a uma decisão inovadora”. A função da argumentação por analogia é semelhante, pois não é possível distinguir nitidamente argumentos por princípios de argumentos por analogia (MACCORMICK, 2009, p. 208-209).

Para o autor (2009, p. 212-213), quando não houver norma de caráter compulsório, é preciso demonstrar que a decisão está amparada em princípio jurídico geral, analogia ou outra fonte jurídica “persuasiva”, de modo que não há como fazer uma grande inovação se não houver argumento legal suficiente para tanto. O fato de que os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei veda, ao mesmo tempo, o uso exclusivo de argumentos simplesmente dedutíveis e a liberdade dos juízes para seguirem suas próprias vontades e intuições de senso comum e utilidade da justiça (MACCORMICK, 2009, p. 212-215).

Os princípios expressam razões subjacentes das normas e proporcionam sua racionalização e justificação, motivo pelo qual funcionam como elemento necessário mas não suficiente para justificar o alcance da lei por meio de novas normas (MACCORMICK, 2009, p. 216-217). Diz-se que o princípio é necessário, mas não suficiente, porque pode-se reconhecer a aplicabilidade de dois ou mais princípios a um mesmo caso, sendo legítima a decisão favorável a um lado ou a outro, e porque ambas as partes podem reconhecer a aplicabilidade de uma norma geral ou princípio, mas divergirem quanto aos seus desdobramentos (MACCORMICK, 2009, p. 220 e 225).

Por sua vez, a argumentação jurídica por analogia ampara decisões inovadoras, mas não compulsoriamente, pois necessitam de argumentos de princípios subjacentes. Logo, uma decisão inovadora pautada em analogia deve apresentar boa argumentação e ser coerente, na ausência de decisões contrárias, e demonstrar porque as argumentações por analogia ou por princípios funcionam como amparo legal à decisão inovadora (MACCORMICK, 2009, p. 242-243).



Para que argumentos de analogia sejam suficientes a embasar uma decisão, é preciso que os fatos do novo caso sejam semelhantes aos fatos operativos de princípios, normas ou precedentes, mas, apesar disso, a argumentação por analogia não se limita à jurisprudência e se aplica também às leis promulgadas. Não há diferença essencial entre a força e a função dos argumentos de analogia e de princípios na legislação e no direito consuetudinário: ambos consistem em limitações à legitimidade da criação da lei pelo Judiciário (MACCORMICK, 2009, p. 250-251).

MacCormick defende que a atividade judicial pode ser criativa, e a função legislativa do Judiciário deve possuir restrições definíveis, é uma função que será exercida apenas nos interstícios e demanda critérios para distinguir a legislação intersticial da estrutural. E um possível critério seria a imprescindibilidade de analogia pertinente ou de princípio estabelecido na justificação de uma decisão inovadora. Vale dizer: poderá o Judiciário atuar em sua função de legislação intersticial quando fizer uso de argumentos de analogia ou de princípio.

No entanto, esses argumentos serão utilizados apenas para permitir as decisões inovadoras e não para torná-las obrigatórias, motivo pelo qual o autor (2009, p. 244-245) sustenta que a controvérsia sobre a função criativa dos juízes é uma questão terminológica. Presente a coerência, a interação entre princípios e argumentos consequencialistas justificará casos exemplares, devendo-se demonstrar que a deliberação pautada por princípios apresenta consequências desejáveis e que não conflita com normas promulgadas e compulsórias (MACCORMICK, 2009, p. 252-253).

Até aqui, vê-se que a teoria de MacCormick a respeito da coerência impõe que o art. 1.035, §5º, do CPC seja interpretado em conformidade com a Constituição Federal e com os demais dispositivos do Código de Processo Civil, que já trazem normas promulgadas e compulsórias em determinado sentido. Argumentos de princípios ou consequencialistas só poderiam ser admitidos caso não conflitassem com os dispositivos legais existentes<sup>81</sup>, o que não é o caso do dispositivo em debate. Além disso, a noção de coerência sistêmica trabalhada pelo autor também exige que uma interpretação possível do art. 1.035, §5º, do CPC não fuja às balizas do sistema do qual faz parte. Para isso, o dispositivo só pode referir-se à decisão de reconhecimento da repercussão geral, sob pena de ser o único dispositivo legal do sistema

---

<sup>81</sup> Cite-se os arts. 52, X, e 102, §2º, da Constituição Federal e arts. 927, III, e 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, que tratam do efeito vinculante, alguns deles, inclusive, mencionando-o expressamente.



brasileiro a conferir efeito vinculante indiscriminadamente a todas as decisões em recurso extraordinário.

Na obra “Retórica e o Estado de Direito”, MacCormick retoma os estudos sobre a coerência e faz novas considerações, desta vez desenvolvendo uma teoria própria e diferente do primeiro livro, que sofria fortes influências das ideias de Hart.

O capítulo 10 da obra inicia com uma diferenciação entre o teste de coerência normativa e o teste de coerência narrativa. O primeiro aspecto da coerência normativa envolve a subordinação de um conjunto de leis a um ou mais valores relevantes e a ausência de conflito evitável com outros valores relevantes. O segundo aspecto é que “um conjunto de regras é coerente se todas elas satisfazem ou são concretizações de um princípio mais geral” (MACCORMICK, 2008, p. 250).

Enquanto princípios são “valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga”, valores são “estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins”, citando-se como exemplos o conhecimento, a segurança, a saúde, a humanidade e a justiça (MACCORMICK, 2008, p. 248 e 251). Assim, a coerência das normas consiste no fato de que fazem sentido, por “serem racionalmente relacionadas com um conjunto instrumental ou intrinsecamente votado para a realização de alguns valores comuns” (MACCORMICK, 2008, p. 252).

Há uma sobreposição entre valores e princípios e, para que sejam coerentes, devem expressar uma forma de vida satisfatória: a coerência de um conjunto de normas “é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de outra forma de vida satisfatória” (MACCORMICK, 2008, p. 253).

Para MacCormick, a tarefa de utilizar um argumento de coerência implica duas fases: primeiro, deve-se investigar os valores e princípios que conferem sentido a um conjunto relevante de normas jurídicas (leis e precedentes). Esses princípios e valores são encontrados nos documentos jurídicos existentes e, em parte, construídos de modo original como um conjunto coerente de valores e princípios. Por sua vez, as regras são concretizações dos princípios e lhes conferem efeito jurídico. Assim, os princípios integram a justificação da decisão do caso.

O autor (2008, p. 260) ressalta que, quando se objetiva interpretar a lei, é necessário pressupor que o legislador se propôs a legislar de forma coerente, afinal, “um legislador que respeita o Estado Democrático de Direito não pode escolher, arbitrariamente, exercer o poder legislativo sem considerar o modo pelo qual novas leis se sustentam dentro do sistema jurídico como um todo”.



Transportando essa ideia de coerência na interpretação da lei enquanto conjunto de normas compatíveis entre si, vislumbra-se que o sistema de precedentes brasileiro apresenta um conjunto de normas compulsórias que parte do princípio (norma geral) de que nem toda decisão judicial apresenta efeito vinculante. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional identificam determinadas modalidades decisórias que contam com efeito vinculante por meio de normas compulsórias, como é o caso, por exemplo, das decisões do STF em controle direto de constitucionalidade e em recurso extraordinário afetado pelo regime dos repetitivos, consoante dispositivos do CPC. A própria Constituição Federal estabelece essa premissa do sistema de precedentes ao conceder efeito vinculante de forma excepcional em seus artigos 52, X, 102, §2º e 103-A. O Código de Processo Civil confirma essa premissa ao prever determinadas hipóteses de decisões dotadas de efeito vinculante, tais como as proferidas em casos repetitivos, instituindo inclusive um procedimento próprio para tanto.

Assim, pensar que toda e qualquer decisão do STF em recurso extraordinário passou a apresentar efeito vinculante por conta de um único parágrafo contido em um artigo do CPC, vai de encontro com todas as demais normas compulsórias do sistema de precedentes, com o princípio que rege esse sistema e com as suas tendências sistêmicas, além de contrariar os inúmeros dispositivos do CPC, da Constituição Federal e do Regimento Interno do STF que preveem o contrário ou que dispõem sobre o procedimento de afetação do recurso extraordinário ao regime dos casos repetitivos.

A outra hipótese cabível (de que o sobrestamento se presta apenas ao julgamento da existência ou não de repercussão geral) é consentânea com o sistema de precedentes, na medida em que preserva a existência de decisões em recurso extraordinário com e sem efeito vinculante (dependendo da afetação ao regime dos repetitivos) e mantém a isonomia entre as forças dos recursos extraordinário e especial, preservando as competências do STF e do STJ enquanto Cortes de Precedentes responsáveis por dar a última palavra, dentro do Judiciário, a respeito da interpretação das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais federais, respectivamente.

## CONCLUSÃO

Há uma incerteza inerente à natureza da linguagem: os textos, o direito, os precedentes e a legislação apresentam textura abertura, são imprecisos e dependem de interpretação. É o caso do artigo 1.035, §5º, do CPC, que admite dois significados contrapostos e exige interpretação. Essa interpretação, por sua vez, pode ser realizada de diferentes formas.



Três modalidades interpretativas podem auxiliar no estudo do artigo 1.035, §5º, do CPC. Em primeiro lugar, o argumento da razão afasta a interpretação de que o artigo refere-se à decisão de mérito do recurso, pois implicaria na conclusão de que esse parágrafo confere efeito vinculante a todas as decisões de mérito de recursos extraordinários, o que afastaria a própria necessidade do artigo 1.036 do CPC e dos arts. 52, X, e 102, §2º, da CF.

Por sua vez, a interpretação sistemática em sentido estrito leva a crer que o artigo refere-se à decisão de reconhecimento de repercussão geral, pois implica na necessidade de afetação ao regime dos repetitivos para que a decisão de mérito do recurso extraordinário se torne vinculativa. A interpretação conforme a Constituição impõe conclusão semelhante, pois o artigo 102, §2º, da CF traz a regra de que as decisões do STF em controle direto de constitucionalidade apresentam efeito vinculante e o artigo 52, X, da CF dispõe sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão não dotada desse efeito, de modo que interpretação contrária exigiria a revogação ou alteração dos arts. 52, X, 102, III e §2º, da CF, o que não pode ser feito por meio de dispositivo infraconstitucional. Logo, a interpretação de que o art. 1.035, §5º, do CPC refere-se à decisão de reconhecimento da repercussão geral é respaldada por diferentes modalidades interpretativas.

Essa interpretação também resguarda a integridade do sistema de precedentes e da jurisdição brasileira. A noção de direito como integridade de Dworkin também permite concluir que o dispositivo refere-se ao julgamento da repercussão geral, pois interpretação contrária extinguiria do ordenamento a decisão do STF em recurso extraordinário sem efeito vinculante. Com isso, o termo “repetitivo” seria inútil – contrariando os vários outros dispositivos legais que atestam a existência do recurso extraordinário repetitivo para além do individual, como os arts. 311, II, 521, IV, 927, III, 928, II, e 988, IV, do CPC e os arts. 52, X, 102, III e §2º, da CF – e o legislador teria instituído uma diferenciação hierárquica entre o STJ e o STF enquanto Cortes de Precedentes, inutilizando o art. 1.036 do CPC com relação apenas ao recurso extraordinário repetitivo.

A ideia de direito como integridade reforça a interpretação de que o art. 1.035, §5º, do CPC só pode se referir à decisão de reconhecimento de repercussão geral também porque essa interpretação resguarda a coerência do sistema e reforça as tendências da Constituição Federal de 1988 quanto à jurisdição, papel das Cortes e sistema de precedentes, e interpretação contrária tornaria inúmeros dispositivos legais inócuos e o sistema desconexo.

A coerência do direito, como conjunto de normas compatíveis entre si (MACCORMICK, 2008), impõe que o sistema de precedentes brasileiro seja visto como um conjunto de normas compulsórias que parte do princípio de que nem toda decisão judicial apresenta efeito vinculante, por força dos arts. 52, X, e 102, §2º, da CF. Admitir que toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário passou a apresentar efeito vinculante por força de um único parágrafo



contido em um artigo do CPC, que contraria todas as demais normas do mesmo Código e da Constituição Federal em sentido oposto, colide com a noção de coerência do sistema.

De outro lado, a interpretação de que o artigo refere-se ao julgamento da existência ou não de repercussão geral preserva a existência de decisões em recurso extraordinário com e sem efeito vinculante (dependendo da afetação ao regime dos repetitivos), em consonância com os demais dispositivos do mesmo Código e da Constituição Federal, e mantém a isonomia de forças dos recursos extraordinário e especial, preservando as competências do STF e do STJ enquanto Cortes de Precedentes responsáveis por dar a última palavra, dentro do Judiciário, a respeito da interpretação das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais federais, respectivamente.

Por fim, deve-se levar em conta a importância dos papéis desempenhados pelo STJ e do STF enquanto Cortes de Precedentes na jurisdição brasileira. Essas Cortes detêm a função primordial de, por meio da interpretação das normas, garantir a unidade do Direito e a tutela adequada dos direitos. Por meio da atividade interpretativa, balizarão as atividades hermenêuticas dos demais componentes do Judiciário para dar efetividade à jurisdição. Os instrumentos por meio dos quais tais Cortes cumprirão com esse papel devem ser repensados e revistos, de modo a atender suas funções sem deixar de adequá-las às competências expressamente instituídas pelos arts. 102 e 105 da Constituição Federal. Para tanto, deverão desempenhar suas funções enquanto Cortes de Precedentes tendo como base os procedimentos instituídos pela Constituição Federal, mantendo a coerência do sistema de precedentes e a integridade da jurisdição brasileira.

## REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milani: Giuffrè, 2011.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. V. 1. 3 ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. Volume 2. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

**POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO BRASIL:  
UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE UMA  
MEDIDA DE COMBATE ÀS DROGAS SOB A ÓTICA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**POSSESSION OF DRUGS FOR SELF-CONSUMPTION IN  
BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF  
A DRUG COUNTERMEASURES MEASURE UNDER THE  
SUPREME FEDERAL COURT**

**Camila Morás da Silva<sup>82</sup>**

**Nathália Facco Rocha<sup>83</sup>**

**Isabel Christine Silva De Gregori<sup>84</sup>**

**RESUMO:** A presente pesquisa teve como escopo analisar a aplicação dos princípios da legalidade, proporcionalidade e autonomia frente a (in)constitucional criminalização do consumo de drogas sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, como medida potencialmente eficaz de combate ao consumo de drogas. À vista disso, preocupou-se em responder se houve a adequada aplicação dos princípios constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos quando da criminalização do porte de drogas para o consumo, segundo os preceitos da Lei 11.343/2006, na busca de uma efetiva política de combate ao uso de drogas no Brasil? Para tanto utilizou-se da teoria de base sistêmica-complexa, pois considerou-se diversos fatores interligados e interdependes. Empregou-se o método de abordagem dedutivo, posto que se partiu do grande ramo dos princípios constitucionais até chegar-se às suas aplicações na criminalização do porte de drogas para o consumo. Como método de procedimento apoiou-se no método funcionalista posto que se atenta às relações sociais lato sensu; o método estruturalista pois analisou um fenômeno concreto, e o método monográfico haja vista que se fundamentou no consumo de

<sup>82</sup> Advogada. Professora. Tutora na Faculdade de Direito em Santa Maria- FADISMA. Mestre em direito na Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Endereço eletrônico: camilamoras.adv@gmail.com.

<sup>83</sup> Oficial Designada do Registro Civil das Pessoas Naturais, Professora de Legislação no preparatório para concursos - CS preparatórios, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário - pela Faculdade Estácio de Sá, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA.

<sup>84</sup> Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2007), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2000). Professora do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade - GPDS, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM e líder do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM.



maconha buscando a possibilidade de aplicação, *posteriori*, a uma generalização. Por fim, a técnica escolhida é a documental.

**Palavras-Chaves:** (In)constitucionalidade; Porte de drogas; Princípios; STF.

**ABSTRACT:** The purpose of this research was to analyze the application of the principles of legality, proportionality and autonomy in face of (un) constitutional criminalization of drug use from the perspective of the Federal Supreme Court, as a potentially effective measure to combat drug use. In view of this, it was concerned to verify whether the constitutionally guaranteed principles were properly applied to all citizens when criminalizing the possession of drugs for consumption, according to the precepts of Law 11.343 / 2006, in search of an effective policy to combat to drug use in Brazil? For this, we used the systemic-complex theory, because we considered several interconnected and interdependent factors. The method of deductive approach was used, since it departed from the great branch of constitutional principles until reaching its applications in the criminalization of possession of drugs for consumption. As a method of procedure it was based on the functionalist method since it pays attention to social relations *latu sensu*; the structuralist method therefore analyzed a concrete phenomenon, and the monographic method since it was based on the use of cannabis seeking the possibility of application, afterwards, to a generalization. Finally, the chosen technique is documentary.

**Key-words:** (Un)constitutionality; Size of drugs; Principles; STF.

## INTRODUÇÃO

Muito vem se discutindo sobre a tênue linha que separa a tipificação da conduta de tráfico de drogas e o porte de drogas para o consumo, e as consequentes possibilidades de inadequada aplicação da penalidade prevista pela Lei 11.343/2006. A complexidade do assunto chega ao Supremo Tribunal Federal - STF no ano de 2015, sendo que até o presente momento já foram proferidos 2 votos e 1 rascunho do terceiro voto, e, em julho do ano corrente retornam-se o julgamento.

A partir disso, emerge a necessidade de lançar um olhar crítico quanto a devida aplicação, ou não, especialmente dos princípios da legalidade, proporcionalidade e autonomia quando da criminalização do porte de drogas para consumo no Brasil. Isto, pois, eventual violação destas bases do direito, amplamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, implicaria na (in)constitucionalidade da criminalização do referido dispositivo legal.

Assim, sob a ótica dos votos já divulgados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, o presente artigo preocupou-se em responder se houve a adequada aplicação dos princípios constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos quando da criminalização do porte de drogas para o consumo, segundo os preceitos da Lei 11.343/2006, na busca de uma efetiva política de combate ao uso de drogas no Brasil?

Para que esta pesquisa fosse possível, tanto utilizou-se da teoria de base sistêmica-complexa, pois considerou-se diversos fatores interligados e interdependes. Empregou-se o método de abordagem dedutivo, posto que se partiu do grande ramo dos princípios constitucionais



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

até chegar-se às suas aplicações na criminalização do porte de drogas para o consumo. Como método de procedimento apoiou-se no método funcionalista posto que se atenta às relações sociais lato sensu; o método estruturalista pois analisou um fenômeno concreto, e o método monográfico haja vista que se fundamentou no consumo de maconha buscando a possibilidade de aplicação, posteriori, a uma generalização. Por fim, a técnica escolhida é a documental.

A relevância do presente estudo se fundamenta, essencialmente, pelo inegável problema jurídico latente na realidade brasileira frente ao fracasso da atual política criminal de combate as drogas. A necessidade de se redesenhar a proteção social como dever do Estado, precisa perpassar os vieses da eficácia e da adequação para que seja possível uma política regulatória a partir da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas.

Por fim, o trabalho se dividiu em três capítulos. O primeiro dedicou-se a descortinar os conceitos fundamentais dos princípios a serem abordados para fins de responder o problema de pesquisa proposto, quais sejam: o da legalidade, proporcionalidade e autonomia. O segundo, limitou-se a abordar a aplicação destes princípios quando da criminalização do porte de drogas para o consumo sob a ótica do STF. E, por último, o terceiro capítulo visa apontar para potenciais políticas criminais de combate as drogas a serem consideradas frente ao possível reconhecimento do fracasso da atual.

## **1. LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E AUTONOMIA: AFINAL, DO QUE ESTAMOS FALANDO?**

Quando se trata da ciência do Direito, além das inúmeras normatizações, existem outros institutos que se mostram como fontes do direito, e entre estas, os Princípios, os quais não podem ser deixados à margem das discussões que regem a temática de sua aplicação. Ressalta-se assim, que os mesmos importam em um caro instrumento utilizado nas diversas searas, como alicerce, diretriz e fundamento em várias decisões judiciais.

Francisco Amaral, de forma clara, esclarece o que pode ser entendido como princípios:

São pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e de institutos jurídicos [...] Como diretrizes gerais e básicas, servem também para fundamentar e dar unidade a um sistema ou a uma instituição (AMARAL, 2005, p. 445).

Desta forma, observa-se a importância em compreender esta fonte do direito, haja vista que podem ser utilizados como fundamentação para inúmeros conflitos, não podem ser desprezados, como se não tivessem validade. Salienta-se ainda, que repercutem as vivências da sociedade, tanto



nos aspectos políticos, econômicos e sociais, e mais, não determinam o que deve ser feito, mas sim a alternativa que melhor deve ser utilizada (AVILA, 2001).

Miguel Reale, sobre princípios determina:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 60).

Sendo assim, resta claro que não há que se questionar sobre a validade na utilização dos princípios. Ainda que, por vezes, tragam certa generalidade são baseados em conhecimentos, irradiando para os sistemas normativos lucidez e harmonia a respeito do assunto em debate, e mais, traz à baila a possibilidade de interseção de elementos para se chegar a uma concretude.

Seguindo esta linha de compreensão, Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre a inobservância dos princípios, afirma:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas” (MELLO, 2000, p. 747/748).

Feita esta ilustração dos princípios em geral, parte-se para uma análise mais detalhada de três princípios que possuem grande relevância quando se está a tratar da (des)criminalização do porte de drogas, quais sejam: Legalidade, Proporcionalidade e Autonomia.

Ao tratar do princípio da Legalidade, pode-se compreender este como sendo um princípio com base constitucional e, fundamental em todos os ramos do Direito, bem como, no Direito Penal.<sup>85</sup> Todavia, vale ressaltar, que pode possuir um papel diversificado a depender de qual esfera do direito está sendo aplicado, mas ainda assim, de suma relevância.

No Direito Penal, é um princípio básico a ser seguido, posto que se não existe lei tipificando determinada conduta, conseqüentemente não haverá crime para tal ato praticado. Alguns autores, a exemplo de Heleno Cláudio Fragoso, dispõem que o Princípio da Legalidade e o Princípio da

<sup>85</sup> Na Constituição Federal, se mostra presente no artigo 5º, inciso XXXIX, bem como no artigo 1º do Código Penal, os quais dispõem: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.



Reserva Legal podem ser tratados como sinônimos, posto que no Direito Penal, a Lei é que norteia a aplicação de sanções (FRAGOSO, 2003).

O que se pode aferir é que o Princípio da Legalidade, atrelado ao Direito Penal, ainda é regido pelo dogma do positivismo jurídico, ou seja, determina, que em situações que envolvam o Direito Penal a lei não deve apresentar lacunas, tanto no que concerne a criminalização de condutas, bem como no que dispõe sobre condutas passíveis de punição.

Como explica Frederico Marques:

(...) Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei (...) Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito (MARQUES, 1997, p. 223).

O que pode ser afirmado com muita plausibilidade sobre o Princípio da Legalidade, é a impossibilidade de medidas arbitrárias Estatais. Sendo assim, seguir o que dispõe a Lei é a regra em Direito Penal, já que esta se mostra como uma garantia do indivíduo frente as ações do Estado.

Outro princípio importante frente a temática é o Princípio da Proporcionalidade. Entende-se que, ao ter sido tipificado e haver uma sanção penal, esta última deve estar de acordo com a violação do bem jurídico protegido/tutelado. Portanto, o Princípio da Proporcionalidade pode ser conceituado como a limitação a punições e sanções para além do efetivo prejuízo causado (AFONSO DA SILVA, 2002).

Neste sentido Jorge de Figueiredo Dias (2007), esclarece que o Princípio da Proporcionalidade pode também ser compreendido como um limite na aplicação de qualquer medida que tenha por intuito limitar o exercício de direitos fundamentais. Completando o raciocínio Claus Roxin determina que tal princípio é consagrado em todo o Estado de Direito, e que dele deriva outros dois princípios, o da subsidiariedade do Direito Penal e o da Lesividade. (ROXIN, 1997).

Sendo assim, o Princípio da Proporcionalidade é uma regra que deve ser obedecida por todos. Impondo garantias aos indivíduos e limitações ao Estado, ainda que seja implícito na Constituição, haja vista que “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno” (BITTENCOURT, 2009, p. 94). Por fim, pode-se concluir o referido princípio como um agir do Estado proporcional ao agravo cometido pelo agente, que seja capaz de reprovar tal conduta, bem como, prevenir a prática de outras tantas (GRECO, 2008. p. 111).

No que tange ao Princípio da Autonomia, terceiro pilar dos princípios norteadores do Direito Penal possuindo especial relevância nessa órbita judicial, deve ser entendido com



observância fundamental, posto que nesta seara ele se mostra com novas delineações e com aplicabilidade singular. Quanto aos conceitos, em sua generalidade, a maioria deles tem como fonte as contribuições de Kant, mas inúmeras especificidades.

Um conceito que consegue elucidar claramente o que pode ser entendido como autonomia é o trazido por Dworkin, o qual menciona:

(...) como a capacidade para refletir sobre uma estrutura motivacional e fazer mudanças nessa estrutura. Assim, autonomia não é somente uma capacidade reflexiva, mas também inclui alguma habilidade para alterar preferências e fazê-las efetivas na ação. Autonomia é uma capacidade de segunda ordem para refletir criticamente sobre preferências de primeira ordem e desejos, e a habilidade de identificar com esses ou muda-los à luz de preferências de ordem maior e valores. Ao exercitar tal capacidade nós definimos nossa natureza, damos significado e coerência às nossas vidas, e tomamos responsabilidade pelo tipo de pessoa que nós somos (DWORKIN, 1976, p. 28).

Neste sentido, para Manuel da Costa Andrade, só pode ser passível a imputação de um fato delituoso, àquele que tiver domínio ou conhecimento, bem como vontade, daquilo que está efetivamente realizando (ANDRADE, 1991). Sendo assim, a autonomia da vontade seria um elemento suficiente, capaz de legitimar a ação Estatal de reprovação a conduta realizada na esfera criminal.

Ainda que não se mostrem como sinônimos, o Princípio da Autonomia no Direito Penal relaciona-se com o campo da voluntariedade. Portanto, a ação estatal deve agir frente ao indivíduo, quando este dotado de capacidade, liberdade de agir, e vontade para comete o fato delituoso que realiza, ou seja, mostra-se livre em sua escolha, não agindo por manipulação, coerção, submissão ou qualquer outra situação que limite no aspecto de decisão (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Destarte, frente ao que fora exposto é possível compreender a importância dos Princípios como fontes do direito, bem como sua obrigatoriedade sobre a sua incidência nos casos em que se mostram pertinentes. A partir destes conceitos básicos pode-se adentrar ao entendimento prático sobre a (des)criminalização do consumo de drogas.

## **2. A POLÍTICA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Quando um fato social passa a repercutir de modo a ultrapassar as condições de regramento viabilizadas pelas políticas públicas estatais, o Direito é clamado a atuar como



mecanismo de contenção, na busca de uma solução supostamente mais eficaz. A complexidade social que a questão relacionada às drogas traz ao âmbito jurídico, exerce influência sobre todas as áreas do direito, mas em especial sobre o Direito Penal, imputando-lhe uma transformação paradigmática.

Assim, por diversas vezes o Estado se socorre no alto potencial coercitivo Direito Penal com o objetivo de tutelar interesses sociais, como é o caso do consumo de drogas, cujo bem amparado é a saúde pública e a insegurança social. Sob este viés, a forma encontrada pelo Direito de trabalhar com esse tema, iniciou com a criação da primeira lei especial sobre drogas em 1976, momento fortemente influenciado pelo regime militar, que se revestia de forte natureza proibicionista, iniciando-se uma verdadeira “guerra” contra as drogas.

Todavia, em 2006, ocorre a criação da lei nº 11.3434, a qual trouxe, dentre várias medidas, mudanças significativas, principalmente, para o tratamento ao usuário de drogas. Dentre tais alterações, a mais expressiva foi a extinção da pena de prisão e a imposição de medidas alternativas para a conduta de usuário, a qual passa a ser tipificada, agora, conforme os ditames do artigo 28 da nova lei, quais sejam:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.  
(BRASIL, 2006)

A adoção por parte do Estado de uma perspectiva mais razoável para com o usuário de droga trouxe diversos reflexos na doutrina penal, posto o claro intuito do legislador de não compreender o usuário como competência da *ultima ratio*<sup>86</sup> do direito. Deste modo, para muitos, passou-se a se tratar de uma infração *sui generis* e não mais de um crime (GOMES, 2007), posto a tênue linha existente entre os institutos da proibição<sup>87</sup>, despenalização<sup>88</sup>, descriminalização<sup>89</sup> e legalização<sup>90</sup>.

Tal fato evidencia um problema o qual se traduz em casos como o do Recurso Extraordinário nº 635.659, este discute a aplicação do tipo penal de tráfico ou de porte para consumo de 3 gramas de maconha. A partir disso, o Supremo Tribunal Federal passou a discutir a possibilidade de descriminalização, e não da legalização, do consumo de maconha no Brasil,

<sup>86</sup> A esfera criminal é o remédio sancionador máximo disponível em nosso ordenamento jurídico.

<sup>87</sup> Pode ser compreendido como o estabelecimento de sanções criminais.

<sup>88</sup> É a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas.

<sup>89</sup> Termo comumente utilizado para descrever a exclusão de sanções criminais em relação a determinadas condutas.

<sup>90</sup> Baseia-se na regulamentação da produção e distribuição dessas drogas.



avertando possibilidades de reação a crise social de consumo de drogas de modo diverso ao Direito Penal (STF, RE nº 635.659, 2015).

Tendo os votos já proferidos como base, inicialmente, cumpre lembrar que o texto do artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna autoriza a regulação de pena criminal diversas da prisão, o que por logo, implica dizer que, apesar da inovação abarcada pela nova lei de drogas, a conduta do usuário permanece sendo crime (JESUS, 2010). Porém, a crítica impera no fato de que o artigo que prevê a criminalização do porte de drogas para o consumo encontra-se inserido dentro do art. 33 da Lei 11.343/2006, o qual está alocado no Título IV do texto legal, no conjunto das disposições alusivas à “produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas” (BRASIL, 2006).

O traço distintivo entre os dois dispositivos supramencionados, no que se refere aos elementos de tipificação das condutas incriminadas, limita-se a expressão “para uso pessoal”. Ou seja, o que se denota é a pretensão que o legislador teve de conferir tratamento distinto aos usuários e aos traficantes ou produtores de drogas, mas de modo absolutamente omisso quanto a essa distinção, como bem aponta Gilmar Mendes em seu voto (MENDES, 2015).

Deste modo, revela-se que a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade (BARROSO, 2015). Por logo, pode-se mencionar que a tipificação das condutas que constam da Lei 11.343 recai, à primeira vista, sobre as condutas e não em razão de um bem imediatamente designado (FACHIN, 2015).

Neste ponto, o voto do ministro Edson Fachin desenha que em tal situação encontra-se uma das maiores controversas para os defensores de um Direito Penal Clássico<sup>91</sup>, haja vista que o legislador não poderia definir *a priori* um tipo que prescinde da real criação de uma situação de perigo (FACHIN, 2015). Isto, pois, além de contrário aos objetivos conferidos a esfera criminal, existe a impossibilidade de permitir-se eventual confusão entre a função do legislador e a do julgador quando da criminalização de uma situação de perigo e tipificar sem a concretude da situação.

Passa-se, então, a se conceber no direito penal a criminalização das condutas que independem de dano, confrontando-se a técnica de incriminação por meio dos “crimes de perigo abstrato”<sup>92</sup> e o princípio da ofensividade anteriormente definido (FACHIN, 2015). E, de igual

<sup>91</sup> Entende-se por Direito Penal Clássico, aquele cujo natureza é garantista, visando a manutenção da utilização do direito penal apenas para o direito “nuclear”, cujos se aplicaria a pena privativa de liberdade em face de um bem jurídico concretamente violado (SILVA-SANCHEZ, 2002).

<sup>92</sup> Tipos penais que transferem a zona de proteção da tutela penal para antes da efetiva lesão, e tem como objeto ações que punem a mera “realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo dano ao bem jurídico (MACHADO, 2005). Assim, o legislador ao procurar evitar que o dano se concretize, introduz o perigo na dogmática penal, desconsiderando, entretanto, a realização do resultado material reprovável para que o crime se consuma.



modo, situações que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado confrontando-se uma concepção perfeccionista<sup>93</sup> de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada (FACHIN, 2015).

Sob tal ponto, o ministro Edson Fachin escreve em seu voto que:

A interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República tem sentido a partir de duas premissas básicas: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais. A primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Por isso, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações (FACHIN, 2015).

Todavia, ao flexibilizar as bases do direito penal tradicional com a imposição de padrão moral individual, estar-se-á diante de uma proteção excessiva que resulta na não proteção e nem na prevenção de que o sujeito se drogue, correspondendo, por consequência, a um paternalismo indevido e ineficaz (NINO, 1989). Significa, ainda, transparecer uma utópica proteção da sociedade, dado que as respostas práticas à criminalização das condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar já são apenas em apartado, revelando ser, em verdade, uma lei de política criminal de combate ao tráfico e não de combate ao uso de drogas.

Como bem elucida Barroso, “a triste verdade é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico” (BARROSO, 2015). A partir dessa visão, depreende-se que a questão das drogas engloba diversos fatores que não podem ser tratados de forma única por meio da aplicação de uma proibição legal. E, assim, a atual conjuntura de combate as drogas não pode ficar à mercê do receio de reconhecer-se que falhou, posto que o macrosistema de consumo, produção e tráfico de drogas aperfeiçoa-se e se complexifica a cada dia, implicando diretamente nas estruturas estatais, de direito e das imputações penais.

Como bem elucida Gilmar Mendes em seu voto, “a situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação decorrente do enquadramento criminal” (MENDES, 2015). Tal percepção se amplifica quando analisado as

<sup>93</sup> Justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado. Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente.



peessoas comumente atingidas pelo tratamento criminal aos usuários, pois tratam-se de “pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal” (MENDES, 2015).

Nesse mesmo sentido, de fracasso da atual forma de tratamento de combate as drogas, apontam os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), posto que, desde a promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Ainda, cerca de 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas, o que equivale a dizer que 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.

Ainda, existem quase 150 mil presos por delitos relacionados a drogas, sendo que, além do custo mensal ser elevado (cerca de R\$ 2.000,00 reais), a maioria são jovens primários, que são presos juntamente com bandidos temidos pela sociedade, favorecendo a reincidência nestes crimes, a qual chega a atingir porcentagens acima de 70% (BARROSO, 2015). “Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente. Segundo dados trazidos pelo IBCCRIM, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros. Em 2013, esse número caíra para 15%” (BARROSO, 2015).

Tal cenário, na opinião de Gilmar Mendes, apenas reflete “o fracasso da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social incongruência em todo o sistema” (MENDES, 2015). E, ainda:

[...] a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional (MENDES, 2015).

Sob este mesmo viés é o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual aduz para a magnitude do problema, ao mencionar em seu voto que:

Ainda, maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade (BARROSO, 2015).



Ademais, considerando as limitantes da atual política criminal de combate as drogas, reitera-se que o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo, e se distancia do equilíbrio para com os resultados positivos alcançados. Por logo, insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade, e rejeitar reconhecer certezas equivocadas. À vista disso, é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira, reconhecer que esta não trata de uma política contra o consumo, e que por tal fato, deve ser abordada em apartado.

### **3. COMBATE AO CONSUMO DE DROGAS: A NECESSIDADE DE MEDIDAS E CRITÉRIOS PARA ALÉM DA CRIMINALIZAÇÃO**

O consumo de drogas ilícitas, sobretudo aquelas consideradas pesadas, como bem elucida o ministro Barroso, é algo ruim e que não encontra no direito uma solução fácil, simples e nem moralmente barata (BARROSO, 2015). Deste modo, a função do Estado em conjunto com a sociedade é essencialmente as de desincentivar o consumo de drogas, tratar aqueles que já se encontram em estado de dependência, e combater o tráfico (BARROSO, 2015).

Todavia, para que tais objetivos sejam de fato alcançados, instituir medidas inconstitucionais como é o caso do presente estudo, pelo qual se verificou nos capítulos acima trabalhados, não pode ser uma alternativa. Isto, posto que, para além da possível descriminalização do Direito Penal, há a obrigatoriedade de se levar em consideração os efeitos negativos práticos de uma medida ineficaz. Assim, torna-se necessário que se encontrem medidas mais do que eficazes, mas, também, constitucionalmente adequadas, já que a atual política criminal de drogas vem se demonstrando falha.

A vista disso, o Luís Alberto Barroso defende a adoção de um critério quantitativo para fins de diferenciar consumidores e traficantes. Entretanto, deve-se ter em mente que critérios muito baixos só aumentariam o problema, sendo necessário ser adequado a realidade brasileira. Ao pronunciar esta medida, o ministro ressalta que:

O temor de que uma vez fixado um certo quantitativo, os traficantes passariam a distribuir em pequenas porções, formando um “exército de formiguinhas”. É uma possibilidade. Só que de certa forma, já é assim. Os “aviões”, que são os jovens que fazem a distribuição, são presos. Em poucas horas são repostos. Há, na verdade, um exército de reserva. Com a seguinte consequência: as prisões ficam entupidas e o tráfico não diminui em nada. “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime (BARROSO, 2015).

A título exemplificativo, pode-se mencionar a bem-sucedida ação do critério quantitativo por Portugal. Referida política tem sido citada como modelo de descriminalização,



principalmente pelas medidas adotadas, como medidas não penais como restrição do exercício de determinadas atividades, multas e o encaminhamento para tratamento.

Em Portugal, a pessoa flagrada com o porte de drogas para consumo próprio é notificada a comparecer perante uma das Comissões criadas para apoio a sociedade para a Dissuasão da Toxicodependência, diretamente vinculadas ao Ministério da Saúde e responsáveis pela operacionalização da Lei da Descriminalização (PORTUGAL, 2000).

Referidas Comissões são compostas por profissionais de diversas áreas, tais como, por exemplo, saúde, assistência social, psicologia e direito. Possuem como um de seus objetivos acolher os indiciados notificados pelas forças de segurança e proceder a uma avaliação rigorosa de sua situação face ao consumo. Neste processo, frisam pela valorização das necessidades psicossociais de cada indivíduo, sem descuidar da premência de aproximar os consumidores de drogas ilícitas dos serviços de saúde (MENDES, 2015).

Sob tal perspectiva positiva da política adotada, cumpre trazer à baila a entrevista ao Diário de Notícias de Portugal, edição de 25.4.2011, na qual o presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), João Goulão, faz um balanço "muito positivo" da lei em vigor desde 1 de julho de 2001, dez anos, portanto, após a descriminalização do consumo de drogas naquele país (MENDES, 2015 Apud COELHO, 2011).

Nesta, o presidente aduz que: "Hoje temos 40 mil toxicodependentes em tratamento, em todo o País. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nesta área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam o seu nome completo aos técnicos" (MENDES, 2015 Apud COELHO, 2011).

Considerando o contexto acima desenhado, importante referir, ainda, a possibilidade de criação de um critério relacionado a natureza da droga. Isto, pois, a maconha, por exemplo, não tem efeito anti-social relevante, sendo, inclusive, muito inferior ao do álcool. Deste modo, drogas mais pesadas, como o crack, cocaína e ecstasy, também carecem de um olhar diferenciado sob pena de, em um futuro próximo, estar-se discutindo sobre a regulamentação de medidas em apartado para tais drogas.

Disso, depreende-se que o voto do Ministro Gilmar Mendes ao encontro com o entendimento de que o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. E, ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado, e até mesmo à sociedade, a responsabilidade de fornecer os meios necessários para tanto, conforme o disposto no art. 196, do Texto Constitucional:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de outros agravos



e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao reconhecer a de dependentes, ultrapassando a condição de réus, os dependentes lançam ao Estado o grande desafio deste lhes acolher como tal. É nesse sentido que o Governo Federal, em 2010, editou o Decreto 7.179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas (BRASIL, 2010). Esse Plano visa a prevenção do consumo de drogas, bem como medidas de tratamento e reinserção social dos usuários, conforme expressa seu art. 1º<sup>94</sup>, sendo que dentro destas medidas, a título ilustrativo, cita-se, do artigo 5º<sup>95</sup> desta mesma Lei, a ampliação da rede de assistência social e da estrutura dos locais de atendimento aos dependentes, bem como a capacitação dos profissionais da área e significativo apoio as polícias e operações especiais de combate as drogas (BRASIL, 2010).

A instituição do referido Plano induz para a ideia de que a concepção legal do usuário como criminoso mostra-se demasiado equivocada. Tal entendimento segue a linha argumentativa elucidada pelo ministro Gilmar Mendes, posto que em suas palavras menciona que:

O consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima. Mas o risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino (MENDES, 2015).

Sob este mesmo viés, em 2019, fora incluído na Lei de Drogas de 2006, através da Lei nº 13.840, de 2019, no Título III, intitulado de “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, dois capítulos abordando as

<sup>94</sup> Art. 1º. Fica instituído o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, com vistas à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social de usuários e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas.

<sup>95</sup> Art. 5º O Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas será composto por ações imediatas e estruturantes. § 1º As ações Imediatas do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas contemplam: I - ampliação do número de leitos para tratamento de usuários de crack e outras drogas; II - ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; III - ação permanente de comunicação de âmbito nacional sobre o crack e outras drogas, envolvendo profissionais e veículos de comunicação; IV - capacitação em prevenção do uso de drogas para os diversos públicos envolvidos na prevenção do uso, tratamento, reinserção social e enfrentamento ao tráfico de crack e outras drogas ilícitas; V - ampliação das ações de prevenção, tratamento, assistência e reinserção social em regiões de grande vulnerabilidade à violência e ao uso de crack e outras drogas, alcançadas por programas governamentais como o Projeto Rondon e o Projovem; VI - criação de sítio eletrônico no Portal Brasil, na rede mundial de computadores, que funcione como centro de referência das melhores práticas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, de enfrentamento ao tráfico e de reinserção social do usuário; VII - ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; e VIII - fortalecimento e articulação das polícias estaduais para o enfrentamento qualificado ao tráfico do crack em áreas de maior vulnerabilidade ao consumo.



diretrizes legais de prevenção, denominados de Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD) tratamento educação e reinserção dos usuários, as quais podem ser verificadas no rol dos artigos 18 ao 26-A da referida lei (BRASIL, 2019).

Dentre algumas das novas iniciativas propostas pela lei de Lei de Drogas, ressalta-se que não se limitou a olhar estritamente para o usuário, mas para todo seu contexto, incluindo, desse modo, o atendimento à família. Pode-se mencionar, assim, o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população; o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; Plano individual de atendimento ao usuário ou dependente de drogas; prevê plano de acolhimento com comunidade terapêutica acolhedora como etapa de reinserção social e econômica do usuário (BRASIL, 2019).

Vislumbra-se assim, a intenção de aplicar medida de amparo ao usuário de larga abrangência, haja vista que estão elencadas, de igual modo, alternativas objetivando a informação e educação, que parecem indispensáveis para o sucesso do SISNAD, como bem aduz o Ministro Fachin (2015),

Vê-se indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes (FACHIN, 2015).

Como método complementar, para que a prevenção do uso indevido de drogas ilícitas logre êxito na aplicação de seus princípios e objetivos lançado no capítulo I, art. 4º da Lei 11.343/06, intitulada de “Dos princípios e dos objetivos do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas” (BRASIL, 2006), um vasto leque de medidas administrativas pode ser lançado. Referida conclusão pode ser observada no caso do tabaco, o qual se observa a eficácia da proteção da ordem pública coletiva a partir da proibição de seu consumo em lugares públicos por meio de medidas estritamente administrativas.

Ainda, tomando a Espanha como país exemplo, o Ministro Gilmar Mendes elucida que, dentre as sanções aplicadas no referido país aos usuários de drogas, há multas de até 30 mil euros e/ou a suspensão da carteira de motorista. Todavia, quando da implementação no Brasil, podem-se aperfeiçoar tais medidas, como por exemplo, “a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza



penal” (MENDES, 2015).

Por fim, Fachin (2015), ressalta ainda a colaboração entre todos os setores públicos que tocam a questão relativa ao consumo de drogas, posto a possibilidade de elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

As respostas podem ser encontradas em medidas de informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas, que conseqüentemente diminuem, drasticamente, a discricionariedade que se vislumbra atualmente nas decisões dos magistrados, implicando em fortalecimento jurídico e maior uniformização da aplicação da lei. Ainda, podem ser consideradas como medidas bem mais eficazes na contenção do consumo do que a simples aplicação de medidas penais sem resultados práticos demonstráveis.

## CONCLUSÃO

O presente estudo se deteve em analisar, sob a ótica dos votos já divulgados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, se houve a adequada aplicação dos princípios constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos quando da criminalização do porte de drogas para o consumo, segundo os preceitos da Lei 11.343/2006, na busca de uma efetiva política de combate ao uso de drogas no Brasil.

Para que isso fosse possível, no primeiro capítulo apresentou-se uma abordagem geral da importância dos princípios da legalidade, proporcionalidade e autonomia, de modo a vincular, mesmo que brevemente, seu conceito com a utilização no Direito Penal. A partir disso ficou evidenciado que são princípios basilares para a prática adequada do Direito Penal.

No segundo momento, adentrando mais especificadamente no problema de pesquisa, buscou-se verificar a política de descriminalização do consumo de drogas à luz do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, analisou-se os votos já proferidos, e pode-se concluir que os princípios pilar do Direito Penal não estavam sendo observados e que, seguramente, não é esse o caminho para o alcance de uma medida contra as drogas mais eficaz.

Isso, pois, o STF encontra na possibilidade de descriminalização, e não da legalização, do consumo de maconha no Brasil, uma alternativa de reação a crise social de consumo de drogas de modo diverso ao Direito Penal. As críticas transcendem a previsão legal a qual erroneamente previu a criminalização do porte de drogas para o consumo encontra-se inserido dentro do art. 33



da Lei 11.343/2006. Tem-se o surgimento de condutas que independem de dano e para situações que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal.

Desse modo, ao flexibilizar as bases do direito penal tradicional com a imposição de padrão moral individual, estar-se-á diante de uma proteção excessiva. Todavia, o que tem-se como resposta da não observância dos princípios elencados – como no caso da condenação por tráfico de drogas pela posse de 03 gramas de maconha – é o consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico.

Portanto, para que uma política efetiva seja de fato alcançada, é necessário que respostas sejam vislumbradas em medidas de informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas, que consequentemente diminuam, drasticamente, a discricionariedade que se vislumbra atualmente nas decisões dos magistrados, implicando em fortalecimento jurídico e maior uniformização da aplicação da lei. Ainda, podem ser consideradas como medidas bem mais eficazes na contenção do consumo do que a simples aplicação de medidas penais sem resultados práticos demonstráveis.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 7.179, de 20 de maio de 2010**. Institui o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, cria o seu Comitê Gestor, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7179.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7179.htm)>. Acesso em 01 set 2019.
- 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/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993,



Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais

1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos

8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art2)>. Acesso em: 31 ago. 2019.

**BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids.** A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas/Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Coordenação Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2019.

COELHO, Rute. **10 anos após a descriminalização do consumo de drogas.** 2011. Disponível em: <<https://www.dn.pt/portugal/interior/10-anos-apos-a-descriminalizacao-do-consumo-de-droga-1837101.html>>. Acesso em 31 ago. 2019.

DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control, in Hastings Center Report, Vol. 6,

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral - Tomo I.** 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal.** Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06,** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.120.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada.** 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-54.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2000

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.** Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

No. 1. Fev. 1976.

PORTUGAL. **Lei n.º 30/2000.** Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte General,** Tomo 1. 1ª edição. Madri: Civitas, 1997, p. 65.

SILVA -ÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otavio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STF. **RE 635.659.** Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/09/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2019.

STF. **RE 635.659.** Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Voto-vista pelo Senhor Ministro Edson Fachin. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2019.



## APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS DO SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO

Guilherme Domingos Wodtke<sup>96</sup>

Márcia Aline Pessil Bohrer<sup>97</sup>

### RESUMO

No atual estágio da revolução industrial, a inteligência artificial surge como um importante instrumento para compilação de dados, capaz de tomar decisões com o mínimo de intervenção humana. Em razão da incapacidade de realizar uma leitura dos valores morais e éticos do Estado Democrático de Direito, os juízos propostos por meios exclusivamente artificiais geram anomalias que devem ser mitigadas de início. O objetivo do presente artigo é determinar quais são os princípios éticos essenciais para o melhor aproveitamento da inteligência artificial no Poder Judiciário. Para a consecução de tal desiderato, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, visando responder à problemática lançada e alcançar a finalidade almejada. No que tange ao método de pesquisa, emprega-se o método bibliográfico e documental, dividindo o trabalho em dois tópicos, além da introdução e da conclusão.

**Palavras-chave:** Ética; Inteligência artificial; Lawtech; Poder Judiciário.

### INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XVIII foi marcada por profundas transformações no processo produtivo de bens que influenciaram as relações de trabalho e a formação do sistema capitalista. O conjunto de inovações do período otimizou o tempo necessário para o desempenho da mesma tarefa, sem a necessidade de um elevado número de assalariados. A designada

---

<sup>96</sup> Pós-graduando em Processo Civil pela FMP. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Contato: [gdwodtke@gmail.com](mailto:gdwodtke@gmail.com)

<sup>97</sup> Pós-graduanda em Direito Digital pela FMP. Pós-graduação - *Lato Sensu* - em Direito Civil e Processo Civil pelo IDC. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização”. Advogada OAB/RS. Contato: [mabohreradv@gmail.com](mailto:mabohreradv@gmail.com).



Revolução Industrial afetou não somente o seu país de origem, a Inglaterra, mas toda a humanidade e que atualmente serve como principal parâmetro para as possíveis consequências do desenvolvimento tecnológico presente nos meios digitais.

Um dos benefícios do avanço tecnológico é facilitar a vida das pessoas, possibilitando um acesso maior à educação, informação, liberdade de expressão, entre outros. Na hodierna quarta revolução industrial, as inovações tecnológicas aparecem como ferramentas adequadas para acelerar medidas, processos, que, anteriormente, levavam dias, semanas, para serem executados. Na presente sociedade da informação, as modificações digitais acompanhadas da Inteligência Artificial (IA) levantam a discussão sobre a proteção dos direitos e da necessidade da aplicação de princípios éticos nos sistemas de IA para a solução dos conflitos judiciais e no sistema jurídico nacional.

Segundo Susskind (2017, p. 12), é "simplesmente inconcebível que a tecnologia altere radicalmente todos os cantos de nossa economia e sociedade e, de alguma forma, o trabalho jurídico esteja isento de qualquer mudança." E com a adoção da Internet das Coisas (IdC)<sup>98</sup> ocorre a conexão de todas as coisas com todo o mundo numa rede global integrada. (RIFKIN, 2016, p. 25). Os operadores do Direito, cada vez mais, estão inseridos no mundo digital e é necessário medidas éticas para esta adaptação.

Para a consecução de tal desiderato, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, visando responder à problemática lançada e alcançar a finalidade almejada. No que tange ao método de pesquisa, emprega-se o método bibliográfico e documental, dividindo o trabalho em dois tópicos, além da introdução e da conclusão.

## **1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO**

Nas últimas décadas do século XX houve uma profunda transformação na sociedade por meio de inovações geradas pela denominada Revolução Tecnológica. A partir desse período, o desenvolvimento é sustentado por bens imateriais, tal como dados e informação, que expressam valor econômico cada vez mais relevante. Assim, a antiga sociedade industrial, com os tradicionais elementos, capital e trabalho, é substituída pela da informação que também abarca o conhecimento e o saber. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 745). Na atual quarta revolução industrial, as inovações tecnológicas aparecem como ferramentas adequadas para acelerar medidas, processos, que, anteriormente, necessitavam de horas de trabalho humano para serem executados.

---

<sup>98</sup> A expressão IoT (sigla derivada do inglês, *Internet of Things*).



Outro benefício salutar do avanço tecnológico é o maior acesso à comunicação, educação, e liberdade de expressão, em proporções nunca antes vista na história. Para Eduardo Capellari, a sociedade de informação "é fruto dos crescentes investimentos nas tecnologias de informação – destaque-se recentemente a rede mundial de computadores – que provocam uma nova divisão social do trabalho e apontam, por conseguinte, para uma nova sociedade". (CAPELLARI, 2000, p. 39). No entendimento do autor afirmar-se que houve muitas mudanças e inovações tecnológicas<sup>99</sup> e muitas outras surgirão. É inegável que estamos vivendo o impacto e a inovação da tecnologia e isto deve ser utilizado, aplicado, em benefício do sistema jurídico brasileiro através de Inteligência Artificial.

A dificuldade em sistematizar as inovações vigentes no século XXI é percebida pela complexidade na definição do que seria inteligência artificial. Em sua obra, Ben Coppin (2013, RB- 1.2), opta conceituar essa ciência por meio da apresentação de suas características capazes de lidar com novas situações, solucionar problemas, obter respostas e arquitetar planos. A Inteligência Artificial é um ramo da tecnologia com fortes elementos de outras ciências como computação, matemática, biologia, linguagem, psicologia e engenharia. O resultado da junção desses conhecimentos foi o desenvolvimento de funções antes restrito a inteligência humana, principalmente no tocante a resolução de problemas com base no aprendizado e raciocínio lógico. (VEGA, 2019, RB- 7.2).

A intrínseca relação entre a inteligência artificial e os avanços tecnológicos é evidenciada pelos requisitos de aprimoramento dos computadores, segundo Atheniesne, quais sejam: "bons modelos de dados para classificar, processar e analisar os dados de forma inteligente"; por meio de acesso "à grande quantidade de dados não processados para alimentar os modelos, para que continuem a se aprimorar e realizar o aprendizado sistêmico necessário"; e, por fim, "computação de grande potência com custo acessível para que seja possível o processamento rápido e eficiente". (ATHENIENSE, 2018, p.02) O aperfeiçoamento da Inteligência Artificial permite um maior número de dados que podem ser coletados, categorizados e confrontados em tempo expressivamente menor em relação aos métodos tradicionais de pesquisa. (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 223).

A fim de implantar a Inteligência Artificial no sistema jurídico e na solução de conflitos, é necessário o fomento de um sistema efetivo que compreenda três premissas: o *machine learning*, o *deep learnin* e o Processamento de Linguagem Natural. O *machine learning* pode ser definido como o aprendizado de máquina como uma parte da IA que se ampara na "possibilidade de sistemas aprenderem com dados, identificar padrões e tomarem decisões com o mínimo de

---

<sup>99</sup> Como, por exemplo, o *smartphone* e o *tablet*.



intervenção humana, aprendendo regras sozinho a partir dos dados com que foram alimentados". Já o *deep learnin* é um modelo de aprendizagem mais profundo, esse realiza a relação de palavras e termos ao analisar uma grande quantidade de dados. O *deep learnin* só é possível "graças à montagem de redes neurais – redes conectadas que permitem um complexo processo de análise de decisão em teia de camadas para analisar múltiplas variáveis e gerar soluções".<sup>100</sup> Finalmente, o Processamento de Linguagem Natural (PLN) que "utiliza as técnicas de *machine learning* para encontrar padrões em grandes conjuntos de dados puros e reconhecer a linguagem natural".<sup>101</sup> (ATHENIENSE, 2018, p.07).

Aos operadores do Direito resta o desafio de assimilar as alterações em toda sociedade pela consolidação da inteligência artificial no cotidiano. Torna-se indispensável a realocação do papel do jurídico em sua função de conciliador dos problemas sociais, além de buscar a modernização das fontes do Direito, interpretação dos fatos sociais e efeitos jurídicos. No trato com a inteligência artificial será indispensável o controle e fiscalização humana em relação à alimentação dos dados do sistema e as sugestões ofertadas com base nas estatísticas. Naturalmente, as atividades braçais e repetitivas serão destinadas à inteligência artificial, enquanto os profissionais do ramo do direito devem aprimorar e exercer atividades que envolvem o pensamento crítico, interação interpessoal e criatividade. (CORREIA SILVA, 2019, RB-9.2).

Apropriando-se das palavras legislação e tecnologia da língua inglesa, as *lawtechs* são empresas do ramo da tecnologia que desenvolvem produtos especificamente para o mercado jurídico, dependentes ou não de sistemas da inteligência artificial, essas verdadeiras plataformas de automação já são capazes de atuar na gestão de documentos, *compliance*, comunicação, mediação, gestão jurídica e monitoramento de dados públicos. (CEZARE; CEZARE, 2020, p. 152).

Os novos produtos digitais, alinhado com a Inteligência Artificial, afetam a pesquisa jurídica ao identificar os aspectos mais relevantes da doutrina e da jurisprudência via algoritmos. O aprimoramento tecnológico permite a geração automática de documentos por meio de estruturação de formulários e a criação de memorando e relatórios cada vez mais eficazes. (FELIPE; PERROTA, 2018, p. 4). Assim, os investimentos no setor geram impactos positivos na celeridade dos serviços jurídicos prestados pelo Estado, permitindo a realocação do capital humano em outros setores sensíveis.

<sup>100</sup> Vale dizer, que "As redes neurais artificiais são camadas discretas e conexões que propagam os dados da mesma forma como acontece na cadeia do pensamento humano. Assim, os algoritmos de *deep learning* tem a inteligência para reconhecer voz e linguagem natural, imagens e processos de aprendizado por conta própria". Cf. SALESFORCE.

<sup>101</sup> Um exemplo de aplicação do PLN é quando ocorre a "análise de sentimentos, onde os algoritmos podem procurar padrões em postagens de redes sociais para compreender como os clientes se sentem em relação a marcas e produtos específicos". Cf. SALESFORCE.



Importante destacar que os resultados obtidos pelo *machine learning* são influenciados pela qualidade dos dados anteriormente utilizados na alimentação da Inteligência Artificial. Em algum momento, a atividade humana é responsável pela seleção de informações e dados que naturalmente tende a refletir o contexto social do qual está inserido com suas desigualdades, exclusões e discriminações. (NUNES; MARQUES, 2018, p. 427-428). A Inteligência Artificial é de grande valia na rápida pesquisa de legislação e jurisprudência correspondente aos fatos apresentados no caso concreto, mas as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito são também fundadas em elementos morais que em conjunto com valores éticos, sociais e culturais podem desempenhar um papel decisivo. (OLIVEIRA; COSTA, 2018, p. 34). Assim, verifica-se o risco de baixa confiabilidade dos dados baseados em critérios exclusivamente objetivos e estatísticos oferecidas por meios artificiais o que torna a subjetividade humana, consciente de tais anomalias, essencial para o equilíbrio das distorções e lacunas proveniente de uma análise estritamente racional.

## **2 A IMPERATIVIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS DO SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO**

O crescimento tecnológico ampliou alguns direitos, criou novos, mas, também, houve um aumento da violação dos direitos dos homens e mulheres. A internet permite acesso rápido, dinâmico e fácil à informação, a comunicação, é capaz de romper barreiras geográficas. Entretanto, a internet também pode proporcionar a violação da privacidade do indivíduo, o racismo, a disseminação do ódio, a *fake news*, a homofobia, a xenofobia, etc.

A todo o momento, são geradas novas informações em formato digital no ecossistema jurídico e o volume é tão grande que sequer podemos mensurar. Esses dados são tratados e armazenados nos bancos de dados ou *big data* jurídico.

Os operadores do Direito, cada vez mais, desejam facilidades para sua atuação neste nicho e a utilização da IA propicia tal desiderato. Contudo, essa mudança no cenário judiciário brasileiro é lenta, pois são necessários diversos mecanismos para desenvolvê-la.



A fim de assegurar a efetiva prestação jurisdicional de forma ética, ou seja, imparcial, transparente e segura, parâmetros internacionais mínimos existem para auxiliar no enfrentamento desses desafios. A ética encontrada em um sistema tecnológico é reflexo dos processos adotados em sua origem, concepção, e, desta feita, por seus fundadores e/ou programadores.

Na União Europeia, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no final de 2018, elaborou, através de um grupo de peritos de alto nível sobre IA, orientações sobre ética para uma IA confiável, visando à promoção do desenvolvimento industrial, econômico e social por meio da tecnologia. O documento, denominado “Orientações Éticas para uma IA de Confiança”, foi publicado em 08 de abril de 2019 e pode ser acessado no site da *EU's Publications Office*.

No documento elaborado pela OCDE, definiu-se o termo IA ética quando “é utilizado para indicar o desenvolvimento, a implantação e a utilização de IA que assegure o cumprimento das normas éticas, incluindo direitos fundamentais como direitos morais especiais, princípios éticos e valores fundamentais com eles relacionados”<sup>102</sup>.

Segundo o documento, existem três componentes para uma IA de confiança, que necessitam ser observadas por todo o ciclo de vida do sistema:

1. Deve ser **Legal**, garantindo o respeito de toda a legislação e regulamentação aplicáveis;
2. Deve ser **Ética**, garantindo a observância de princípios e valores éticos; e
3. Deve ser **Sólida**, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista social, uma vez que, mesmo com boas intenções, os sistemas de IA podem causar danos não intencionais. Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 06)

Objetivando promover uma IA inovadora e confiável, a OCDE elaborou cinco princípios complementares baseados em valores para uma administração responsável de IA confiável e que respeita os direitos humanos e os valores democráticos, dos quais, em junho de 2019, o G20 adotou. Os princípios da **OCDE** sobre a IA são:

- 1) A IA deve beneficiar as pessoas e o planeta, impulsionando o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar.
- 2) Os sistemas de IA devem ser projetados de maneira a respeitar o estado de direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e devem incluir salvaguardas apropriadas - por exemplo, possibilitando a intervenção humana sempre que necessário - para garantir uma sociedade justa.
- 3) Deve haver transparência e divulgação responsável em torno dos sistemas de IA para garantir que as pessoas entendam os resultados baseados em IA e possam desafiá-los.

<sup>102</sup> Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 48.



- 4) Os sistemas de IA devem funcionar de maneira robusta, segura e protegida ao longo de seus ciclos de vida, e os riscos em potencial devem ser avaliados e gerenciados continuamente.
- 5) As organizações e indivíduos que desenvolvem, implantam ou operam sistemas de IA devem ser responsabilizados pelo seu bom funcionamento, de acordo com os princípios acima.<sup>103</sup>

Segundo as Orientações Éticas para uma IA de Confiança (p. 14), existem quatro princípios éticos radicados nos direitos fundamentais, que precisam ser adotados para um sistema de IA confiável, esses são:

1) Respeito da autonomia humana: é o princípio que garante "o respeito da liberdade e da autonomia dos seres humanos". Quando o homem interage com os sistemas de IA pode ter uma "autodeterminação plena e efetiva sobre si próprios e participar no processo democrático" sendo que esses sistemas devem ser concebidos para aumentar, complementar e capacitar as competências cognitivas, sociais e culturais dos usuários. (Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 14/15).

2) Prevenção de danos: este princípio sustenta que os sistemas de IA não devem causar danos ou agravar aqueles causados por seres humanos. Nesse, se encontra a proteção da dignidade humana e da integridade física e mental das pessoas. Os sistemas de IA devem ser operados em locais seguros e protegidos. Ainda, que as pessoas que possuem vulnerabilidade necessitam "receber maior atenção e ser incluídas no desenvolvimento e na implantação dos sistemas de IA". (Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 15).

3) Equidade: premissa de que devem ser equitativos, nos sistemas de IA, o seu desenvolvimento, implantação e utilização. Isso "implica um compromisso com: a garantia de uma distribuição equitativa e justa dos benefícios e dos custos, bem como de inexistência de enviesamentos injustos, discriminação e estigmatização contra pessoas e grupos." É proporcionar igualdade de oportunidades em termos de acesso à educação, aos bens e serviços e à tecnologia. (Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 15).

4) Explicabilidade: o princípio defende a necessidade de explicar os processos que abrange o sistema de IA. Assim, os processos precisam ser transparentes, "as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas" e as decisões, tanto quanto possível, esclarecidas a aqueles que por elas são afetados de maneira direta e indireta. Não havendo essas informações, não se pode contestar devidamente uma decisão. Quando um modelo gera um "determinado resultado ou decisão (e que combinação de fatores de entrada contribuiu para esse efeito)", algumas vezes se consegue explicar o porquê disto acontecer. Referidos casos são "designados por algoritmos de «caixa negra» e exigem especial atenção". (Orientações Éticas para

<sup>103</sup> Disponível em: < <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>>. Acesso em 07/06/20.



uma IA de Confiança, p. 16).

No Brasil, o Projeto de Lei nº 21/20 institui o marco legal do desenvolvimento e uso da IA pelo poder público, por empresas, entidades diversas e pessoas físicas. A proposta estabelece deveres, princípios, direitos e instrumentos de governança para a IA, devendo respeitar os direitos humanos e os valores democráticos.

Além da OCDE, existem outras organizações que estudam e criam diretrizes para uma IA ética, tais como, a *Institute of Electric and Electronic Engineers* (IEEE)<sup>104</sup> e a Conferência de *Asilomar*<sup>105</sup>. Esses organismos elaboraram questões de desenvolvimento da IA ética e diretrizes para o desenvolvimento de uma IA benéfica.

Esses princípios consideram o papel dos agentes criadores de IA, ou seja, aqueles que projetam e fabricam, também, de operadores de IA, aqueles com experiência específica para o uso de IA, outros usuários e quaisquer outras partes interessadas ou partes afetadas.

Para a IEEE, os princípios gerais éticos da IA devem:

- Incorporar os mais altos ideais de beneficência humana dentro dos direitos humanos.
- Priorizar os benefícios para a humanidade e o meio ambiente natural do uso da IA em considerações comerciais e outras. Os benefícios para a humanidade e o ambiente natural não devem estar em desacordo - o primeiro depende do último. Priorizar o bem-estar humano não significa degradar o meio ambiente.
- Mitigar riscos e impactos negativos, incluindo o uso indevido, à medida que a IA evolui como sistemas sociotécnicos, em particular garantindo que as ações da IA sejam responsáveis e transparentes. (tradução livre) (ETHICALLY ALIGNED DESIGN, 2019, p. 17).

Da análise dos organismos mencionados, observa-se que os princípios adotados tratam da valorização dos seres humanos e do meio ambiente com observância dos direitos fundamentais.

Como visto, acima, os algoritmos são reflexos do comportamento humano, assim, é imperativo a observância dos vieses que os influenciam. Até mesmo quando esse comportamento não é expressamente utilizado pelo agente de dados pode influenciar na ação do sistema. Assim, aquele que cria o sistema de IA precisa ter cuidado quanto às informações e tratamento de dados para atender ao objetivo proposto.

O Poder Judiciário visa defender o direito de pessoas físicas e jurídicas, promovendo a justiça e resolvendo divergências entre as partes. Conflitos entre os seres humanos sempre

<sup>104</sup> Organização sem fins lucrativos, fundada nos Estados Unidos da América. Disponível em: <<https://www.ieee.org/>>. Acesso em : 27 jul. 2020.

<sup>105</sup> Princípios de Asilomar sobre Inteligência Artificial, adotados na Conferência de 6º de janeiro de 2017. A Conferência foi organizada pela *The Future of Life Institute*, que também é uma organização sem fins lucrativos. Disponível em: <<https://futureoflife.org/>>. Acesso em : 27 jul. 2020. Para ler mais sobre os princípios da AI ASILOMAR, acesse <https://futureoflife.org/principles-discussion/>.



existiram e quando esses não conseguem chegar a um acordo o judiciário é o meio pelo qual as contendas são definidas.

Ao longo dos anos, novos direitos e deveres nascem e, com esses, novos litígios. O judiciário está saturado de processos sendo muitos de natureza repetitiva. Essa grande demanda de ações é inoperante para o órgão judiciário, tornando o processo vagaroso. O crescimento tecnológico vem facilitando os membros atuantes do judiciário, virtualizando notas de expediente, publicações de decisórios, expedição de guias, dentre outros, que permitem uma organização mais acurada do sistema judicial.

Devido ao aprimoramento das IAs, ferramentas de pesquisas estão cada vez mais precisas e com qualidade de diagnóstico. Tais mecanismos colaboram para a aceleração dos procedimentos que compõem as ações judiciais.

Para Atheniense (2018, p. 2), há uma grande expectativa para os protagonistas do Direito de que “o uso da Inteligência Artificial – IA, venha de fato revolucionar a tomada de decisões, agregando mais conhecimento em menor tempo de pesquisa, baseado na análise cognitiva e rápida dos padrões, tendências, jurimetria entre outras referências extraídas deste grande volume de informações.”.

O uso da IA, no judiciário brasileiro, é de interesse de seus operadores e sua adoção é imprescindível, pois, conforme supracitado, fornecem aprimoramento e celeridade as ações. Entretanto, é imperativo que essas ferramentas garantam uma proteção eficaz de direitos.

Para os operadores do Direito, existem princípios que obrigatoriamente devem integrar o sistema, como a transparência, a confiança, a isonomia, a segurança jurídica<sup>106</sup>, a previsibilidade, a eficiência e a estabilidade que são basilares para um órgão com decisões coerentes, uniformizadas e previsíveis.

Segundo o processualista Marinoni:

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso (MARINONI)

<sup>106</sup> Cf. MARINONI: “A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º.”



Desta feita, quando os operadores do Direito almejam utilizar o método da IA como uma ferramenta de trabalho, é importante a aplicação dos princípios éticos para que essa IA seja de confiança. Para que haja uma igualdade de tratamento é necessário que o agente da IA observe se o conjunto de dados armazenados não geram enviesamento identificável e discriminatório. Processos de supervisão são necessários para assegurar que as decisões do sistema não sejam injustas. (Orientações Éticas para uma IA de Confiança, p. 22).

Valorizando a segurança jurídica dos envolvidos, a exatidão nos resultados deve ser correta. Quando o advogado realiza uma pesquisa em seu software ele espera celeridade e praticidade. Ainda, que essa ferramenta tenha capacidade de oferecer previsões dos resultados possíveis a determinado caso. Quando uma das partes no processo judicial confia no judiciário para resolver seu litígio, espera que esse haja de forma ética e a adoção de sistema de IA pode auxiliar tanto na tomada de decisões quanto na agilidade da demanda. No que cabe a proteção de dados, a IA precisa garantir aos usuários, que suas informações serão tratadas de forma ética, zelando pelos direitos fundamentais, como a intimidade, a imagem, etc.

No que tange a ouvida de partes e testemunhas, acredita-se que a máquina não substitui a figura do juiz, que tem a sensibilidade de avaliar o comportamento durante os depoimentos e testemunhos. Destarte, o humano é a soma do físico e cognitivo. A máquina, por sua vez, tem o físico, apesar de algumas IAs já estejam desenvolvendo o cognitivo. Porém, esta nunca será dotada de perspicácia e sensibilidade, características próprias dos seres humanos.

Ainda que muito se discuta que a adoção de IA no sistema jurídico, na atual Quarta Revolução Industrial, venha a retirar postos de trabalho, também significa que novas formas de trabalho surgirão. Os operadores do Direito se dedicarão mais em elaborar teses do que em trabalhos técnicos repetitivos, que serão realizados pelas máquinas. A IA dará espaço aos juristas para que se dediquem mais a prática de defender o Direito e cumprir sua função científica e social. Caberá a IA realizar atividades mais simples e corriqueiras.

No órgão judiciário, a IA, ainda, pode auxiliar no sopesamento das provas apresentadas nos processos, como na acurácia de falsificação de assinaturas e documentos. Plataformas<sup>107</sup> de mediação facilitam a comunicação entre as partes e não sobrecarregam o órgão jurisdicional. Algumas ferramentas de IA estão sendo adotadas pelos operadores do Direito, sem pretensão de esgotar o assunto, apresenta alguns exemplos: *chatbots* jurídicos; *smart contracts*; *Lawtechs* incubadas em escritórios de advocacia; entre outras.

Havendo um *big data* jurídico com qualidade de dados e tratamento eficiente, a IA terá

<sup>107</sup> Por exemplo, a plataforma do consumidor.gov.



condições de “armazenar e gerar conhecimento dando suporte às tomadas de decisões em um prazo muito menor que a análise humana” (ATHENIENSE, 2019, p.6), assim, otimizando o tempo dos trabalhadores e acelerando os procedimentos das demandas judiciais.

Para Susskind (2017, p. 140), o 'cientista de dados legais'<sup>108</sup> deverá procurar “identificar correlações, tendências, padrões e *insights* tanto em recursos legais quanto em materiais não legais”. Além disso, esses agentes serão “especialistas interdisciplinares, com conhecimento não apenas dos sistemas relevantes, mas também da lei e do serviço jurídico. Uma sólida formação em matemática, programação ou ciências naturais ajudará aqui”.<sup>109</sup>

Já existem vários centros de pesquisa no mundo para dar suporte ao florescimento a IA ligada ao Direito, através do fomento e desenvolvimento de pesquisa acadêmica. A título de exemplo: o Codex, da Universidade de Stanford; o Cirsfid, centro de Informática Jurídica da Universidade de Bologna; o programa de Sistemas Inteligentes, da Universidade de Pittsburgh; o centro de Direito e Tecnologia da Informação do King's College. As grandes universidades do mundo “têm criado não só centros congêneres de pesquisa, como também novos cursos de Direito aliados ao ensino de lógica jurídica e lógica de programação, além de incubadoras de *lawtechs*” (MARANHÃO, 2017)

Frente a todas essas mudanças e das que estão por vir é fundamental que os operadores do Direito se antecipem na utilização dos novos mecanismos oferecidos pela IA, permitindo a ruptura de hábitos convencionais e adotando as novas transformações digitais.

## CONCLUSÃO

A todo o momento, especialistas de dados e lideranças estão engajados em criar produtos e serviços que afetam diretamente os usos e costumes, por isso, é importante a discussão sobre o melhor uso das IAs. Para que a utilização da IA seja ética é necessária a união colaborativa entre os agentes que mais influenciam a sociedade (cidadãos, governo, pessoas jurídicas e cientistas de dados).

Pelo aludido, na legislação brasileira vigente, ainda que não haja previsão expressa sobre o desenvolvimento e o uso da IA, o PL sobre o tema, é um começo para essa regulação. A necessidade de aplicação dos princípios éticos no sistema de IA, para benefício do Poder Judiciário do Brasil e soluções de conflitos, é imperativa, pois garante segurança jurídica,

<sup>108</sup> *legal data scientist*.

<sup>109</sup> Tradução livre.



isonomia, imparcialidade e transparência no tratamento dos dados, para seus usuários (servidores públicos, advogados, partes processuais e interessados).

O uso da IA, além de ajudar o sistema jurídico também pode auxiliar os escritórios de advocacia, através de programas que auxiliem na busca de jurisprudência ou, até mesmo, de doutrinas para solução dos seus casos. Longe a ideia de substituir o trabalho humano pela IA, tão somente, utilizá-la para facilitar o trabalho, dando maior presteza e eficiência.

Para que possamos chegar a uma regulação jurídica adequada e democraticamente legítima é relevante o debate sobre as "noções de privacidade, proteção de dados e ética que deverão nortear os avanços tecnológicos, refletindo sobre o mundo em que queremos viver e em como nos enxergamos nesse novo mundo de dados e máquinas cada vez mais inteligentes relacionado ao novo cenário de IdC". (SUSSKIND, 2017, p. 265).

Sem pretensão de esgotar o debate, entende-se que é evidente que devemos aplicar a Inteligência Artificial em benefício do sistema jurídico brasileiro e como uma alternativa de solução de conflitos judiciais, utilizando, imprescindivelmente, os princípios éticos da IA. A implementação da IA no Direito é a solução para melhorar a tramitação dos processos, otimizar tarefas e tempo, diminuir o trabalho mecânico e repetitivo, dar mais espaço para os operadores do direito se dedicarem a novas teses, um acesso mais fácil a justiça e uma prestação jurisdicional mais efetiva. Nunca haverá uma IA perfeita enquanto os homens não forem éticos, pois o homem é o agente criador, fiscalizador e usuário da IA e impregna nessa suas características.

## REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre R.. *As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira*. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 1, Out - Dez, 2018.

CAMINKER, Evan H. *Why must inferior courts obey superior court precedents?*. Stanford Law Review, v. 46, 1994, p. 817-873. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1229094>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

CAPELLARI, Eduardo. *Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do estado com a cidadania*. In: ROVER, Aires José (org.). Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

CEZARE, Mirian Francine C. Costa; CEZARE, Thales de Táris.. *A Influência da Inteligência Artificial nos Direitos Humanos e nos Processos Jurídicos*. Itapira, Revista Prospectus, v. 2, n. 1, p. 149-158, Fev/Ago, 2020.

COPPIN, Ben. *Inteligência Artificial*. RJ: LTC, 2013.

CORREIA SILVA, Nilton. *Inteligência Artificial em Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. Coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. SP: Thomson Reuters Brasil, 2019. e-book.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. *Inteligência Artificial no Direito - Uma Realidade a ser Desbravada*. Salvador: Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. v. 4, Jan-Jun, 2018.

*Institute of Electric and Electronic Engineers*. Disponível em: <<https://www.ieee.org/>>. Acesso em : 27 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ethically aligned design*. 2019. Disponível em:<<https://www.ieee.org/>>. Acesso em: 27 jul. 20.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Projeto Victor: Perspectiva de Aplicação da Inteligência Artificial ao Direito*. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2. ed.. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MARANHÃO, Juliano. *A pesquisa em inteligência artificial e Direito no Brasil*. Publicado em 9 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/juliano-maranhao-pesquisa-inteligencia-artificial-direito-pais>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica*. Publicado em 20/3/2014. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. SP: Martins Fontes. 1996.  
NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. Revista de Processo, v. 285/2018, p. 421 - 447, Nov., 2018.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria*. 2. ed.. SP: Thomson Reuters Brasil, 2019. *e-book*.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. *Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de Inteligência Artificial no Processo de Decisão Judicial*. Rev. de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 21 – 39, Jul/Dez, 2018.

*Orientações Éticas para uma IA de Confiança*. Grupo independente de peritos de alto nível sobre a Inteligência artificial criado pela comissão europeia em junho de 2018. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>>. Acesso em 07/06/2020.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*. SP: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2016.

SALESFORCE. *Entenda os principais conceitos e o que é inteligência artificial*. Disponível em: [[www.salesforce.com/br/products/einstein/ai-deep-dive/](http://www.salesforce.com/br/products/einstein/ai-deep-dive/)]. Acesso em: 13.08.2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. SP: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Informal: Direito da Sociedade da Informação*. SP: RT, v. 859, p. 743-759, 2007.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

*The Future of Life Institute*. Disponível em: <<https://futureoflife.org/>>. Acesso em : 27 jul. 2020.

VEGA, Italo S. *Inteligência Artificial e tomada de decisão – A necessidade de agentes externos em Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. Coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. SP: Thomson Reuters Brasil, 2019. *e-book*.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

## A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO ÂMBITO TRABALHISTA

Guilherme Gomes Vieira<sup>110</sup>

### RESUMO

Os honorários advocatícios equivalem ao montante financeiro devido ao advogado que representou a parte vitoriosa em determinado processo judicial. Nada obstante haver regulamentações legais sobre a temática, no âmbito trabalhista, a normatização da matéria ocorre, majoritariamente, por meio de entendimentos jurisprudenciais. O artigo propõe a verificação da divergência entre a súmula 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, as quais abordam o mencionado assunto de forma oposta. O objetivo da pesquisa é a identificação do posicionamento que melhor se adequa ao atual panorama do ordenamento jurídico, notadamente em razão de a súmula do Tribunal Superior do Trabalho ter sido editada em 1985. O método empregado consiste na pesquisa em arquivos, equivalentes aos julgados que originaram os mencionados entendimentos sumulares e ao processo em que se discute qual posicionamento deve prevalecer, a fim de investigar as principais razões que sustentam ambos os posicionamentos evidenciados e, conseqüentemente, compreender o grau de atualidade das justificativas apresentadas. O trabalho concluiu que a compreensão do Tribunal Regional é mais compatível com o atual ordenamento jurídico do que a perspectiva da Corte Superior, notadamente em razão de alterações legislativas, de modo que é recomendável que o Tribunal Superior do Trabalho reformule o seu posicionamento.

**Palavras-chave:** Direito do trabalho; Honorários advocatícios; Segurança jurídica; Súmulas.

### INTRODUÇÃO

Os honorários advocatícios equivalem à verba resultante do êxito de advogados em determinada demanda judicial (HERKENHOFF FILHO, 2018). Assim, nos termos do art. 85 do

---

<sup>110</sup> Defensor Público do Distrito Federal. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: [vieiraguilherme.g@gmail.com](mailto:vieiraguilherme.g@gmail.com).



Código de Processo Civil, a sentença condenará a parte vencida a pagar honorários ao advogado do vencedor (JOÃO, 2018).

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece algumas normas legislativas acerca dessa temática. Nada obstante, a definição de algumas questões essenciais se vincula à fixação de entendimentos jurisprudenciais – notadamente pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Uma dessas questões tangencia a necessidade de vinculação do advogado ao sindicato da categoria profissional para que os honorários sejam devidos.

Nesse sentido, as súmulas nº 219 e 329, ambas do TST, confeccionadas, respectivamente, em 1985 e em 1993, consideram necessária a assistência jurídica por advogado vinculado ao sindicato da categoria profissional para que haja o recebimento de honorários assistenciais.

Em contraposição, a súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, estabelecida em 2015, assinala que os honorários de assistência judiciária gratuita são devidos ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional, desde que sejam atendidos os requisitos da Lei nº 1.060/50.

A temática é de extrema importância e permeia diversos campos do conhecimento jurídico, envolvendo, *ultima ratio*, questões aptas a serem debatidas em todas as reclamações trabalhistas que tramitam atualmente ou que serão ajuizadas (CASTRO, 2016).

Ademais, considerando-se a necessária previsibilidade jurídica e, conseqüentemente, a estabilização da jurisprudência existente (inclusive entre diferentes Tribunais), faz-se necessário solucionar a divergência e fixar o entendimento prevalecente, mediante deliberação do Tribunal Superior do Trabalho, órgão competente para tanto.

Considerando-se a mencionada divergência jurisprudencial e a relevância do debate, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho instaurou Incidente de Resolução de Recursos Repetitivos (Recurso de Revista nº 341-06.2013.5.04.0011), com objetivo de uniformizar a jurisprudência acerca do entendimento referente à condenação de honorários assistenciais nas reclamações trabalhistas típicas em que o trabalhador ou o empregado não é assistido por advogado credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional.

Nesse contexto, o Ministro relator solicitou informações de todos os Tribunais Regionais do Trabalho acerca do tema enfrentado no referido incidente de uniformização de jurisprudência, com a finalidade de captar e verificar os argumentos e fundamentos vinculados ao recebimento de honorários assistenciais na situação exposta. Ademais, foram admitidos cinco *amici curiae*,



em razão da relevância da matéria, da representatividade do postulante, da oportunidade e da utilidade das informações prestadas.<sup>111</sup>

Destaca-se que, após a afetação do recurso sob o rito do Incidente de Resolução de Recursos Repetitivos, a súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região foi cancelada por meio da Resolução Administrativa nº 31/2017. Nada obstante, não há qualquer prejuízo para a discussão realizada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de definir o entendimento a ser consolidado pela Corte Superior – e que será aplicável a todos os Tribunais Regionais, além do próprio TST.<sup>112</sup>

Considerando o cenário exposto, o objetivo da presente pesquisa se vincula à investigação das diferentes correntes teóricas acerca do cabimento de honorários advocatícios na justiça trabalhista – notadamente das razões apresentadas nos acórdãos que propiciaram a confecção dos enunciados sumulares –, a fim de verificar qual dos posicionamentos apresenta maior compatibilidade com as diretrizes atuais do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao se considerar que a súmula nº 219 do TST foi originariamente formulada em 1985.

Com a finalidade de analisar a temática dos honorários assistenciais na seara trabalhista, notadamente sob a perspectiva da pluralidade de posicionamentos e da necessidade de padronização do entendimento jurisprudencial, utiliza-se abordagem qualitativa para obter resultados descritivos por intermédio de pesquisas bibliográfica e documental, sobretudo no que concerne a normas brasileiras e decisões proferidas por Tribunais.

Para tanto, serão analisadas as razões expostas nos acórdãos que resultaram na consolidação da súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e da súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como posicionamentos doutrinários acerca dessa temática – alguns, inclusive, citados nos votos componentes das decisões judiciais.

No primeiro capítulo, evidencia-se o panorama normativo e jurisprudencial atinente aos honorários advocatícios no âmbito trabalhista, possibilitando-se a revisão de literatura acerca do tema e a investigação das principais normas correlatas.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisam-se as razões principais que fundamentam a súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de ser necessária a assistência jurídica por advogado vinculado ao sindicato da categoria profissional para que haja o recebimento de honorários assistenciais.

---

<sup>111</sup> Os *amici curiae* deferidos foram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados Brasileiros, a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro e a Confederação Nacional da Indústria.

<sup>112</sup> No presente trabalho, a menção à súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região representa o entendimento nela esboçado, e não a existência do próprio entendimento sumular. Isso porque o importante é a ideia central fixada na jurisprudência, independentemente do cancelamento do posicionamento da Corte Regional.



Na sequência, verificam-se as justificativas que embasam a súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, sob a perspectiva de que os honorários são devidos ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional, desde que sejam atendidos os requisitos da hipossuficiência da parte.

No quarto capítulo, confeccionam-se reflexões acerca da segurança jurídica e da uniformização jurisprudencial entre diferentes Cortes, inserindo a discussão teórica na divergência sumular contextualizada anteriormente.

Por fim, são apresentadas as considerações finais do artigo, evidenciando-se o panorama normativo, sumarizando-se o confronto entre as justificativas identificadas e assinalando-se, sob a perspectiva das atuais regulamentações sobre a matéria, a corrente jurisprudencial mais adequada às diretrizes existentes.

A pesquisa propõe o avanço nas discussões teóricas acerca do cabimento de honorários advocatícios no âmbito trabalhista, viabilizando-se a contribuição para lacunas existentes na literatura correlata e avaliando questões pragmáticas e pendentes de resolução.

## **1. PANORAMA NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA SEARA TRABALHISTA**

No âmbito trabalhista, existem algumas normas que regulam os honorários advocatícios e sua aplicabilidade, especialmente no que tange ao seu diálogo com a assistência judiciária gratuita e com o credenciamento do advogado da parte pelo sindicato representante da categoria profissional. Não há, todavia, norma específica na Consolidação das Leis do Trabalho que verse sobre o tema (MALLET; HIGA, 2017).

A Constituição Federal de 1988 prevê inúmeros direitos e garantias fundamentais vinculados ao Estado Democrático de Direito, a exemplo da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, que deve ser prestada pelo Estado (MARDERS; CUSTÓDIO, 2017).

Ademais, nota-se que esse panorama se relaciona intrinsecamente com o acesso à justiça, direito humano reconhecido internacionalmente e “garantia fundamental da população trabalhadora socialmente vulnerável” (CASTRO, 2016, p. 10).

Até a edição da Lei nº 13.467/2017, os arts. 98 e 99 do Código de Processo Civil eram aplicáveis às relações trabalhistas, uma vez que, de acordo com o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 15 do diploma processual civil, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho nos casos omissos, desde que haja compatibilidade.

Assim, são



plenamente aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho as disposições do Código de Processo Civil referentes à gratuidade de justiça e aos honorários (HERKENHOFF FILHO, 2018).

Nada obstante, com a promulgação da Lei nº 13.467, criou-se regulamentação específica relativa aos honorários advocatícios, considerando-se o acréscimo do art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A despeito de o parágrafo primeiro do art. 791-A da CLT assinalar que os honorários são devidos nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, inexistente restrição expressa dos honorários às ações patrocinadas por sindicatos, uma vez que o caput desse dispositivo estabelece que os honorários são devidos ao advogado, inclusive em causa própria.

Por sua vez, a Lei nº 5.584, que disciplinou a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, fixou, em seu art. 14, que, na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

Nesse contexto, conforme dispunha o art. 16 da Lei 5.584, os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do sindicato assistente. Ocorre que a Lei nº 13.725/2018 revogou o referido dispositivo legal.

Ademais, destaca-se que o art. 18 do aludido diploma legal estabelece que a assistência judiciária será prestada ao trabalhador ainda que este não seja associado do respectivo sindicato (GUIMARÃES, 2018).

Assim, tem-se, em relação aos diplomas vigentes, dispositivos constitucionais que regulamentam o acesso à justiça, normas trabalhistas contidas na CLT e em legislações esparsas.

Em paralelo, a pesquisa exploratória identificou duas principais propostas legislativas que visam regulamentar o tema. A despeito desse cenário, nenhuma das proposições atingiu a finalidade de modificar regramentos normativos.

Inicialmente, destaca-se o Projeto de Lei nº 1.766 da Câmara dos Deputados, de 1999, que estabelecia que a assistência judiciária seria prestada por sindicato, pela Defensoria Pública ou por advogado devidamente constituído, bem como previa o pagamento de honorários assistenciais pela parte vencida não beneficiária de assistência judiciária independentemente de o advogado ser credenciado ao sindicato.

Complementarmente, ressalta-se o Projeto de Lei nº 33 da Câmara dos Deputados, de 2013, o qual dispõe que, nas ações trabalhistas, a parte é representada por advogado legalmente habilitado, pelo Ministério Público do Trabalho ou pela Defensoria Pública da União. Ademais, a sentença condena o vencido ao pagamento de honorários de sucumbência aos advogados, independentemente de serem filiados ao sindicato representante da categoria profissional.



No que concerne à jurisprudência da Justiça do Trabalho, destaca-se que, em razão da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o TST editou a Instrução Normativa nº 27 de 2005, mediante a Resolução nº 126, cujo art. 5º estabelece que os honorários assistenciais são devidos pela mera sucumbência, exceto nas lides decorrentes da relação de emprego (GUIMARÃES, 2018). Aludido entendimento está igualmente previsto no inciso III, da súmula 219, do Tribunal Superior do Trabalho.

Em relação ao pagamento de honorários assistenciais, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial nº 305, que foi cancelada em razão de sua incorporação à nova redação da citada súmula nº 219. Esta prevê que a condenação ao pagamento de honorários assistenciais não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente, estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

De forma complementar, a súmula nº 329 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que o entendimento consubstanciado na súmula nº 219 do mesmo Tribunal permanece válido mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (GUIMARÃES, 2018).

Considerando a redação da súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, é incorreto assumir que o princípio da sucumbência é inaplicável ao processo do trabalho, vez que a improcedência total dos pleitos do reclamante enseja o pagamento de custas processuais.<sup>113</sup> Ademais, havendo prova pericial, aquele que sucumbiu no que tange ao fato provado pela perícia deve custeá-la (honorários periciais). Nesse contexto, a parte que sucumbe no processo trabalhista deve ser penalizada com custos processuais (SOUTO MAIOR, 2003).

Em sentido diverso, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região editou a súmula nº 61, entendendo que são devidos os honorários de assistência judiciária gratuita, ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional, desde que sejam atendidos os requisitos da Lei 1.060.

Os Tribunais Regionais do Trabalho das 1ª e 8ª Regiões apresentam divergência entre as suas turmas, de modo que há julgados que adotam o entendimento sumular do Tribunal Superior do Trabalho, enquanto há outros que divergem desta jurisprudência, conforme entendimento do TRT4.

---

<sup>113</sup> A título de exemplo, cita-se a Orientação Jurisprudencial nº 421, do Tribunal Superior do Trabalho.



Complementarmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região instaurou Incidente de Uniformização que engloba a discussão referente à aplicação das súmulas n.º 219 e 329, ambas do TST.

Os Tribunais Regionais do Trabalho das 6ª, 12ª, 13ª, 16ª, 18ª, 19ª, 22ª e 24ª Regiões observam as diretrizes jurisprudenciais emanadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, em atenção ao disposto nas mencionadas súmulas deste órgão jurisdicional.

Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região adota, de forma majoritária, o entendimento sumulado do TST, mas possui alguns julgados que se alinham ao entendimento do TRT4.

Vê-se, portanto, que os entendimentos jurisprudenciais complementam a abordagem normativa da questão. Nada obstante, existem divergências concernentes aos posicionamentos dos diferentes Tribunais Trabalhistas.

Confeccionado o panorama normativo e jurisprudencial acerca da possibilidade de fixação de honorários advocatícios no âmbito trabalhista, apresentam-se argumentos utilizados por ambas as perspectivas, classificando-as como favorável à súmula n 219 do TST ou à súmula nº 61 do TRT da 4ª Região.

## **2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SÚMULA Nº 219 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

A súmula nº 219 do TST foi originalmente editada em 1985, momento em que se destacava que a mera sucumbência não autoriza a fixação dos honorários advocatícios. Nesse contexto, o sítio eletrônico do TST, na seção referente às súmulas deste órgão jurisdicional, indica a existência de treze julgados paradigmáticos que propiciaram a consolidação do entendimento jurisprudencial.<sup>114</sup>

Nesse sentido, o mencionado entendimento sumulado sofreu alterações ao longo do tempo, inclusive em razão da promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, a

<sup>114</sup> RR 2774/1984, Ac. 2ªT 1212/1985 - Min. C. A. Barata Silva, DJ 10.05.1985; RR 2979/1984, Ac. 2ªT 767/1985 - Min. Pajehú Macedo Silva, DJ 26.04.1985; RR 4451/1983., Ac. 2ªT 3055/1984 - Min. Nelson Tapajós, DJ 31.10.1984; RR 3046/1984, Ac. 3ªT 1609/1985 - Min. Guimarães Falcão, DJ 14.06.1985; RR 3643/1982, Ac. 3ªT 206/1985 - Min. Expedito Amorim, DJ 29.03.1985; RR 1719/1983, Ac. 3ªT 3491/1984 - Min. Ranor Barbosa, DJ 23.11.1984; RR 1677/1983, Ac. 3ªT 193/1984 - Min. Orlando Teixeira da Costa, DJ 23.03.1984; RR 4043/1982, Ac. 3ªT 3223/1983 - Min. Guimarães Falcão, DJ 25.11.1983; RR 6109/1983, Ac. 1ªT 1513/1985 - Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 31.05.1985; RR 505/1984, Ac. 1ªT 1435/1985 - Min. Fernando Franco, DJ 24.05.1985; RR 317/1984, Ac. 1ªT 3112/1984 - Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 11.10.1984; RR 2626/1982, Ac. 1ªT 2182/1983 - Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 30.09.1983; e RR 3920/1981, Ac. 1ªT 1054/1983 - Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 24.06.1983.



súmula, que inicialmente apenas apresentava uma assertiva acerca da regulamentação geral dos honorários, incorporou prescrições complementares, evidenciando, atualmente, seis enunciados (correspondentes à meia dúzia de incisos componentes do entendimento sumular).

Nada obstante, desde a sua edição, não foram observadas modificações na redação acerca dos dois requisitos para a concessão dos honorários advocatícios (assistência por sindicato e hipossuficiência do empregado).

O cerne argumentativo da súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho corresponde, portanto, ao *jus postulandi*, instituto que é expressamente autorizado pela Consolidação das Leis do Trabalho, equivale à “capacidade para postular em juízo. Trata-se de autorização reconhecida a alguém pelo ordenamento jurídico para praticar atos processuais” (LEITE, 2011).

Desse modo, na maioria das instâncias judiciais, o *jus postulandi* somente pode ser efetivado por intermédio de advogado – particular ou público (SARAIVA, 2007).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 791, § 1º, prevê a possibilidade de assistência jurídica por intermédio de advogado em dissídios individuais. Assim, considerando a faculdade explicitada pelo referido dispositivo legal, verifica-se que a Justiça do Trabalho abarca exceção parcial à necessidade de acompanhamento das partes por advogado.<sup>115</sup>

Nesse contexto, o art. 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelece a possibilidade de empregados e empregadores procederem à reclamação trabalhista de forma pessoal e direta, o que, em tese, possibilitaria modo mais prático de acesso ao judiciário.

De acordo com Mallet e Higa (2017), a desnecessidade de atuação do advogado na justiça do trabalho decorre da tentativa da preservação da gratuidade do processo e do acesso à justiça, considerando, ainda, o contexto do Brasil na década de 1940, em que havia várias áreas afastadas do centro do país, sem que houvesse a efetividade plena do atendimento dos empregados.

A intenção, portanto, foi consignada na legislação trabalhista, a qual, em atenção à celeridade, permite o oferecimento de reclamação verbal, a defesa oral e o julgamento na sessão de audiência, sem que haja, desse modo, nulidades processuais (MALLET; HIGA, 2017).

No que concerne aos limites do *jus postulandi*, importante destacar a súmula nº 425, do Tribunal Superior do Trabalho, a qual estabelece que o instituto previsto no art. 791, da Consolidação das Leis do Trabalho, é restrito às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não abrangendo procedimentos especiais (ações rescisórias, cautelares e mandado de segurança) ou recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

A princípio, a súmula nº 425, do Tribunal Superior do Trabalho, configura violação à literalidade do art. 791, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que, de acordo com o

<sup>115</sup> Há casos na justiça do trabalho em que se exige o acompanhamento por advogado, mitigando, portanto, o *jus postulandi* (súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho).



dispositivo legal, o empregado e o empregador possuem capacidade postulatória e são aptos a acompanhar as suas reclamações até o final (LEITE, 2011). Todavia, aparentemente, a referida súmula possui certa coerência.

Em decorrência da densidade das matérias apreciadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, bem como em razão do amplo rol de pressupostos processuais de admissibilidade recursal a serem observados, concluiu-se pela necessidade de as partes estarem assistidas por profissional com conhecimento técnico suficiente para viabilizar o regular trâmite processual. O mesmo pode ser aplicado aos procedimentos especiais, que demandam conhecimentos específicos.

Nesse contexto, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, decidiu que a capacidade postulatória do advogado não é obrigatória nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e na chamada Justiça de Paz. As partes, nesses casos, podem exercer diretamente o *jus postulandi*, sendo uma faculdade, e não uma imposição legal.

Diferentemente do que ocorre na seara processual civil, alguns entendimentos teóricos sobre a temática concebem que a diretriz da sucumbência não possui relação necessária com os honorários advocatícios.

Desse modo, a perda do pleito judicial não implica, de forma automática, o pagamento de verba advocatícia ao vencedor – e, notadamente, a seus advogados.

Isso porque há regulamentação específica quanto ao tema, correspondente à Lei nº. 5.584, em especial o seu art. 14, caput e parágrafo primeiro, os quais assinalam que a assistência judiciária será prestada pelo sindicato e que a assistência será devida aos hipossuficientes.

É importante ressaltar que a recepção da Lei nº 5.584 não foi analisada mediante Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Supremo Tribunal Federal.

Utilizando-se a ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponibilizada no sítio eletrônico do STF, verificou-se que os únicos três acórdãos que contêm a expressão “5.584” em sua redação não verificam a compatibilidade entre o diploma legal e a Constituição Federal (versam sobre o cabimento de honorários advocatícios no âmbito trabalhista; o prazo de recurso trabalhista; e competência para análise formal de precatório).<sup>116</sup>

Desse modo, o diálogo entre *jus postulandi* e prescrições do art. 14 da Lei nº 5.584 propiciaram o sustentáculo necessário para a confecção da súmula nº 219 do TST, considerando-se, sobretudo, as peculiaridades presentes no procedimento que regulamenta o direito trabalhista e a seara do processo trabalhista.

---

<sup>116</sup> Acórdãos referentes aos processos RE 192599 ED/SP, RE 85592/SP e CJ 5944/RS.



Expostos os principais argumentos apresentados pela corrente que se posiciona favoravelmente à súmula nº 219 do TST, evidenciam-se as justificativas precípuas que fundamentam o entendimento consignado na súmula nº 61 do TRT da 4ª Região.

### **3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SÚMULA Nº 61 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO**

Em harmonia ao entendimento exarado na súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, parte do entendimento teórico compreende que o pagamento de honorários advocatícios não deve observar os requisitos impostos na súmula nº. 219 do TST. De acordo com as informações disponíveis no sítio eletrônico da referida Corte Regional, cinco julgados viabilizaram a consolidação desse posicionamento.<sup>117</sup>

Inicialmente, destaca-se que a Lei nº 5.584 foi promulgada há mais de quarenta anos, de modo que as normas específicas da Lei 5.584/70 que regulam as verbas honorárias não foram alteradas desde a sua edição (CANTERO, 2014).

Demonstra-se, dessa forma, a incompatibilidade do referido diploma legal com as concepções processuais atuais (ALMEIDA, 2014), com as disposições da Lei nº 13.467/2017 e com as diretrizes da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se, em paralelo, que, a despeito da redação do art. 14 da Lei nº 5.584, o qual atribui a representação de empregados pelo sindicato, a experiência pragmática da Justiça do Trabalho aceita a atuação de advogados não vinculados a sindicatos.

A despeito da existência do *jus postulandi* na Justiça Trabalhista, a ausência do acompanhamento das partes por advogado é prejudicial aos próprios envolvidos na reclamatória em razão de diversos potenciais fatores: pedidos mal formulados, requerimentos ineptos, produção insuficiente do arcabouço probatório, dentre outros.

Isso porque eventual simplicidade do processo trabalhista foi extinta, de forma a surgir uma cadeia de relações trabalhistas complexas, o que implicou a natureza mais profunda do próprio processo trabalhista, com a criação de temáticas intrincadas, a exemplo de ações civis públicas, acidentes de trabalho, doenças profissionais, dentre outros (MALLET; HIGA, 2017).

Nesse sentido, lecionam Mauro Cappelletti e Braynt Garth que o acompanhamento por advogado para ajuizar uma ação é imprescindível para decodificar leis, as quais se tornam cada vez mais complexas e obscuras (CAPPELLETTI; BRAYNT, 1988).

<sup>117</sup> Recursos Ordinários nº 0000576-56.2012.5.04.0512; 0000457-12.2013.5.04.0011; 0000930-50.2013.5.04.0802; 0000960-78.2013.5.04.0772; e 0000200-14.2014.5.04.0702.



Desse modo, a reclamação trabalhista que é confeccionada por reclamante desacompanhado de advogado configura situação negativa não só para si próprio – vez que não apresentará manifestações dotadas de conhecimento jurídico necessário –, mas também para o magistrado – que terá mais dificuldade para conduzir o processo, pois não disporá da cooperação técnica do advogado (WOTHER, 2013).

De acordo com Russomano, aquele que comparece à Justiça do Trabalho desacompanhado de advogado possui uma inferioridade processual assombrosa. Segundo o jurista, há casos em que o magistrado visualiza que a parte desacompanhada tem o direito a seu favor, porém, em razão da articulação ruim e da incompleta fundamentação de suas pretensões, o pedido é julgado improcedente. Referida situação é notável no que concerne à condução da prova, o que prejudica o pleito daquele que não está acompanhado por advogado (RUSSOMANO, 1990).

Ressalta-se, inclusive, que a ausência da atuação do advogado possibilita o “perecimento do direito, por falta de domínio da técnica processual, das sutilezas da jurisprudência ou das cizânias teóricas” (MALLET; HIGA, 2017, p. 73).

Paralelamente, destaca-se que o *jus postulandi* é instituto que não viabiliza o substancial acesso à justiça, vez que não propicia, necessariamente, a qualidade nas manifestações processuais (MALLET; HIGA, 2017). Isso porque, de acordo com os ensinamentos de Kazuo Watanabe, o acesso à justiça deve possibilitar a ordem jurídica justa, incluindo o direito à adequada informação e ao apurado conhecimento jurídico (WATANABE, 1988).<sup>118</sup>

Analisando o referido instituto, Cantero (2014) leciona que inexiste fundamento social, legal ou histórico que autorize a manutenção da existência do *jus postulandi* na seara trabalhista, sendo imprescindível o rompimento com as amarras anacrônicas vinculadas ao passado corporativista.

Noutra esteira, condicionar o pagamento de honorários apenas ao advogado credenciado ao sindicato viola a isonomia e a livre concorrência existente entre advogados. Nesse sentido, a não contratação de advogados desvinculados ao sindicato implica a transformação de uma desigualdade econômica em um contraste técnico-processual (MALLET; HIGA, 2017).

Complementarmente, houve a revogação expressa do art. 16, da Lei 5.584/70, de modo que não mais subsiste a previsão legislativa de que os honorários advocatícios pagos pelo vencido serão destinados ao sindicato.

Destaca-se que, antes da revogação expressa do mencionado dispositivo, alguns entendimentos teóricos pontuavam que a redação do art. 16 não proibia a condenação em

---

<sup>118</sup> O acesso à justiça não é caracterizado como mera faculdade de suscitar o Judiciário. Contempla, na realidade, a possibilidade de ser ouvido, mediante manifestação íntegra, pelo magistrado e obter uma resposta adequada e justa. Assim, o fato de o reclamante ter a faculdade de provocar o Judiciário por si próprio não implica a necessária noção de seus direitos ou o obrigatório domínio de técnicas processuais.



honorários quando a parte for representada por advogado particular que não possui vínculo com o sindicato (SOUTO MAIOR, 2003).

Por fim, no que tange à livre escolha do empregado em relação a quem irá defendê-lo em juízo, ao permitir que a assistência judiciária seja prestada também por advogado não vinculado ao sindicato, garante-se o direito de escolha do empregado ao constituir quem deve representá-lo em juízo.

Expostas as principais razões que embasam a concepção assinalada na súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, assinalam-se, neste momento, reflexões sobre a segurança jurídica e acerca da uniformização jurisprudencial.

#### **4. A SEGURANÇA JURÍDICA E A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

O sistema judicial brasileiro, apesar de originariamente se filiar às diretrizes da *civil law*, apresenta mecanismos e instrumentos que evidenciam uma aproximação a perspectivas adotadas pela *common law* (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Nesse sentido, o sistema brasileiro de precedentes, ainda que apresente peculiaridades que o distingue de modelos tradicionais, possui notável função no que concerne à valorização das decisões judiciais – notadamente de entendimentos fixados por Cortes Superiores.

O mencionado sistema apresenta dispositivos existentes há alguns anos (a exemplo da súmula vinculante, introduzida no ordenamento jurídico por intermédio da Emenda à Constituição nº 45/2004) e foi incrementado pelo Código de Processo Civil de 2015.

No âmbito trabalhista, os arts. 896-B e 896-C da CLT estabelecerão o regramento para julgamento de casos repetitivos, o que possibilitou, inclusive, a afetação do Recurso de Revista nº 341-06.2013.5.04.0011 na qualidade de Incidente de Resolução de Recursos Repetitivos.

Referido cenário é importante, uma vez que o Judiciário deve garantir a segurança jurídica em relação aos seus posicionamentos jurisprudenciais, viabilizando a previsibilidade na compreensão de temas e questões já deliberadas (MARINONI, 2018).

A uniformização jurisprudencial da matéria trabalhista é ainda mais relevante no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que, de acordo com a Constituição Federal e com a Consolidação das Leis do Trabalho, este órgão possui a função de interpretar, de forma definitiva, a legislação federal infraconstitucional relativa às suas competências.<sup>119</sup>

<sup>119</sup> Destaca-se que a competência do Tribunal Superior do Trabalho não afasta a atuação do Supremo Tribunal Federal, ainda que em relação a questões trabalhistas, caso haja a violação direta de normas constitucionais.



Dessa forma, havendo eventual divergência na jurisprudência de diferentes Tribunais Regionais do Trabalho, entre o Tribunal Superior do Trabalho e um Tribunal Regional do Trabalho ou mesmo entre órgãos julgadores do próprio TST, esta Corte tem a missão institucional de pacificar a concepção sobre o assunto.

Na situação analisada na presente pesquisa, a investigação exploratória e as informações colhidas no âmbito do Recurso de Revista nº 341-06.2013.5.04.0011 assinalaram a divergência existente entre diferentes órgãos jurisdicionais.

Mais do que a simples contraposição entre o teor da súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho e a orientação da súmula nº 61 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, verificou-se que outros Tribunais Regionais Trabalhistas possuem entendimentos divergentes quanto ao tema – inclusive havendo discrepância entre julgamentos no âmbito de uma mesma Corte, a exemplo dos Tribunais Regionais do Trabalho das 1ª e 8ª Regiões.

Desse modo, notadamente por se tratar de uma discussão de natureza jurídica – independente de comprovação de aspectos fáticos-probatórios, uma vez que se define uma tese jurídica –, não é possível conceber, em um cenário de isonomia na concretização da jurisdição, que situações idênticas (ou similares) sejam tratadas de formas diversas.

Nesse sentido, é inadequado haver a concessão de honorários advocatícios a advogados não vinculados a sindicatos por determinado Tribunal Regional e a negativa da mesma concessão em razão da ausência de vinculação sindical por parte de outro Tribunal Regional.

O cenário é acentuado quando a discrepância ocorre no âmbito do mesmo órgão jurisdicional, em que o jurisdicionado deve contar com a sorte de o seu processo ser apreciado por determinado julgador, turma ou câmara, situação que as concepções jurídicas teóricas denominam loteria (GASPAR, 2014).

Em paralelo, não é concebível que haja divergência entre o TST e determinado TRT, uma vez que a concretização do entendimento fixado pelo Tribunal Superior dependeria de a parte apresentar a impugnação adequada – em geral, o recurso de revista –, sob pena de haver a natureza definitiva de julgado contrário ao entendimento do TST em razão do trânsito em julgado.

Dessa forma, a iniciativa de o Tribunal Superior do Trabalho instaurar o Incidente de Resolução de Recursos Repetitivos foi positiva, evitando-se, dessa forma, inseguranças jurisprudenciais.

## CONCLUSÃO

A temática relacionada aos honorários na Justiça do Trabalho é de extrema profundidade e notável relevância teórica e pragmática. O ordenamento jurídico brasileiro possui diferenciadas



normas e entendimentos jurisprudenciais aplicáveis à aludida situação, o que torna a discussão ainda mais nebulosa.

O *jus postulandi* e as disposições da Lei nº 5.584 são os principais fundamentos que embasaram a confecção da súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual permanece vigente e aplicável até o presente momento.

Por outro lado, há entendimentos teóricos no sentido de que o posicionamento fixado no mencionado entendimento sumulado deveria ser superado, notadamente em razão da imprescindibilidade do advogado no acompanhamento de reclamações trabalhistas, da incompatibilidade da Lei nº 5.584 com o regramento processual moderno, com as disposições constitucionais e com as alterações promovidas pela Lei nº 13.467.

Considerando as diretrizes consubstanciadas na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho (com alterações promovidas pela Lei nº 13.467), bem como a supressão de dispositivos da Lei nº 5.584 e a flexibilização do *jus postulandi*, verifica-se que a súmula nº 219 do TST, formulada em contexto normativo completamente diverso do atual, não se alinha às diretrizes regulamentares existentes e, portanto, deve ser reanalisada.

Em um cenário de estabilização jurisprudencial e garantia de segurança jurídica, a fim de que situações idênticas ou similares sejam tratadas da mesma forma, é importante que o Tribunal Superior do Trabalho, em razão da sua função de órgão jurisdicional de harmonização jurisprudencial, fixe, de forma definitiva e vinculante, a concepção que deve ser observada pelo próprio TST e pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

Ademais, é preciso que os integrantes das Cortes Trabalhistas efetivamente respeitem e acatem a tese definida pelo Tribunal Superior do Trabalho, de modo a viabilizar o tratamento isonômico da questão e afastar eventuais inseguranças jurídicas.

Em paralelo, a instauração do Incidente de Resolução de Recursos Repetitivos é benéfica aos debates sobre a temática, uma vez que oportuniza que os integrantes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho discutam, de forma ampla e atualizada, inclusive com a participação de *amici curiae*, sobre as adequações jurídicas e as repercussões do assunto.

Por fim, conforme assinalado pelo Ministro Relator, é importante que o Tribunal Superior do Trabalho amplie as discussões realizadas, no sentido de verificar eventual impacto resultantes das Leis n.º 13.467 e 13.725, possibilitando, se for o caso, eventual modulação de efeitos da decisão, considerando-se o período temporal analisado.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Honorários assistenciais no processo do trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 78, nº 1, p. 43-56, jan. 2014.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei da câmara nº 42, de 2001. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/46984>. Acesso em 08 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 1.766 da Câmara dos Deputados, de 1999. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A5E3AB90BF932200AFACD66FC570952B.node1?codteor=1124398&filename=Avulso+-PL+1766/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A5E3AB90BF932200AFACD66FC570952B.node1?codteor=1124398&filename=Avulso+-PL+1766/1999). Acesso em 26 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do Recurso de Revista nº 341-06.2013.5.04.0011. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=225840&anoInt=2015>. Acesso em: 07 mar. 2020.

CANTERO, Alexandre Moraes. Instituição dos honorários assistenciais na justiça do trabalho. In: Consulex, revista jurídica, v. 18, nº 415, p. 42-45, maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Braynt. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Antonio Escosteguy. A restrição ao acesso à justiça na lei 13.467/17. In: Revista Fórum Justiça do Trabalho, ano 33, n. 392, ago. 2016. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. Curso de Direito Processo Civil. v. 01. 17 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GASPAR, Lilian Regina Ioti Henrique. Previsibilidade do direito no sistema processual civil brasileiro: enfoque na técnica de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos. Dissertação em Direito – PUC. São Paulo, 2014.

GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição. In: Revista LTr, ano 82, n. 3, mar. 2018.

HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. A reforma trabalhista e as inovações no processo do trabalho. Curitiba: CRV, 2018.



**Publicação: Instituto Ibero-americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

JOÃO, Paulo Sergio. Mudanças na gratuidade de justiça e nos honorários de sucumbência. In: Revista síntese Direito Civil e processual civil, v. 19, n. 111, jan./fev. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2011.

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Ano 83, n. 4, out/dez. 2017.

MARDERS, Fernanda; CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. A inconstitucionalidade do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho em face do princípio constitucional do contraditório. In: Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n. 406, out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SARAIVA, Renato. Processo do trabalho. 3. ed. São Paulo: Método, 2007.

SENADO FEDERAL. Regimento Comum. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70321/RegCN.pdf?sequence=7>. Acesso em 08 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 08 mar. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários advocatícios no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo código civil. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 69, nº 1, p. 150-157, jan./jun. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>. Acesso em: 20 jan. 2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Súmulas da Jurisprudência do TRT da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>. Acesso em 14 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Instrução normativa nº 27 de 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>. Acesso em 08 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 08 jan. 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Participação e Processo, coord. de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1988.

WOTHER, Ellen Lindemann. A luta dos advogados trabalhistas por honorários de sucumbência: uma questão de dignidade. In: ADV advocacia dinâmica, informativo, nº 52, p. 757-758, dez. 2013.



## **EUTANÁSIA, DA FICÇÃO A REALIDADE: uma abordagem legal e constitucional através do cinema frente ao princípio da dignidade humana e da bioética**

**Vinícius Damian Pereira<sup>120</sup>**

**Adriane Damian Pereira<sup>121</sup>**

### **RESUMO**

O tema a ser abordado no presente trabalho será para melhor entendimento sobre a eutanásia, para tanto se realizará um estudo diante da Bioética, seus princípios, além da abordagem sobre a vida e a dignidade humana, levando em consideração as questões principiológicas e com uma análise cinematográfica, que perpassam nesse cenário. Os seres humanos devem ser sempre os sujeitos de direitos, devem ser fins, nunca meios, nunca objetos de comercialização e industrialização em economia, política e meios de comunicação, em institutos de pesquisa e empresas industriais. A referência central é o ser humano, especialmente considerado no momento morte, ou final da vida. É sobre essa fase da vida que hoje a ciência também está fazendo muitos progressos e, obviamente, colocando problemas éticos inimagináveis antes dessas descobertas. A vida deve ser vista como um bem fundamental do ser humano. A vida deve ser acompanhada de dignidade no viver. A maior dignidade do ser humano, consiste no direito à vida que se trata de um bem maior. Afinal, sem vida não há dignidade. A dignidade é, incontestavelmente, um direito humano; sendo que para o sistema jurídico ela é também um Direito Fundamental, conforme será visto no decorrer deste estudo.

**Palavras-chave:** eutanásia, cinema, bioética, princípio da dignidade humana.

### **INTRODUÇÃO**

No presente trabalhos adotou-se como estratégia metodológica a matriz epistemológica pragmático-sistêmica, com ênfase na hermenêutica constitucional, discorrendo-se topicamente sobre os diversos aspectos que tocam a temática da Eutanásia a partir do recorte proposto (enfoque da bioética frente ao princípio da dignidade humana), sem que isso implique rupturas drásticas ao

---

<sup>120</sup> Advogado. Especialista em Direito Penal. Atualmente é Policial Militar no Estado de Santa Catarina-SC.

<sup>121</sup> Advogada, professora universitária e Mestre em Direito pela UNISC/RS.



longo do texto, mas, apenas um mecanismo metodológico que viabilizar a compreensão de uma interface ativa com aqueles a quem se destina este estudo. Assim, ordenou-se o presente trabalho em duas partes.

Abordou-se, inicialmente, o tema da Eutanásia. O sofrimento no fim da vida do indivíduo é um dos grandes desafios que são identificados e tentam ser solucionados através de meios conhecidos como: Eutanásia, distanásia, qualidade e quantidade de vida na fase terminal da existência humana. Eutanásia, o ponto principal do presente trabalho, tem como finalidade eliminar da morte o sofrimento e a dor, fazendo com que se perceba a existência de elementos éticos como o direito do doente crônico ou terminal ter sua dor tratada e, quando for possível, aliviada. A preocupação em salvar e guardar ao máximo a autonomia da pessoa e sua dignidade na presença de enfermidades que provocam dependência progressiva e a perda de controle sobre a vida e sobre as funções biológicas. E o próprio sentido que se dá ao fim da vida e a morte. Assim, nesta parte, realizou-se um estudo da Bioética e sua relação com a Eutanásia, partindo de uma análise dos filmes que abordam esta temática.

Após, indicou-se que com esta proposta de reflexão dos avanços científicos na sociedade contemporânea, sob o enfoque da Bioética, que surge como proposta de diálogo, como ponte entre as ciências humanas e os novos conhecimentos científicos, assumiu-se uma postura de que a dignidade humana precisa ser defendida em sua máxima extensão e máxima compreensão. Portanto, fez-se uma busca nos fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, através das características e fundamentação dos Direitos Humanos. Também se destacou a importância constitucional atribuída ao princípio em estudo.

## **1 EUTANÁSIA E SEU CONTEXTO MUNDIAL SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA**

Em muitas partes do mundo, nos Estados Unidos e em outros países europeus, começa-se a estudar mais profundamente o processo de morrer e ver o que acontece nesses últimos anos que nunca existiram antes, e que agora, são uma realidade graças às “conquistas” da medicina e da tecnologia aplicadas ao contexto da saúde. Multiplicam-se “associações para o direito de morrer com dignidade” em muitos países.

Aduz SILVA (2001, p. 156) que “continuamos, no atual momento histórico, e cada vez mais, com medo da



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

morte.” Todo o avanço da ciência, em especial da biologia e da medicina, é motivado por esse medo, e se materializa nas tentativas cada vez mais extremadas de retardar o momento da morte a limites inimagináveis.

Segundo PESSINI; BARCHIFONTAINE (2005, p. 352):

Temos aqui, um novo papel social do processo de morrer, não sabemos bem como lidar como, lidar com essas pessoas que estão !vivendo morrendo”. Considere-se, por exemplo, o caso dos pacientes submetidos a hemodiálise. Vivem, dois, três, até cinco anos desse tratamento e depois ficam deprimidos, tornando-se por vezes até suicidas em potencial. Por vezes querem morrer e são obrigados a viver a todo custo. Temos aqui uma realidade difícil, com questões muito complexas.

Até pouco tempo, o critério para se dizer que alguém estava morto era a cessação da respiração e a parada cardíaca. Perante o fenômeno morte, o ser humano era espectador e não autor. Acompanhava o que acontecia sem intervir. Hoje, essa situação mudou completamente. O critério decisivo para se dizer que alguém está morto é o cérebro. Isso vem trazer uma série de novos problemas do ponto de vista técnico e ético.

A definição de morte apresentada por PESSINI; BARCHIFONTAINE (2005, p. 357) é a seguinte:

Uma pessoa está morta quando sofreu uma perda irreversível de toda a capacidade de integrar e de coordenar as funções físicas e mentais do corpo. A morte ocorre quando: as funções espontâneas cardíacas e respiratórias cessaram definitivamente, ou verificou-se uma cessação irreversível de toda a função cerebral.

O tema eutanásia é debatido de forma crescente. Os meios de comunicação alardeiam com certa frequência casos e situações especialmente polêmicas em torno do problema, por exemplo o caso de Karen Ann Quilan nos Estados Unidos; as quatro enfermeiras austríacas que mataram cerca de duzentos velhinhos, vindo a público em abril de 1989; o caso da Terry Schiavo, em 2005. Revistas médicas e éticas, bem como institutos de bioética, estão discutindo e refletindo sobre essa questão e assuntos afins, como transplantes por exemplo. Constatase que o termo eutanásia deixou de ser tabu. É discutido abertamente, e existem declarações coletivas de importantes personalidades que admitem ética e legalmente a prática da eutanásia.

Outro argumento que influencia o atual debate sobre a eutanásia é o progresso da medicina, que não somente aumentou espetacularmente a expectativa de vida do ser humano na face da terra, mas que também pode prolongar um longo e penoso processo de morrer.<sup>122</sup>

<sup>122</sup> “Hoy, la idea según la cual es preferible la muerte a una vida con enfermedad grave e incurable reaparece en el debate sobre la eutanásia.” ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editora



Nesse novo contexto, enfrenta-se uma sérias questões éticas, apresentadas por PESSINI; BARCHIFONTAINE, (2005, p. 373) tais como:

Deve a vida humana, independentemente de sua qualidade, ser sempre preservada? É dever do médico sustentar indefinidamente, a vida de uma pessoa como o encéfalo irreversivelmente lesado por meio de respiração artificial e alimentação parenteral? Até quando será permitido sedar a dor, ainda que isso signifique um abreviamento de vida? Devem-se empregar todos os aparelhos da medicina atual para acrescentar uma poucas semanas, dias ou mesmo horas á vida de um paciente terminal, ou se deve descontinuar o tratamento? Deve um tratamento ativo ser instituído em crianças nascidas com sérios defeitos congênitos, para as quais o futuro será um contínuo sofrimento ou mera existência vegetativas? Essas indagações nos inquietam. À medida que se podem manter vidas nessas circunstâncias, *devem* tais vidas ser mantidas? E, se não por quê?

O termo eutanásia passa por uma evolução semântica ao longo dos séculos. Seu significado etimológico (do grego *eu*, “boa”, e *thanatos*, “morte”), é morte boa, sem dores e angústias. Esse era o significado do termo para o *estoicismo*, que aceitava que o sábio podia e devia assumir sua própria morte quando a vida não tivesse mais sentido para ele. Essa era a postura de Sêneca (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005).

O debate sobre a eutanásia não se centra na legitimidade de dispor da vida de qualquer pessoa, mas de a pessoa enferma, para a qual não existem esperanças de vida em condições que possam ser qualificadas como humanas, pedir e obter a eutanásia. Hoje é importante discutir o problema básico do dilema ético enfrentado pelos médicos que põem em confronto dois critérios: o *da santidade da vida* e o *da qualidade da vida*, e que em seu bojo é muito mais importante do que a pretensa diferença entre meios ordinários e extraordinários.

Muitos insistem que é necessário conhecer o verdadeiro motivo pelo qual o enfermo solicita o fim de sua vida. Sublinham que, na base desses pedidos de eutanásia, existe um sentimento de solidão e abandono. Quando o doente pede a eutanásia, sua intenção pode ser outra. O que a pessoa está realmente pedindo é melhor assistência, sedativos mais eficazes, tratamento mais pessoa ou meramente mais solidariedade humana. Uma pessoa moribunda pode pedir a

---

Tecnos, 1998, p. 32. Andorno reconhece que a expressão “qualidade de vida” é extremamente ambígua, já que pode significar simplesmente que devem melhorar as condições de vida da população, mas também pode expressar a idéia segundo a qual há vidas humanas que não têm suficiente qualidade. Isto leva a uma noção hitleriana de que há “vidas sem valor”. Assim poderia-se dizer que há seres humanos (enfermos terminais, recém-nascidos enfectados por enfermidades graves...) para os quais seria melhor a morte. Nas palavras do autor: “Esta noción sirve así para justificar la eutanasia, cuando el balance entre as perspectivas positivas y negativas de la salud Del paciente llevan a estimar que su vida ya no tiene “calidad”, o que há perdido “significación”.



eutanásia porque se sente um fardo pesado demais e não quer impor aos outros a tarefa de se ocuparem dela dia e noite.

## 1.1 Espécies de eutanásia

A eutanásia pode ser voluntária ou involuntária. Na voluntária, aquele que deseja morrer manifesta sua vontade no sentido do cometimento dos atos tendentes à morte; na involuntária, induz-se a morte de alguém, sem que este tenha manifestado o seu desejo quanto à morte. A eutanásia também pode ser ativa, ou comissiva, e passiva, ou omissiva. Na comissiva, a morte é provocada por atos inequívocos; na omissiva, deixa-se que a pessoa morra, omitindo-se medidas que são indispensáveis à manutenção da vida.

A eutanásia pode, ainda, ser direta ou indireta. Naquela, os meios empregados objetivam a morte; nesta, a intenção não é morte, mas o alívio do sofrimento do paciente, como na administração de drogas para tornar suportável a dor. Em qualquer das hipóteses, é indispensável que terceiro abrevie a vida de alguém. Na hipótese de a própria pessoa assumir o controle sobre os meios que levam à morte, deixa-se de falar em eutanásia e qualifica-se a conduta como suicídio, ainda que assistido.

Quando se fala em eutanásia não se pode deixar de fazer algumas considerações sobre a ortotanásia que é a arte de morrer bem, sem ser vítima de mistanásia, por um lado, ou de distanásia, por outro, e sem recorrer a eutanásia. O grande desafio da ortotanásia, o morrer corretamente, humanamente, é como resgatar a dignidade do ser humano na última fase da sua vida, especialmente quando ela for marcada por dor e sofrimento. A ortotanásia é a antítese de toda tortura, de toda morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também, de sua dignidade (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005).

O termo “distanásia” é pouco conhecido e utilizado na área da saúde. Ao contrário do que acontece com seu antônimo “eutanásia”, mencionado e discutido com frequência. A todo momento ganha manchetes de noticiários, jornais e é, sem dúvida, muito menos praticada do que a “distanásia” em nossas instituições de saúde, notadamente nas Unidades de Terapia Intensiva, que são as modernas catedrais do sofrimento humano. Isso tudo, no mínimo, é curioso e exige de nós uma reflexão profunda que atinja razões subjacentes, que vá além do simplismo ético de querer compreender e resolver questões tão difíceis e polêmicas quanto esta da distanásia, na base do reducionismo ético de ser a favor ou contra. Distanásia significa prolongamento exagerado da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-se a grande



sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005)

## 1.2 Direito ou crime, como a eutanásia é tratada no Brasil?

O primeiro projeto do Código Penal em vigor (Projeto Sá Pereira) cedia ante a piedade em vista do sofrimento atroz do doente e as suas súplicas, permitindo que o homicídio praticado, nestas circunstâncias, tivesse o desconto de metade da pena, podendo ainda o juiz converter a reclusão em detenção. Por sua vez, o Projeto da Subcomissão Legislativa, da qual fizeram parte Evaristo de Moraes, Bulhões Pereira e o próprio Sá Pereira, manteve apenas a atenuante genérica (SZKLAROWSKY, 2019)

A eutanásia ou o homicídio piedoso é repelida pelo Código Penal Brasileiro, de 1940, conquanto goze o homicida de tratamento privilegiado. A pena é especialmente atenuada.

O Código Penal Brasileiro dispõe sobre o homicídio privilegiado em seu art. 121, § 1.º, *in verbis*:

Art. 121. Matar alguém.  
Pena – reclusão, de seis a vinte anos.  
§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Apesar de ser chamado de “privilegiado”, tecnicamente esta nomenclatura está equivocada, pois o crime verdadeiramente “privilegiado” deve ter penas mínima e máxima menores (impactando na primeira fase da dosimetria da pena), o que não acontece nesse caso. Como se verifica na lei, haverá uma redução da pena de 1/6 a 1/3. Portanto, é uma causa de diminuição de pena e deverá ser levada em consideração na terceira fase da dosimetria da pena.

Conquanto o Código Penal não explicita o crime por piedade, a doutrina acolhe o entendimento de que, nessas circunstâncias, este foi praticado por motivo de relevante valor moral, até porque a Exposição de Motivos do atual Código Penal oferece, como exemplo de homicídio privilegiado, o eutanásico ou piedoso e justifica essa postura, porque o motivo em si mesmo é aprovado pela moral prática, pela compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima. Homicídio eutanásico ou eutanásia é o comportamento que dá lugar à antecipação ou ao não adiamento da morte de uma pessoa



que sofre de uma lesão ou enfermidade incurável, geralmente mortal, a qual lhe causa graves sofrimentos ou afeta consideravelmente sua qualidade de vida.

A eutanásia significa boa morte e é praticada por motivo piedoso, a fim de abreviar o sofrimento da vítima. É considerada homicídio privilegiado por caracterizar o motivo de relevante valor moral. O consentimento da vítima em nada altera a tipificação do crime, posto ser a vida um bem indisponível.

O Código não aceita nem discrimina a Eutanásia, mas não vai ao rigor de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral. Portanto, a conduta é considerada homicídio privilegiado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, embora haja, inclusive, projeto de alteração do Código Penal considerando a conduta atípica.

### 1.3 Eutanásia: da ficção à realidade

Como foi exposto, a eutanásia é o ato de abreviar a vida de um paciente incurável, de maneira indolor e pacífica. Isso pode ser feito por um médico ou familiar, a pedido do enfermo, ou por um consenso de terceiros quando o paciente em questão não pode decidir por si mesmo. O assunto é polêmico e divide opiniões. Se por um lado alguns consideram a eutanásia uma forma de acabar com o sofrimento de alguém, outros enxergam como um ato criminoso, um atentado à vida.

A eutanásia se tornou uma das questões mais complexas da atualidade, sendo cada vez mais discutida nas diversas sociedades. Esta discussão também está presente no mundo do cinema (ADOROCINEMA; CINÉFILOS on line), vamos conferir alguns filmes que abordam o tema:

#### **Menina de Ouro** (Million Dollar Baby, 2004)

Frankie Dunn (Clint Eastwood) é dono de uma academia de boxe, e treina os lutadores. Ele é um homem fechado e magoado pela vida, devido ao afastamento de sua filha. Um dia, aparece uma jovem disposta a treinar em sua academia, Maggie Fitzgerald (Hilary Swank). Ela é pobre e determinada, que tem como sonho ser uma grande boxeadora. Diante da recusa de Frankie em treinar uma mulher, Maggie passa a frequentar a academia e a lutar sozinha. Frente à sua enorme insistência, o veterano passa a treiná-la e descobre nela um talento único, que a faz ganhar inúmeras competições. Porém, em uma delas, Maggie é covardemente atacada por trás e sofre um acidente que a deixa tetraplégica. A boxeadora pede a Frank para que desligue os aparelhos que sustentam sua vida, por não aguentar viver naquela situação. O homem, porém, criou laços



paternais com Maggie, e se vê dividido entre atender ao pedido de sua pupila, aliviando sem sofrimento, e matar sua própria “filha”. Com um roteiro pesado e emocionante, menina de ouro põe em jogo a eutanásia como ato humanitário. Merece destaque a brilhante atuação de Hilary Swank, que ganhou o Oscar de melhor atriz com o longa.

#### **Mar Adentro** (Mar Adentro, 2004)

“Viver é um direito, não uma obrigação”, diz Ramón Sampedro (Javier Bardem) no vencedor do oscar de melhor filme estrangeiro. Após um acidente que o deixou tetraplégico, há mais de 20 anos, Ramón se sente impotente. Ele julga estar preso em uma condição indigna, pois depende de familiares até para as tarefas mais simples, como coçar o nariz. Ele entra em contato com a advogada Julia (Belén Rueda), que leva seu caso aos tribunais espanhóis, para conseguir legalmente o direito de morrer. O caso repercute em todo o país, e Ramón segue sua luta ao lado de Julia e da amiga Rosa (Lola Dueñas). Baseado em uma história real, mar adentro levanta discussões polêmicas. “A vida pertence a Deus. Uma liberdade que elimina a vida não é liberdade” diz um padre, também tetraplégico, ao visitar Ramón “Uma vida que elimina a liberdade também não é vida”, responde.

#### **Uma Prova de Amor** (My Sister’s Keeper, 2009)

Uma garotinha chamada Anna (Abigail Breslin) procura um advogado. Ela quer ter emancipação médica e decidir o que fazer com seu próprio corpo. Anna foi concebida pelos seus pais Sara (Cameron Diaz) e Brian Fitzgerald (Jason Patric) em proveta, geneticamente saudável, para servir como doadora para sua irmã mais velha, Kate (Sofia Vassilieva), que tem uma severa forma de leucemia. Com o desenrolar do filme, temos contato com a história e todo o sofrimento de Kate, na luta contra a doença. No final, descobrimos que Anna entrou na justiça a pedido da irmã, que queria morrer para acabar com toda sua dor, mas sabia que os pais jamais concordariam. Emocionante e sensível, o longa mostra até onde alguém é capaz de ir para ter o direito de tirar a própria vida, confiando no amor e carinho de seus semelhantes.

#### **Você Não Conhece Jack** (You Don’t Know Jack, 2010)

Baseado na história real de Jack Kervokian (interpretado por Al Pacino), o “doutor morte” como é conhecido nos EUA, o filme conta a história do médico que ajudou mais de 130 pacientes a pôr um fim em suas próprias vidas. Ele chega a criar uma máquina que auxilia na morte dos pacientes, e provoca intenso debate no país a cerca da legalidade da eutanásia, bem como a fúria de juízes e religiosos. Jack, dotado de uma grande ética médica, ajuda apenas aqueles que têm necessidade, ou seja, doentes terminais que sofrem e não tem mais perspectivas de melhora. Ele exclui aqueles que o procuram apenas por baixa autoestima ou por problemas diversos. Após



dispensar seu advogado e começar a praticar ele mesmo a eutanásia, o médico é preso e só é solto em 2007. Tendo como lema “O ser humano tem o direito de morrer com dignidade”, o doutor Jack Kervokian foi um intenso defensor da eutanásia, e sua história provoca polêmica até hoje.

#### **Amor** (Amour, 2013)

Será que a morte pode ser o último ato de um amor que durou a vida toda? No vencedor do Oscar de melhor filme estrangeiro, Georges (Jean-Louis Trintignant) e Anne (Emmanuelle Riva) são um casal aposentado que vive em um confortável apartamento em Paris. Professores de música, eles viveram confortavelmente, cercados pela arte e por pupilos famosos. Um dia, Anne sofre um derrame, e fica com parte do corpo paralisado. Anne e a vida do casal vão se deteriorando lentamente. À medida que o estado da mulher piora, a única coisa que resta do luxuoso apartamento é o amor imensurável, construído ao longo de uma vida inteira. Georges se vê diante da esposa cada vez mais dependente e desnorteada, sentindo-se impotente. A Eutanásia seria uma prova de amor? Livrar sua amada de um sofrimento que a deteriorou daria a ela um destino mais digno? Amor é um filme único. É impossível não se emocionar com a excepcional atuação de Emmanuelle Riva, capaz de arrancar lágrimas dos corações mais duros.

#### **A Bela que Dorme** (Bella Addormentata, 2013)

A partir de um rumoroso caso ocorrido na Itália em 2009, o diretor Marco Bellocchio traça um mosaico sobre a eutanásia. no centro está a história da mulher em coma vegetativo há 17 anos, cuja família pede ao parlamento italiano licença para desligar os aparelhos que a mantêm viva. um senador de esquerda - o excelente Toni Servillo -, fica entre sua crença pessoal, o ativismo pró-vida da própria filha e a pressão do seu partido, para tomar sua decisão. em paralelo, há a história de uma mãe religiosa - Isabelle Huppert - mantém a filha em coma, contrariando o resto da família. e por fim, uma viciada em drogas quer cometer suicídio, mas não consegue escapar à vigilância de um médico idealista)

#### **Como eu era antes de você** (Don't Forget About Me, 2016)

Rico e bem sucedido, Will (Sam Claflin) leva uma vida repleta de conquistas, viagens e esportes radicais até ser atingido por uma moto, ao atravessar a rua em um dia chuvoso. O acidente o torna tetraplégico, obrigando-o a permanecer em uma cadeira de rodas. A situação o torna depressivo e extremamente cínico, para a preocupação de seus pais (Janet McTeer e Charles Dance). É neste contexto que Louisa Clark (Emilia Clarke) é contratada para cuidar de Will. De origem modesta, com dificuldades financeiras e sem grandes aspirações na vida, ela faz o possível para melhorar o estado de espírito de Will e, aos poucos, acaba se envolvendo com ele. Ele decide



pelo suicídio assistido e se desloca até a Suíça para realizar o procedimento, acompanhado de Louisa, sua amante e cuidadora, e de sua família. Essa cena gerou grande comoção e polêmica - principalmente entre deficientes, que acreditam que a decisão do personagem reforça a ideia de que deficientes não podem viver bem. A empresa que realiza o procedimento na trama é a Dignitas, que existe de verdade e é uma das mais conhecidas e criticada pelo mundo.

A ficção evidencia que o ser humano não só tem o direito à vida, mas também o direito à morte, podendo escolher o momento e a forma de morrer. Mas é claro que existe os dois lados. Há muitos argumentos favoráveis a eutanásia, como o respeito a autodeterminação do paciente sobre o seu corpo e sua vida, além de evitar um sofrimento insuportável e prolongado.

Contudo, existem muitas objeções à prática da eutanásia, tanto a nível religioso, ético como político, o que leva a diversidade de legislações sobre esse tema, pois ela é um procedimento aceito em alguns países (Holanda, Bélgica, Uruguai, Alemanha), mas na grande maioria é considerada um ato criminoso.

Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. Ou seja, prevalece a vida digna, e quando não houver mais possibilidade de mantê-la, deverá prevalecer a vontade do paciente e o direito de morrer em paz.

Segundo William Saad Hossne, no prefácio que escreveu para o livro *Bioética & Cinema* (in VIEIRA, 2016, p.7) :

A arte imita a vida.  
A vida imita a arte.  
Cinema é arte.  
Logo, cinema imita a vida.  
A vida imita o cinema.  
Sofismas? Silogismos?  
Pouco importa.  
O que importa é que na inter-relação vida e cinema, arte e vida, realidade transformada em ficção e ficção transformada em realidade, entram em jogo valores.  
Valores intrínsecos, valores como fins e não meros meios. Valores que não se compram, não se vendem, não se alugam, mas sim se vivenciam.

O autor PONA (in VIEIRA, 2016, p.67) ao escrever o seu artigo sobre o filme “Enquanto você Dormia” que relata o caso real ocorrido na Itália sobre a eutanásia de Eluana Englaro menciona que muitos artistas, sejam eles: pintores, escultores, dramaturgos, músicos, escritores, demonstram seus trabalhos, suas obras, transmitindo mensagens e provocando uma atitude reflexiva dos que contemplam os seus efeitos. Assim refere o autor:



Muito se ouve dizer que a vida imita a arte. Ou a arte imita a vida. São idas e vindas de inspiração e reflexão, de modo a não ser possível distinguir até que ponto a vivência é transformada em representação teatral, ou são os indivíduos inspirados por uma obra de ficção proveniente de mentes férteis de memoráveis escritores.

Fato pouco negado, por outro lado, trata-se do potencial que representações artísticas têm para estimular a análise crítica acerca de situações ou circunstâncias a respeito das quais a sociedade encontra obstáculos para desenvolver a reflexão livre.

A produção cinematográfica surge como importante ferramenta para despertar reflexões sobre a eutanásia, seja abordando casos reais ou situações fictícias, aonde o ser humano precisa decidir, escolher o que fazer na terminalidade de sua vida.

Muitos filmes levam para a sociedade e preocupação como fim da vida, abordando circunstâncias em que os indivíduos vivenciam momentos finais, especialmente quando acometidos por enfermidades incuráveis ou em condições terminais.

Há uma grande dificuldade em se falar da morte, para a maioria das pessoas, causa muito desconforto este assunto. Através do cinema muitas pessoas podem pensar sobre a eutanásia, refletindo sobre sua autonomia de escolher a melhor forma de encerrar o seu processo vital. Assistindo a filmes que abordam o sofrimento humano diante de doenças com prognósticos ruins, sem possibilidade de tratamento, as pessoas podem pensar, falar, sobre o que gostariam para elas, exercendo de forma plena a sua autonomia de vontade.

## **2 EUTANÁSIA: o princípio da vida humana *versus* o princípio da dignidade humana**

A reflexão crítica face aos avanços biotecnológicos não pode nunca estar dissociada do pensamento humanista e dos Direitos Fundamentais, pois um é a garantia de revisão, atualização e, principalmente, de efetividade e proteção do outro.

Na Constituição brasileira a dignidade da pessoa figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa representará o crivo pelo qual serão interpretados, não somente os Direitos Fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro nas suas variadas incidências e considerações.



Questionamentos que envolvem a vida e morte das pessoas, os novos métodos de fecundação, a natureza do embrião, o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, o patenteamento do genoma humano, o transplante de órgãos, a comercialização, ou não, do ser humano, o acesso à saúde, a eugenia, a engenharia genética, são assuntos que reclamam, urgentemente, uma tomada de posição, com o intuito de delimitar a liberdade de ação dos envolvidos, evitando-se abusos que poderão vir a comprometer nosso futuro.

Os temas são complexos, é verdade, mas a sociedade não poderá furtar-se a esse mister. Além disso, não se pode esquecer que vivemos em uma sociedade multifacetada. O que implica dizer que não haverá ocasião para a imposição de posição, mas, antes, deverá coexistir um certo consenso entre as várias partes envolvidas. O que será extremamente difícil, não resta dúvida, mas inevitável se quiserem fazer valer o princípio democrático que o Estado brasileiro consagra.

No estágio de desenvolvimento em que se encontra o Estado Brasileiro, que se quer caracterizar como Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*, Constituição Federal), não se pode perder de vista que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana e que um de seus objetivos (fundamentais) é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, Constituição Federal). Assim toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como um fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos.

Tanto quanto a Biologia, a Medicina, a Antropologia, a Sociologia, a Teologia e a Filosofia, o Direito ocupa uma posição imprescindível na contribuição para o debate bioético, pois são os juristas, os advogados, os membros do Ministério Público e os operadores do direito os principais defensores dos direitos dos vulneráveis, denunciando os abusos e defendendo a primazia da dignidade humana.

É através das normas que o Direito objetiva regular a conduta humana, buscando o equilíbrio social, tutelando os direitos e liberdade das pessoas. A Bioética examina as possibilidades, as respostas morais para os questionamentos, cabendo ao Direito, quando for o caso, a sua tradução em normas jurídicas, por serem estas gerais e de obrigatório cumprimento. A Bioética enriqueceu a análise legal humanizando-a.

Está-se, portanto, diante de uma realidade em que os instrumentos jurídicos tradicionais não comportam respostas satisfatórias e adequadas para necessidades contemporâneas. Assim, é que, se a sociedade requer avanços técnicos e científicos, também o Direito deve acompanhar



essas premências, resguardando o homem contra as possíveis lesões causadas pela manipulação da tecnologia.

No que concerne a assuntos relacionados a Bioética, os profissionais do Direito não possuem conhecimentos suficientes para elaborar leis sem a discussão do seu conteúdo com as áreas mais afeitas ao tema (ex. saúde). Para se trabalhar com a Bioética, os estudiosos do Direito não devem ser legalistas, achando que para tudo deve haver uma lei. As leis elaboradas de afogadilho pecam por serem lacunosas ou por atarem o Direito. Este deve ser mutável e aplicado às mais diversas realidades. Por outro lado, com o célere progresso das pesquisas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento da sua promulgação.

O ser humano, detendo a qualidade de pessoa, é portador de dignidade ética e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis, a que o Estado e a comunidade científica devem respeito, por serem os meios naturais para o reto cumprimento de seus fins comuns. A dignidade é reconhecida a todo o ser humano na medida em que ele é um sujeito individual, isto é, um ser que possui a potencialidade de determinar-se, por intermédio da razão, para a ação em liberdade.

Assim, é corrente a noção de que seria mais fácil afirmar o que não é dignidade ou quando esta se encontraria violada, do que dizer o que é. No contexto desta dificuldade conceitual, SARMENTO (2004, p.111) propõe a seguinte definição do princípio da dignidade da pessoa humana: “exprime a primazia da pessoa humana sobre o estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais”.

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas.

Leciona JACINTHO (2006, p. 138):

[...] o que importa ressaltar é que a dignidade, em relação a todos os direitos, assume a função de norte, de fronteira ou de alicerce na concretização de todo e qualquer direito. Muitas vezes tais direitos são concretizações mediatas e remotas do princípio da dignidade humana, cuja materialização deve ser sempre considerada através da realização próxima da dignidade humana, aqui considerada como padrão ético máximo. Em que pese haver dissensões sobre se a dignidade da pessoa, enquanto posição subjetiva individual é ou não, absoluta, não há dúvidas de que, quando posto como princípio da hermenêutica, a dignidade humana assume a sua função de prover unidade material aos sistemas constitucionais. E aí sim, adquire foros de absoluto para a ordem jurídica.



Dentro de uma sociedade evolutiva e globalizada é inegável a importância desse princípio<sup>123</sup>, na medida em que andando ciência e tecnologia a passos largos deve o direito, amparado nos costumes, na jurisprudência e em princípios gerais de ordem moral e filosófica, acompanhar essas transformações não se esquecendo jamais de que o seu papel fundamental é o de proteger o ser humano, preservando sua identidade, integridade e dignidade. MARTÍNEZ (2003, p. 66).

Os princípios ensejam uma nova maneira de aplicar o Direito, ao juiz hoje é reconhecida a competência de não apenas subsumir certos fatos às regras que os descrevem, mas, igualmente, o poder de concretizar os princípios que traduzem valores. Neste passo, a concretização do princípio da dignidade humana é uma imposição dos tempos atuais do grau de desenvolvimento das sociedades, do nível de aprofundamento da investigação científica a que se propõe a nascente dogmática dos direitos fundamentais.

No atual Diploma Constitucional entende-se que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, dando direção e comando a ser considerado pelo intérprete. Assim, a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso a condições existenciais mínimas.

## CONCLUSÃO

A intenção com este estudo foi a de criar nas pessoas um senso crítico e despertar nelas a capacidade de decidir responsável e livremente diante das situações polêmicas, difíceis e conflituosas que as ciências da vida e da saúde nos apresentam hoje. Fazer com que este trabalho possa servir de inspiração e sensibilização no resgate e no compromisso com a dignidade humana e a qualidade de vida, hoje tão espezinhadas. Conhecimento e competência tecnocientífica são imprescindíveis, mas têm de estar sempre aliados ao humanismo.

---

<sup>123</sup> A dignidade humana é hoje uma referência do pensamento moral, político e jurídico, e para este último alcança o papel de calor e de princípio. A dignidade humana na modernidade e também neste século XXI, supera os valores históricos e intelectuais para se situar no processo de humanização e de racionalização que acompanham a pessoa e a sociedade.



Os avanços tecnológicos permitiram o prolongamento da vida por novos métodos artificiais, mas não necessariamente fizeram o suficiente para que o ser humano vivesse com melhor qualidade. O objetivo dos profissionais da saúde passou a ser salvar vidas a qualquer custo, remetendo a morte como algo a ser temido e protelado. Assim, o tema eutanásia não é apenas uma preocupação da Bioética, mas também dos profissionais da saúde e especialmente dos pacientes em fase terminal, pois um prolongamento da vida através de meios artificiais só aumenta o sofrimento.

Conversar com a família sobre os aspectos da doença contribui para que a equipe médica compreenda como a experiência está sendo vivenciada pelo paciente e, assim, possa auxiliá-lo a tomar decisões em relação a seu futuro. É dever do médico, claramente previsto no Código de Ética Médica, transmitir a informação (de forma gradual, para que não traga mais malefícios do que benefícios) do prognóstico em relação a doença. Quando o paciente e sua família não são devidamente orientados sobre as consequências da doença e as possíveis condutas para minimizá-las, são impedidos de assumir posicionamento consciente no processo de morte com dignidade.

A eutanásia é justamente para tirar da morte o sofrimento e a dor, fazendo com que se perceba a existência de elementos éticos como o direito do doente crônico ou terminal ter sua dor tratada e, quando possível, aliviada. A preocupação em salvar e guardar ao máximo, a autonomia da pessoa e sua dignidade na presença de enfermidades que provocam dependência progressiva e a perda de controle sobre a vida e sobre as funções biológicas. E o próprio sentido que se dá ao fim da vida e à morte.

O respeito à autonomia do paciente significa possibilitá-lo para decidir, não apenas acerca da melhor terapia, mas, principalmente, sobre a sua vida e o momento da sua morte, até porque se a prática do suicídio é permitida, nada justificaria a ausência de sua vontade. A recusa em se submeter a manobras tecnológicas que apenas prolongam a agonia também respeita a liberdade do enfermo, solidarizando-se com o seu sofrimento, no sentido de garantir um direito de viver uma morte de forma humana.

Ao se fazer uma abordagem sobre as obras cinematográficas que abordam a temática apresentada, conseguiu-se perceber o quanto é importante para a sociedade que este assunto seja tratado, mesmo que em uma obra de ficção. Muitos filmes abordam a autonomia e a autodeterminação humana ao direito sobre a vida quando esta lhe é insuportável. Muitos questionamentos são colocados nos filmes, como: uma pessoa é obrigada a viver uma vida de sofrimento quando seu prognóstico é irreversível? O paciente tem direito à vida, mas não tem direito sobre a vida? É lícito ajudar alguém, por compaixão, a cometer o suicídio?



Como se observou são muitos valores que estão sendo postos para que as pessoas reflitam: a autonomia, a autodeterminação, a beneficência, a não maleficência, o papel da medicina em relação à morte, suicídio, homicídio, e, por fim, a eutanásia. Outro princípio que rege os fundamentos a favor da prática da eutanásia é o princípio da beneficência, que é o de escolha por terceiros a tratamento que melhor beneficie o paciente, quando esse não está em condições de realizar essa escolha.

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana que diz que o ser humano não pode ser tratado como simples objeto, que todo indivíduo é automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica. E considerando esse princípio é possível apresentar um direito antagônico ao direito à vida, qual seja o direito de morrer, pois a Constituição federal em um contexto geral preserva não só a vida, mas a vida digna, respeita o ser humano em si, zelando também pela individualidade e liberdade de escolha de cada um.

O advento de novos recursos tecnológicos para a assistência ao paciente desafiou os limites na relação entre vida e morte fixados pela natureza. Entretanto, este empoderamento dos profissionais, que consegue prolongar a vida, pode comprometer dramaticamente sua qualidade e, com isso, motivar a discussão sobre o direito, ou não, à morte com dignidade.

Concluindo assim, que a dignidade humana seria não apenas o fundamento da vida digna, mas também da própria morte, motivo pelo qual o tratamento contra a vontade do paciente, que gere sofrimento prolongado de vida, implicaria em violação à própria dignidade.

Assim, com o presente trabalho foi possível vislumbrar o desafio de continuar trilhando esta jornada, ampliando e aprimorando os argumentos e conclusões ora esboçados, esperando, de outra parte, que se tenha alcançado o primeiro intento: contribuir para estimular a reflexão e o debate, mas, principalmente, para conclamar a todos que se deixem igualmente tocar intimamente pelo tema, transformando-o em objeto de investigação, conscientização e constante desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Direito e Bioética. O princípio do respeito à autonomia da vontade da pessoa como fundamento do Consentimento Informado. In CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. S.; OLIVEIRA, M. G. (Coords). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUC, 2005.



**Publicação: Instituto Ibero-Americano de Estudos Acadêmicos e Profissionais**

**1ª Edição ENSAIOS DE DIREITO: debates contemporâneos**

BRASIL, Constituição da República Federativa: promulgada em 05 de outubro de 1988  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05 de dezembro de 2018

\_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em 03 de janeiro de 2019.

CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. S.; OLIVEIRA, M. G. (Coords.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUC, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. In CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO Marcelo. (coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. 1. ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana - princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2.ed. Madrid: Dykinson

MORAIS, José Luis Bolzan. Direitos humanos “globais (universais)”. De todos, em todos os lugares! In STRECK, Lênio Luiz. (Org.). *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. UNISINOS. São Leopoldo, 2001.

PESSINI, LÉO. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. São Paulo: Paulinas, 2006.

\_\_\_\_\_; BARCHIFONTAINE, C. P. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. rev. e amp.- São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, Maurício de Castro Gôvea da. A morte encefálica e sua repercussão no direito. In BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Orgs). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valeria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo (org.). *Bioética & Cinema*. 1ª ed. Maringá: Ed. Miraluz, 2016.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A eutanásia no Brasil*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3330>>. Acesso em: 8 jan. 2019

<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-207104/>

<http://cinefilos.jornalismojunior.com.br/quando-viver-se-torna-uma-obrigacao-6-filmes-que-abordam-a-eutanasia/> <http://listasde10.blogspot.com.br/2015/11/10-filmes-sobre-eutanasia.html>

